

Número 40, Época II, enero 2019



INSTITUTO DE  
DERECHOS HUMANOS  
BARTOLOMÉ  
DE LAS CASAS



**HURI-AGE**  
Consolider-Ingenio 2010

**FP** FUNDACION CULTURAL  
ENRIQUE LUÑO PEÑA

*Dykinson, S.L.*  
EDITORIAL

**DERECHOS Y  
LIBERTADES**  
REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS  
**#40**



# DERECHOS Y LIBERTADES

Número 40, Época II, enero 2019



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS  
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS  
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID



*Dykinson, S.L.*

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2019.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: [publicationethics.org/files/Code\\_of\\_conduct\\_for\\_journal\\_editors\\_Mar11.pdf](http://publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf)

Redacción y Administración

Adquisición y suscripciones

Revista Derechos y Libertades  
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Universidad Carlos III de Madrid  
c/ Madrid, 126  
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:  
[franciscojavier.ansuategui@uc3m.es](mailto:franciscojavier.ansuategui@uc3m.es)  
[derechosylibertades@uc3m.es](mailto:derechosylibertades@uc3m.es)



#### Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.  
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

#### Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web  
[www.dykinson.com/derechosylibertades](http://www.dykinson.com/derechosylibertades)

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

## **Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA**

### **Director:**

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

### **Subdirector:**

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

### **Secretario:**

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

## **Consejo Científico**

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

GREGORIO PECES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

LUIS VILLAR BORDA (†) (Universidad Externado de Colombia)

YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ (Universidad de Alcalá)

## Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Universitat de València)  
FEDERICO ARCOS RAMÍREZ (Universidad de Almería)  
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS (Universidad Carlos III de Madrid)  
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA GIL (Universidad Pontificia de Comillas)  
DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN (Universidad Carlos III de Madrid)  
IGNACIO CAMPOY CERVERA (Universidad Carlos III de Madrid)  
PATRICIA CUENCA GÓMEZ (Universidad Carlos III de Madrid)  
JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)  
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE (Universidad Carlos III de Madrid)  
JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)  
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)  
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)  
ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ (Universidad de Vigo)  
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)  
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)  
ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)  
CARLOS LEMA AÑÓN (Universidad Carlos III de Madrid)  
FERNANDO LLANO ALONSO (Universidad de Sevilla)  
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA (Universidad de Jaén)  
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (Universidad de Cantabria)  
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)  
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS (Universidad de Alcalá)  
ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)  
JOSÉ LUIS REY PÉREZ (Universidad Pontificia de Comillas)  
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)  
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (Universidad Rey Juan Carlos)  
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)  
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)  
MARIO RUIZ SANZ (†) (Universitat Rovira i Virgili)  
RAMÓN RUIZ RUIZ (Universidad de Jaén)  
OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ (Universidad de Cantabria)  
JAVIER SANTAMARÍA IBEAS (Universidad de Burgos)  
ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)  
JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)

## Sentido de la Revista

*Derechos y Libertades* es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

*Derechos y Libertades* se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.



## ÍNDICE

<b>Nota del Director</b> .....	11
--------------------------------	----

## ARTÍCULOS

<b>La Antígona de Sófocles y la falta de mediación jurídica</b> .....	17
<i>Sophocles' "Antigone" and the lack of legal mediation</i>	

FABIO CIARAMELLI

<b>Ideología totalitaria y neoconstitucionalismo. La hipótesis de Nietzsche para una aproximación no ontológica a los valores</b> .....	33
<i>Totalitarian ideology and neo-constitutionalism. Nietzsche's hypothesis for a non-ontological approach to values</i>	

ADRIANO BALLARINI

<b>La interpretación extensiva de la ley</b> .....	67
<i>On the broad interpretation of law</i>	

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ

<b>La globalización en Boaventura de Sousa Santos. El papel de la epistemología del Sur y de América Latina</b> .....	109
<i>Globalization and Boaventura de Sousa Santos. South epistemology and Latin America</i>	

ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE

<b>Derecho antidiscriminatorio y protección de los colectivos en situación de vulnerabilidad en las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009</b> .....	151
<i>Anti-discriminatory law and protection of vulnerable groups in the constitutions of Ecuador of 2008 and Bolivia of 2009</i>	
ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ	
<b>El sistema penal y la libertad de prensa</b> .....	185
<i>The penal system and the freedom of the press</i>	
MARIO CATERINI	
<b>La nueva normativa europea para la protección de los datos personales</b> .....	213
<i>The new European regulations on personal data protection</i>	
ENRIQUE PÉREZ-LUÑO ROBLEDO	
<b>La garantía judicial del derecho a la salud: entre la protección indirecta y la justiciabilidad autónoma</b> .....	239
<i>The judicial guarantee of the right to health: between the indirect protection and the specific justiciability</i>	
MARÍA DALLI	
<b>La crisis del constitucionalismo europeo</b> .....	261
<i>The crisis of the European constitutionalism</i>	
LEONARDO MELLACE	
<b>Novedades procedimentales de la participación de la sociedad civil en negociaciones de paz. Una perspectiva comparada de las conversaciones de paz en Guatemala y Colombia</b> .....	279
<i>Procedural novelties on civil society's participation at peace negotiations. A comparative perspective on peace dialogos between Guatemala and Colombia</i>	
NÉSTOR CALBET	

## RECENSIONES

- Santos JULIÁ,  
*Transición. Historia de una política española (1937-2017)* .....313  
 EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
- Francesco RICCOBONO,  
*Antikelsenismo italiano*.....323  
 FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
- Mario G. LOSANO,  
*Norberto Bobbio. Una biografia culturale* .....331  
 ALESSANDRO DI ROSA
- Francesco RIVAYA,  
*Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea* .....341  
 HÉCTOR GONZÁLEZ PÉREZ
- Cástor DÍAZ BARRADO,  
*América en busca de la integración: rasgos y principios  
 desde la óptica del Derecho Internacional* .....347  
 FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ
- Francisco M. MORA SIFUENTES, (coord.),  
*Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* .....351  
 EVERARDO RODRÍGUEZ DURÓN

## NOTICIAS

- Conferencia inaugural “Nuevos Desafíos del Cambio Tecnológico”  
 de la unidad académica *Derechos Humanos,  
 Diversidad y Nuevas Tecnologías (DERTECNIA),  
 Universidad Carlos III de Madrid, 23 de mayo 2018* .....363

XIX Semana de Ética y Filosofía política, Congreso Internacional Asociación Española de Ética y Filosofía Política, “ <i>Nuevas Narrativas éticas y políticas</i> ”, Facultad de Humanidades, Campus Industrial de Ferrol, Universidade da Coruña, 3-5 de octubre 2018.....	366
<b>Participantes en este número .....</b>	<b>369</b>

## NOTA DEL DIRECTOR

Como los lectores podrán constatar, el contenido de este número 40 de “Derechos y Libertades” se caracteriza por la presencia de pluralidad de temas y enfoques. El trabajo que abre la revista es *“La Antígona de Sófocles y la falta de mediación jurídica”*. Su autor, Fabio Ciaramelli aborda la cuestión de la falta de mediación entre la generalidad de la legislación, comprendida como un conjunto de órdenes políticas, y la particularidad del caso concreto. Todo ello, en el escenario del mundo griego y tomando a Antígona como pretexto. El carácter general y abstracto del *nomos* ni conoce ni admite ningún procedimiento que pueda controlar su aplicación a lo concreto de la vida cotidiana. Así, la tragedia de Antígona consistiría en la falta de una transición que no sea simplemente deductiva, y por lo tanto de una posible mediación, desde el nivel de la producción de la ley hacia el nivel de su aplicación al caso particular. Para Ciaramelli, en este tipo de mediación se puede ver expresada la diferenciación fundamental entre la ley y el Derecho.

De Italia llega también el trabajo de Adriano Ballarini, *“Ideología totalitaria y neoconstitucionalismo. La hipótesis de Nietzsche para una aproximación no ontológica a los valores”*. En el texto, partiendo de la premisa de que en el totalitarismo la historia nunca es la de un individuo, se desarrolla la idea de que para acceder al fenómeno histórico del Totalitarismo, necesitamos una comprensión de la realidad en la que es posible que el hombre se realice bajo una condición de existencia donde la libertad y la singularidad sean removidas por completo. La hipótesis del ensayo es que el nihilismo europeo de Nietzsche, y la transvaloración de los valores sobre el que descansa, pueden considerarse una puerta de acceso a tal comprensión de la realidad.

Un aspecto básico de la teoría de la interpretación es abordado en el trabajo de Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *“La interpretación extensiva de la ley”*. Como expresamente se reconoce, la intención del autor es clarificar la noción de interpretación extensiva. Para ello, se describe y analiza su uso en varias manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales, estudiando especialmente la ampliación semántica de una ley que añade en su alcance elementos excluidos por su comprensión convencional en el lenguaje. La interpretación

extensiva de la ley así entendida contrasta, por un lado, con su interpretación lata o flexible; y, por otro, con la expansión jurídica con recursos no semánticos, como la analogía. Junto a lo anterior, se procede a analizar cuál puede ser el significado básico de los términos legales que se toma por defecto al interpretarlos, tanto desde el punto de vista conceptual como en relación con el significado jurídico que reciben esos términos en la interpretación.

El tema abordado es radicalmente diferente en el siguiente artículo incluido en este número. Se trata del trabajo *“La globalización en Boaventura de Sousa Santos. El papel de la epistemología del Sur y de América Latina”*, cuyo autor es Angel Pelayo. En el mismo, se aborda la teoría de la globalización del profesor de Coimbra, señalando que la misma da una forma reconocible al proceso globalizador y lo dota de un sentido político que permite interpretarlo, al tiempo que implica un descentramiento del pensamiento contemporáneo al destacar el carácter parcial del pensamiento occidental, fomentando el diálogo entre culturas. Junto a lo anterior, se subraya la relevancia de un nuevo vitalismo de lo local, que permite reinterpretar el pensamiento y las prácticas de América Latina dándolas protagonismo, y convirtiéndolas en interlocutores relevantes del pensamiento global.

El contexto latinoamericano también es el del trabajo de Albert Noguera, *“Derecho antidiscriminatorio y protección de los colectivos en situación de vulnerabilidad en las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009”*. En el artículo se señala que los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador no estuvieron protagonizados por un sujeto constituyente identificable con un partido obrero clásico sino, más bien, por la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos en situación de vulnerabilidad. Ello determinó que la forma de constitucionalismo social emergente no se basara en la subjetivación del trabajo y reconocimiento de derechos vinculados al trabajo-salario, sino en la visibilización de los grupos sociales hasta ahora excluidos y en su inclusión a la ciudadanía. El resultado es la existencia de textos muy ricos en referencias y mecanismos para el reconocimiento y garantía de los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios, que se presentan como auténticos derechos constituyentes.

En *“El sistema penal y la libertad de prensa”*, Mario Caterini aborda la cuestión de la influencia de los medios de comunicación en las políticas legislativas de los fenómenos delictivos, con especial atención a los riesgos que dicha influencia puede causar en relación con la violación de algunos principios fundamentales de los sistemas democráticos modernos, en particular con

respecto al Derecho penal. Así, la reflexión se focaliza en el énfasis puesto por los medios de comunicación en los riesgos y en la creación engañosa de miedos colectivos. A partir de ahí, se argumenta en torno a la necesidad de una auténtica cultura iuspenalista a la hora de realizar un posible proceso de *paideia* político-criminal adecuado a las necesidades democráticas y de los medios de comunicación post-modernas. Sólo así se puede generar un contexto que favorezca un nivel mínimo de conocimiento por parte de los ciudadanos, vinculado a una internalización de los valores fundamentales que constituyen el *ethos* de las sociedades civiles contemporáneas.

Qué duda cabe de que el desarrollo tecnológico tiene directas implicaciones para los derechos. Es un hecho que a estas alturas no se puede negar. Esto explica la promulgación de normas, con distintos ámbitos de aplicación, encaminadas a articular nuevas estrategias de protección. Una de las últimas, en el ámbito europeo, es el Reglamento General de protección de datos personales; texto al que hay que añadir la Directiva para la protección de los datos personales en materia de infracciones y sanciones penales y la Directiva sobre los datos PNR (*Passenger Name Record*). En el trabajo “*La nueva normativa europea para la protección de los datos personales*”, Enrique Pérez-Luño Robledo analiza los principales aspectos de estas innovaciones normativas dirigidas a la tutela de los datos personales en el ámbito de la UE, y las principales garantías de los ciudadanos europeos para el acceso y control de las informaciones que les afectan.

Por su parte, María Dalli estudia los mecanismos de garantía judicial del derecho a la salud en “*La garantía judicial del derecho a la salud: entre la protección indirecta y la justiciabilidad autónoma*”. En el artículo se abordan, de un lado, los mecanismos que protegen el derecho a la salud a través de la vía de la interrelación con otros derechos, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del sistema interamericano; y, de otro, los sistemas que reconocen una justiciabilidad autónoma al derecho a la salud, con especial énfasis en la litigiosidad que se produce en países como Brasil o Colombia. Al mismo tiempo, y a partir de las críticas que han recibidos estos sistemas, se plantean algunas respuestas, entre otras, la garantía del acceso a la justicia, la articulación de reclamaciones colectivas y las medidas de diálogo inter-institucional.

En “*La crisis del constitucionalismo europeo*”, Leonardo Mellace aborda los efectos jurídicos de la crisis financiera y la inevitable reformulación de algunos principios básicos del constitucionalismo en su dimensión europea.

La reformulación tiene que ver con el recurso a la legislación de emergencia que va más allá de las normas de los Tratados, con la consiguiente atribución de la responsabilidad de la resolución de las cuestiones económicas y financieras a sujetos con un evidente déficit de legitimidad democrática representativa. La “crisis” del constitucionalismo europeo obliga a recuperar las exigencias deliberativas y participativas del concepto de Constitución; recuperación que en estos momentos no parece sencilla.

La sección dedicada a los artículos concluye con el trabajo de Néstor Calbet, *“Novedades procedimentales de la participación de la sociedad civil en negociaciones de paz. Una perspectiva comparada de las conversaciones de paz en Guatemala y Colombia”*. El punto de partida está constituido por la idea de que la participación de la sociedad civil en unas negociaciones de paz contribuye a democratizar, legitimar y sostener los acuerdos de paz. En este sentido, los procesos de Guatemala y de Colombia son un buen ejemplo en relación con la viabilidad y las limitaciones de una participación de carácter consultivo en donde, por una parte, la ciudadanía realiza aportaciones pero el poder decisorio lo mantienen las elites de las partes combatientes. El autor analiza los aspectos metodológicos innovadores de ambos procesos.

Como siempre, el número incluye las correspondientes secciones dedicadas a las reseñas y crítica bibliográfica, de un lado, y a las noticias, de otro.

Para terminar, me gustaría subrayar el hecho de que estemos frente al número 40 de la revista. La cuarentena es, normalmente, expresión de madurez y de acopio de experiencia. Los cuarenta números de “Derechos y Libertades” permiten identificarla como una revista consolidada, referente en el ámbito de la Filosofía del derecho y la teoría de los derechos. Nuestra responsabilidad es, en este sentido, la de continuar por la senda trazada por estos “primeros” cuarenta números.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
*Director*

# ARTÍCULOS



# LA ANTÍGONA DE SÓFOCLES Y LA FALTA DE MEDIACION JURÍDICA\*

SOPHOCLES' "ANTIGONE" AND THE LACK OF LEGAL MEDIATION

FABIO CIARAMELLI

Università degli studi di Napoli "Federico II"

Fecha de recepción: 23-5-18

Fecha de aceptación: 3-7-18

**Resumen:** *La Antígona de Sófocles sirve de pretexto para reflexionar sobre la falta –en el mundo griego– de mediación entre la generalidad de la legislación, comprendida como un conjunto de órdenes políticas, y la particularidad del caso concreto. La insolubilidad del conflicto trágico muestra el límite insuperable del pensamiento social de la polis griega, que finalmente resulta como encarcelado en la perspectiva del nomos. El carácter general y abstracto de este último no conoce y no admite ningún procedimiento que pueda controlar su ejecución en lo concreto de la vida cotidiana. En este sentido, la tragedia de la hija y hermana de Edipo consiste en la falta de una transición que no sea simplemente deductiva, y por lo tanto de una posible mediación, desde el nivel de la producción de la ley hacia el nivel de su aplicación al caso particular. En este tipo de mediación se puede ver expresada la diferenciación fundamental entre la ley y el Derecho.*

**Abstract:** *Sophocles' Antigone can be taken as a good starting point in order to investigate, within the Greek classical world, on the absence of mediation between the generality of legislation, on the one side, and the concrete case in its particularity, on the other. The lack of a solution in the tragic conflict shows, as it is, the very limit characteristic of the social thought underlying the Greek polis. This one is in fact as entrapped in the sole perspective of the nomos. The general and abstract character of the latter does not admit in effect any procedure able to control its execution in the concrete realm of daily life. And this is exactly true of the tragedy regarding Oedipus' daughter and sister, such*

---

\* Quiero dar las gracias a Ilse Torres Ortega por su valiosa ayuda en la revisión lingüística de este texto.

*that there is no transition other than a deductive one enabling a connection –and a possible mediation– between the law-making and its application to the particular case. This kind of mediation expresses the fundamental difference between nomos and ius.*

**Palabras llaves:** Antígona, *nomos*, mediación jurídica, argumentación, caso particular  
**Keywords:** Antigone, *nomos*, legal mediation, argumentation, particular case

## 1. LA ANTÍGONA COMO PRETEXTO

La presente intervención sobre la *Antígona* tiene el propósito limitado de discutir algunas de las posibles significaciones e implicaciones filosófico-jurídicas de la famosa tragedia griega, que Eugenio Ripepe, en un texto sencillamente magistral, no duda en llamar “la clase más antigua de filosofía del derecho”<sup>1</sup>. Desde el punto de vista que voy a tratar de argumentar aquí, esta obra maestra sigue alimentando poderosamente la reflexión filosófico-jurídica, pero lo hace especialmente en la medida que el objeto de este tipo de reflexión –es decir, el propio *derecho*– en el texto de Sófocles brilla por su ausencia. Es como si el derecho como tal, el derecho que no se reduce a las normas o a la ley, sino que vive a través de las instituciones jurídicas<sup>2</sup>, el derecho que por el conjunto de sus operadores esencialmente se concibe y se practica como actividad interpretativa y argumentativa, fuera en este específico contexto, para decir así, imposibilitado a comparecer.

Más precisamente, la *Antígona* de Sófocles –que siempre se tiene que leer sin olvidar que se trata de una obra poética y teatral, puesta en escena en Atenas (sólo una vez) alrededor del 440 a. C., frente a espectadores que antes de todo eran ciudadanos de una democracia directa, a quienes el poeta se dirigía para levantar problemas prácticos, y seguramente no para exponer teorías filosóficas<sup>3</sup>– me servirá de pretexto para reflexionar sobre la falta (y por lo tanto la exigencia) de mediación entre la generalidad de la legislación, comprendida como un conjunto de órdenes políticas, y la particularidad del caso concreto.

<sup>1</sup> Cfr. E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall' Antigone ? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Omaggio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 677-718.

<sup>2</sup> Cfr. F. CIARAMELLI, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho* (trad. Juan Ramón Capella), Madrid, Editorial Trotta, 2009.

<sup>3</sup> Cfr. C. MEIER, *The Political Art of Greek Tragedy*, Polity, London 1993; el título del primer capítulo es “Why the citizens of Attica needed tragedy”.

La más reciente literatura secundaria sobre la *Antígona*, si se exceptúan la lectura de Eugenio Ripepe y el trabajo de François Ost<sup>4</sup>, no aparece particularmente interesada a las recaídas específicamente jurídicas del drama. En este sentido, a pesar de su importancia filológica y filosófica, las lecturas fundamentales de autoras como Nussbaum<sup>5</sup>, Butler<sup>6</sup> u Honig<sup>7</sup> no constituirán en esta sede un punto de referencia de mi discurso, porque no tratan expresamente las implicaciones específicamente jurídicas de la obra.

En cambio es exactamente la perspectiva jurídica, o mejor dicho su ausencia, que, desde el punto de vista que voy a tratar de desarrollar aquí, permite coger el límite insuperable del pensamiento social de la *polis* griega –que, según Louis Gernet, constituye el verdadero tema de las tragedias<sup>8</sup>–, pensamiento social sobre todo enfocado y casi encarcelado en la perspectiva del *nomos*. La generalidad y el carácter abstracto de este último no conocen y no admiten ningún procedimiento que pueda controlar su ejecución en lo concreto de la vida cotidiana. En este sentido, la tragedia de la hija y hermana de Edipo consiste en la falta de una transición que no sea simplemente deductiva, y por lo tanto de una posible mediación, desde el nivel de la producción de la ley hacia el nivel de su aplicación al caso particular. En este tipo de mediación se puede ver expresada la diferenciación fundamental entre la ley y el derecho.

He hablado de falta y de exigencia de mediación, representadas por el poeta trágico, porque en la *polis* griega, caracterizada por el dominio exclusivo de una experiencia y noción holística como la experiencia y la noción del *nomos* –deliberación colectiva de una asamblea legislativa que primero produce normas generales y abstractas, es decir ordenes políticas, y después, si es necesario, puede también transformarse en tribunal del pueblo<sup>9</sup>–, el ciu-

---

<sup>4</sup> Cfr. F. OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, Paris 2004, pp. 161-203 (el título del capítulo es exactamente “L’*Antigone* de Sophocle: résistance, apories juridiques et paradoxes politiques”).

<sup>5</sup> M. NUSSBAUM, *The Fragility of Goodness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 1986 (sobre la *Antígona*, cfr. “Sophocles’ *Antigone*: conflict, vision, and simplification”, pp. 51- 82).

<sup>6</sup> J. BUTLER, *Antigone’s Claim. Kinship between life and death*, Columbia University Press, New York 2000.

<sup>7</sup> B. HONIG, *Antigone, interrupted*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.

<sup>8</sup> Véase el primer ensayo (escrito por Vernant) en el libro de VERNANT y VIDAL NAQUET, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne* (Maspéro, Paris 1972) La Découverte, Paris 2001, p. 15, que se refiere a un curso inédito de Gernet.

<sup>9</sup> Véase por ejemplo el análisis crítico de la “democracia plebiscitaria” –y de la “justicia de los Kadis” practicada en el periodo pericleo y post-pericleo– por Max Weber que la

dadano particular, en su concreta vida cotidiana, se convierte en un mero soporte de deberes. Esta ausencia de transición, típica de la *polis* griega, desde el carácter abstracto de la legislación (aunque sea democrática) hasta los detalles de la vida privada tiene, por supuesto, por lo menos en la *Antígona*, un resultado trágico.

La perspectiva hecha posible por la “invención [latina] del derecho” es precisamente algo que falta al dominio del *nomos* en la democracia griega. El avance para la sociedad representado por la creación del *ius*, específica de Roma, dio lugar –como escribe uno de los más distinguidos entre los romanistas italianos– a la emergencia de “la idea misma de lo ‘privado’: la constitución de un espacio de sociabilidad [*socialità*] no política de las relaciones humanas. [...] La política –la gran invención de los Griegos– quedaba totalmente fuera de esta perspectiva”<sup>10</sup>. Lo que caracterizó esencialmente al espacio y a la práctica del *ius* es entonces, como sigue explicando Aldo Schiavone, el “disciplinamiento autónomo de una trama ‘privada’ de la vida comunitaria [...], donde se elaboraban las condiciones previas, de naturaleza patrimonial y familiar, de la ciudadanía, irreductiblemente distinta del ámbito político”<sup>11</sup>.

La atención al caso concreto, que no forma parte de la experiencia griega, caracterizada por la hegemonía –e incluso el despotismo– del *nomos*, reclama en la vida social, como diría Herbert Hart, “por encima del elemento de control coercitivo”<sup>12</sup>, elementos adicionales que sobrepasan la pertinencia del poder de la cumbre política, en cuanto que tienen que limitarlo y justificarlo. Estos elementos adicionales –típicos del mundo jurídico *extraño* a los Griegos– hacen posible la transición de un modelo de poder *top-down* a un modelo *bottom-up*, donde los ciudadanos, en su vida privada, no siguen

---

pone en relación con la “la imposibilidad [en un mundo caracterizado por el dominio del *nomos*] de desarrollo de un derecho *formal* y de una ciencia jurídica *formal* de tipo romano” (M. WEBER, *Economia e società*, edición italiana, vol. I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Introduzione di Paolo Rossi, Edizioni di Comunità, Milán, 1995, p.268).

<sup>10</sup> “...l’idea stessa del ‘privato’: la costituzione di uno spazio di *socialità* non politica delle relazioni umane... La politica –la grande invenzione dei Greci– rimaneva del tutto al di fuori di questa veduta”, A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Turín, 2006, pp. 316-317.

<sup>11</sup> “... disciplinamento autonomo di una trama della vita comunitaria [...], dove venivano elaborati i presupposti familiari e patrimoniali della cittadinanza, irriducibilmente distinta dall’ordine politico”, A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 50.

<sup>12</sup> H.L.A.HART, *El concepto de derecho*, trad. G. Carriò, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, p. 52.

siendo únicamente destinatarios de deberes y donde la ley deja de ser exclusivamente un conjunto de órdenes establecidas e impuestas desde arriba. En el fondo, a la experiencia griega del *nomos* como esencialmente consistente en órdenes políticas respaldadas por amenazas de sanciones, la invención latina del derecho permite añadir –como escribe Francesco Viola, a pesar que lo haga en otro contexto– “un conjunto de prácticas interpretativas y argumentativas para solucionar problemas de la vida común”<sup>13</sup>.

## 2. “ANTÍGONE Y PORCIA”

El texto que, aún sin hacer ninguna mención de la distinción ahora mismo evocada entre *nomos* e *ius*, de hecho me la sugirió, es lo que me atrevo a definir como un *divertissement*, al mismo tiempo brillante y profundo, de Tullio Ascarelli (Roma, 1903-1959). Este Autor, que fue un renombrado especialista de derecho mercantil y además un abogado de éxito, en los años cincuenta dio una conferencia en Santiago de Chile titulada simplemente “Antígona y Porcia”<sup>14</sup>. No vamos a discutir aquí la interpretación de la *Antígona* hecha por Ascarelli, que sigue haciendo una lectura clásica de la tragedia como ejemplo de contraste entre el derecho positivo (de Creonte) y el derecho natural (de Antígona)<sup>15</sup>. Mucho más interesante es detenerse en el acercamiento paradójico –pero extraordinariamente esclarecedor– entre la heroína griega y la joven y rica heredera Porcia, quien en *El mercader de*

<sup>13</sup> “...un insieme di pratiche interpretative e argomentative per risolvere problemi della vita comune”, F. VIOLA, “Il futuro del diritto”, lectio magistralis di commiato, Palermo, 26 novembre 2012, que se puede leer en Academia.edu.

<sup>14</sup> T. ASCARELLI, “Antigone e Porzia” (1955), en ID., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano 1959, pp. 3-15 (que se puede leer en la red: [http://www.docentilex.uniba.it/docenti-1/eustachio-cardinale/progetti/materiali/Antigone\\_e\\_Porzia-\\_in\\_Problemi\\_giuridici-\\_I-\\_Milano-\\_1959-\\_3.pdf](http://www.docentilex.uniba.it/docenti-1/eustachio-cardinale/progetti/materiali/Antigone_e_Porzia-_in_Problemi_giuridici-_I-_Milano-_1959-_3.pdf); véase también la misma conferencia traducida al portugués;

<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Ascarelli-trad.-De-Cicco-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>.

<sup>15</sup> A título de ejemplo me refiero a la crítica de Ascarelli que se puede leer en las páginas sobre la tragedia de Sófocles publicadas en G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2008, pp. 51-57; sobre la polémica de Zagrebelsky con Ascarelli, véase también A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 157-171. - Para una discusión más general del asunto, cfr. F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Giappichelli, Torino 2017 (capítulos 3 y 4) e ID., “Pour une relecture de l’ *Antigone* comme tragédie du *nomos*”, *Metodo International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. II, n. 1, 2014, pp. 201-215, <http://metodo-rivista.eu/index.php/metodo/article/view/68/54>.

*Venecia* (obra escrita entre el 1596 y el 1598) Shakespeare hace disfrazar de abogada para asistir a un amigo de su novio, en un juicio que para este mismo amigo podría ser fatal. El acercamiento entre las dos figuras femeninas, ambas literarias e incluso teatrales, es posible, según Ascarelli, porque en las dos situaciones, a pesar de sus resultados opuestos, se escenifica la misma *relación entre la norma y la vida*. Si en el desarrollo interno de la tragedia griega esta relación no constituye un problema, puesto que la primera (la norma) se aplica inmediatamente a la segunda (la vida) con el automatismo lógico de la deducción, la comedia moderna pone de manifiesto el carácter problemático de la relación entre las dos. Y esta dimensión problemática se presenta exactamente en el espacio abierto por el derecho en tanto que ámbito intermedio entre la norma y la vida.

Más precisamente, el problema que no se planteaba antes y que se plantea ahora es exactamente cómo determinar, dice Ascarelli, “el alcance de la norma [*la portata della norma*]”. Se trata de un típico problema jurídico: un problema que ni siquiera se podría entender en el marco totalizante del *nomos*, donde no hay nada que pueda sustraerse a su pertinencia. Y es aquí que sale en escena Porcia, y no es casualidad que lo haga disfrazada de doctor patavino, es decir que salga en escena en su papel de abogada, cuya tarea es precisamente buscar una mediación razonable entre la norma y la vida<sup>16</sup>.

Los antecedentes son conocidos. Shylock es un usurero judío que vive en Venecia y acepta prestar dinero a un mercader cristiano –Antonio, buen amigo del novio de Porcia–, sólo si el propio Antonio firma ante notario su pagaré, con la condición de que si no paga el día convenido (tres meses después), el castigo será una libra de carne del cuerpo de Antonio, cortada a placer por Shylock. Al plazo del contrato, por una serie de circunstancias adversas, Antonio no devuelve el dinero a Shylock que reclama justicia, gozando por adelantado la escena de la muerte “lícita” del mercader de Venecia.

Es evidente el contraste radical entre el pacto, que tiene fuerza de ley entre las partes, y una exigencia moral que firmemente lo condena. Sin embargo, en su intervención en el tribunal, astutamente Porcia no hace ninguna referencia a la inmoralidad del pacto, ni tampoco plantea excepciones formales. Por el contrario, ella da por sentado la validez del pacto; sin embargo, lo interpreta, y –a través de su interpretación– lo reduce a nada. Con su argu-

---

<sup>16</sup> “Perché, quale poi è la portata della norma ? Ed è qui che ci viene incontro, mal nascondendo sotto la toga un ironico sorriso, la figura di Porzia”, T. ASCARELLI, “Antigone e Porzia”, cit. pp. 9-10.

mentación, entonces, Porcia al mismo tiempo salva y supera la ley positiva. Escribe Ascarelli: “*La legge positiva è salva, ma pure superata*; el problema no es acerca de la legitimidad de la ley, sino de su alcance exacto; el imperativo ético que condena la ley es reemplazado aquí por un juego más sutil que toma como premisa la legitimidad de la ley positiva y sólo se preocupa de determinar su alcance en el entrelazamiento de un juego más complejo de contrastantes intereses”<sup>17</sup>.

No hay duda de que el motivo fundamental de la intervención de Porcia es una exigencia moral: salvar la vida a Antonio; pero ella, para satisfacer esta exigencia, no recurre a razones de principios –porque en este nivel no hay garantías de acuerdo seguro, y además podrían producirse fácilmente malentendidos–, sino que elige el camino de la eficacia. Y esta eficacia la encuentra dentro de la interpretación, a través de la interpretación: pero, en este caso, la interpretación, en lugar de limitarse a reconstruir el (presunto) sentido original del contrato o de la ley, tiene la intención y la tarea de mediar entre la regla general y el caso particular, tratando sobre todo de buscar argumentos capaces de justificar la regla, de averiguar en lo concreto si la ley ordena algo que en la vida cotidiana sea más o menos realizable y razonable. Y este será el camino que conduce a Porcia hasta la victoria.

La gran fuerza del personaje de Shakespeare –por esta razón Ascarelli dice que Porcia es “más hábil que heroica; sabia y experta, en lugar que fanáticamente valiente”<sup>18</sup>– consiste en hacer una interpretación estricta de la ley (en este caso del contrato). Su argumentación muestra que la realización del contrato, puesto que es imposible cortar una libra de carne sin verter sangre, comportaría inevitablemente la transgresión de una ley veneciana que ordena confiscar los bienes de los judíos que viertan una sola gota de sangre cristiana; además, Porcia advierte que si Shylock no corta exactamente una libra, morirá por incumplir el contrato.

---

<sup>17</sup> “La legge positiva è salva, ma pure superata; il problema non verte sulla legittimità della legge, ma sulla sua esatta portata; all’imperativo etico che condanna la legge si sostituisce un gioco più sottile che assume invece come premessa proprio la legittimità della legge positiva e solo si preoccupa di determinarne la portata nell’intreccio di un più complesso gioco di contrastanti interessi”, T. ASCARELLI, “Antigone e Porzia”, cit., p. 11.

<sup>18</sup> “Abile più che eroica; saggia ed esperta, anziché fanaticamente coraggiosa, e forse, nella sua raffigurazione poetica, con un accento quasi che furbesco, accentuato e insieme nobilitato dalla figura muliebre, che fa spuntare il sorriso sotto l’argomentazione del dottore patavino”, T. ASCARELLI, “Antigone e Porzia”, cit., p. 14.

### 3. DESDE EL TRIUNFO METÁFÍSICO DE LA VERDAD AL TRIUNFO HUMANO DE LOS INTERESES: O SEA DESDE LA DEMOSTRACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN

Si Porcia “actúa como un operador jurídico”, Antígona “opta por inmolar-se trágicamente para denunciar y combatir lo que considera injusto”<sup>19</sup>. Como dice Ascarelli, sólo el “sacrificio” de la vida le permite a Antígona el “triumfo de su verdad”, una verdad única e indiscutible, universal y necesaria, absolutamente objetiva. Pero desafortunadamente, a pesar de todo, esta misma verdad es desconocida por Creonte. Este último, con una reclamación análoga, a su vez lucha para el “triumfo de su verdad”, que por supuesto es igualmente única e indiscutible. Cada uno de los interlocutores de este dramático “diálogo de sordos”<sup>20</sup> prevé una transición inmediata y directa desde la referencia lógico-ontológica a la verdad (supuesta) universal hacia su aplicación en la praxis. No hay que asombrarse entonces si el resultado del contraste entre ellos es catastrófico y mortal como la historia (no muy escuchada *magistra vitae*) debería habernos enseñado y por desgracia continúa enseñándonos.

Muy agudamente, Ascarelli contrapone al nivel metafísico de la verdad (a su pretensión de universalidad y necesidad) el plan humano de los “intereses”<sup>21</sup>. Más precisamente, él habla del “triumfo humano de los intereses”, que siempre son plurales y sobre todo desprovistos de universalidad y necesidad. Los intereses se sitúan en el nivel de la *praxis*, esto es, en el nivel ético-práctico donde se toman decisiones que se pueden *argumentar*, pero

---

<sup>19</sup> Escribe así, comentando el ensayo de Ascarelli, Carlos M. Cárcova, que continua: “Antígona no cuestiona la legitimidad de la norma, rebelándose revolucionariamente contra ella. Rescata su plena vigencia, pero muestra —sin salirse de los marcos de la validez; por el contrario, afirmándolos—, que la “lectura” de los textos es un proceso a través del cual estos adquieren sus sentidos definitivos —sentidos que, antes de ella, solo están penumbrosamente sugeridos—. No hay texto sin lector, como no hay norma sin intérprete. Los textos no dicen cualquier cosa, pero frecuentemente dicen varias posibles y alternativas; de allí, la necesidad de una hermenéutica fecunda que los ensamble con el contexto y con la mejor realización de las finalidades para las que han sido concebidos”, C. M. CÁRCOVA, “Porcia y la función paradójica del derecho”, En A. E. C. RUIZ; J. E. DOUGLAS PRICE; C. M. CÁRCOVA, *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*, Infojus, Buenos Aires 2014, p. 198.

<sup>20</sup> Según la fórmula de G. STEINER, *Antigones*, Oxford 1984.

<sup>21</sup> “A quello che potrebbe dirsi il puritanismo calvinista di Antigone si contrappone l’abilità di Porzia, con un che di probabilistico e magari moralmente persino di ambiguo. Alla morte di Antigone che solo col proprio sacrificio afferma il trionfo della sua verità si contrappone l’umano trionfo degli interessi, difesi attraverso una interpretazione che riesce vittoriosa e che si presenta così come remunerabile attività professionale”, T. ASCARELLI, “Antigone e Porzia”, cit., p. 14.

que es imposible *demostrar científicamente*. Como escribió escribió Norberto Bobbio, “tra la verità assoluta e la non verità c’è posto per la verità da sottoporsi a continua revisione mercé la tecnica dell’addurre ragioni pro e contro. [...] Quando gli uomini cessano di credere alle buone ragioni, comincia la violenza”<sup>22</sup>. Aquí no puedo detenerme sobre la distinción básica entre demostración científica y argumentación; me interesa simplemente explicitar algunas de sus premisas e implicaciones filosóficas<sup>23</sup>.

#### 4. EL CONTRASTE ENTRE EL CORO Y LA ESCENA

Me gustaría profundizar un poco más en unas observaciones anteriores y mostrar por qué en el marco típicamente griego del dominio del *nomos*, tanto para Creonte como para la propia Antígona, no se plantea ni se puede plantear el problema del tránsito de lo general al caso concreto. Todo se juega y se soluciona en la determinación universal y necesaria de la ley.

El contraste más profundo en el marco de la tragedia –si analizamos las distintas maneras de relacionarse con la ley– no se muestra, entonces, entre Antígona y Creonte, sino entre los dos héroes (que actúan en la escena) y el Coro que representa la opinión pública (aunque en este caso se trata de una opinión calificada, porque en la *Antígona* el Coro se compone de los ancianos de Tebas<sup>24</sup>). Como dijo Aristóteles, “los actores imitan a los héroes, puesto que para los antiguos sólo los héroes eran jefes y reyes; el pueblo, en cambio, era el conjunto de los hombres comunes que forman parte del Coro”<sup>25</sup>.

Puesto que la opinión pública es la expresión del pensamiento común de la *polis*, y que entre los ciudadanos están presentes puntos de vista conflic-

---

<sup>22</sup> N. BOBBIO, “Prefazione” en C.PERELMAN-L.OLBERECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, trad. C.Schick et al., Einaudi, Torino 1966, p. XIX.

<sup>23</sup> Reemplazando la noción de *interés* con aquella de *significación*, Hannah Arendt, en las primeras páginas de su obra póstuma, aludió al mismo asunto: “*The need of reason is not inspired by the quest for truth but by the quest for meaning. And truth and meaning are not the same. The basic fallacy, taking precedence over all specific metaphysical fallacies, is to interpret meaning on the model of truth*”, H. ARENDT, *The Life of the Mind*, vol. I, *Thinking*, Harcourt, Inc., San Diego – New York – London 1978, Introduction, p. 15, cursiva en el original. Cfr. F. CIARAMELLI, “Acceso alla verità o interrogazione sul significato?”, *Le forme e la storia* (Rubbettino editore, Soveria Mannelli) 2011, vol. IV, p. 201-211

<sup>24</sup> Cfr. M. NUSSBAUM, *The Fragility of Goodness*, cit., pp. 67 ss. y J.TAMINIAUX, *Le théâtre des philosophes. La tragédie, l’être, l’action*, J.Millon, Grenoble 1995, pp. 85 ss.

<sup>25</sup> *Problemata* 19,48, citado por Vernant en *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, cit., p. 18.

tivos, las intervenciones del Coro no son unitarias y no tienen –no pueden tener– la coherencia y la fuerza de las demostraciones lógicas. Esto explica el hecho de que el mismo Coro expresa posiciones y opiniones en contraste. De un lado, no sólo no se opone a Creonte, sino que le reconoce haber legislado válidamente y haberlo hecho sólo por el bien de la ciudad; sin embargo, esto no quiere decir que el Coro tiene prejuicios contra Antígona, ni que es prevenido respecto de ella; por el contrario, durante la dramática conversación entre Creonte y su hijo Hemón, que es también el novio de Antígona, y que apasionadamente defiende a su prometida, el Coro al final avala inopinadamente las palabras de ambos, aunque sean radicalmente opuestas, llegando a decir: “¡Tanto el uno como el otro habéis hablado bien!”<sup>26</sup>. Actitud paradójica, censurada por todos partidarios de interpretaciones teóricas y no praxeológicas de la tragedia (de Hegel y Goethe a Lacan hasta, increíblemente, incluso el mismo Žižek, que en su radical interpretación jacobina sigue viendo en el Coro la expresión de la falsa sabiduría construida alrededor de estúpidos lugares comunes<sup>27</sup>). Todos estos autores, a pesar de las profundas diferencias y oposiciones entre ellos, quieren alejarse absolutamente del reino de la apariencias y opiniones propio del Coro, y acercarse a la escena, donde actúan los héroes, porque esto les permite no contaminar la reflexión y el pensamiento con elementos que salen de un ámbito desprovisto de necesidad especulativa.

Sin embargo, a pesar de las interpretaciones teóricas de la tragedia, hay que repetir que su contenido no es la verdad metafísica, supuesto objeto de demostraciones rigurosas, sino lo que el poeta registra como las opiniones (*doxai*) presentes en la ciudad, que se basan sobre el carácter probable y mutable de lo que les parece (*dokei*) a los ciudadanos, a los hombres comunes. Más precisamente, aunque el contenido de la tragedia es el pensamiento social de la *polis* griega, la tragedia no constituye el puro y simple reflejo de este pensamiento. Al revés, los poetas trágicos no se cansan de poner en tela de juicio la mentalidad común, y problematizan antes de todo el papel del héroe, que en la *polis* democrática ha dejado de representar un modelo y en cambio ha llegado a ser para él mismo y para los otros un problema<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Para la mención exacta de los versos de Sófocles, rápidamente evocados aquí, véase F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, cit., cap. II.

<sup>27</sup> Cfr. S. ŽIŽEK, *Antigone*, con una Introducción de Hanif Kureishi, Bloomsbury Publishing, London 2016, p. XXIV. Merece la pena señalar que la introducción del dramaturgo anglo-paquistaní a este texto de Žižek es muy interesante.

<sup>28</sup> Cfr. Vernant, *Mythe et tragédie...* pp. 14-15.

## 5. LEGALISMO Y LITERALISMO: LA TRAGEDIA DEL NOMOS Y DE SUS CARENCIAS

Legalismo y literalismo –en tanto que contenidos fundamentales de la tragedia– resultarían los ‘responsables’ de la muerte de Antígona. Como dijo una vez el gran psicólogo jungiano James Hillman, en una Conferencia “Eranos” de Ascona, “no leemos a un mito para corregirlo”, esto es, para decir nosotros lo que los héroes hubieran tenido que hacer. Lo leemos, según Hillman, para aprender algo “sobre el proceso de figuración psíquica de nuestros modelos de vida”.<sup>29</sup> Aplicando esta consideración al mito de Antígona, nuestro enfoque tiene que mirar al proceso de formación de los modelos de vida colectiva en un contexto psíquico (y por lo tanto al mismo tiempo social) caracterizado por el dominio exclusivo del *nomos*.

En lo que sigue, trataré de profundizar en mi lectura de esta obra de Sófocles en tanto que tragedia del *nomos* y de sus carencias o faltas, ya rápidamente evocadas al hablar de la diferenciación entre *nomos* e *ius*. Si la tarea esencial del primero es la determinación de las normas en tanto que obligaciones e interdicciones generales y abstractas, la tarea específica del segundo es seguramente la preocupación por los detalles de los casos concretos.

Es necesario ahora darse cuenta de que en la estructura misma del contraste mortal entre Antígona y Creonte, hasta incluso como precondition de su resultado catastrófico, hay semejanzas y puntos de contacto fundamentales en sus actitudes. El principal elemento que aúna y unifica sus posiciones, especularmente contrapuestas, es la relación con la ley: se trata de una relación de sometimiento y subordinación que comporta su inmediata traducción en práctica –casi un paso al acto, un *acting out*, para usar un término psicoanalítico que se refiere a un comportamiento agresivo y sobre todo irreflexivo que sigue enseguida la aparición de un conflicto.

Desde la perspectiva legalista no hay necesidad de interpretación: la ley se aplica en su formulación literal. Por lo tanto, el legalismo va unido al literalismo. Con referencia a la primera parte de este texto, es evidente que la posición de Shylock sería una ilustración casi caricaturesca del enredo entre legalismo y literalismo.

Volviendo a la tragedia sofoclea, las dos posiciones contrapuestas de Antígona y Creonte testimonian el papel privilegiado, si no exclusivo, de la

---

<sup>29</sup> J. HILLMAN, “Edipo rivisitato”, trad. A. Serra, en K. KERÉNYI – J. HILLMAN, *Variazioni su Edipo*, Cortina, Milano 1992, p. 101.

legislación como orden indiscutible, que sigue siendo soberana en la misma gestión de las controversias y en general en toda la vida social. Ambos –no el solo Creonte– son un ejemplo mortífero de legalismo, donde no hay lugar para la perspectiva del caso particular. Si, al contrario, se toma en cuenta la preocupación por la transición desde la ley general hacia lo concreto de la vida cotidiana, hay que otorgar a los mismos sujetos privados un papel activo en la construcción del orden social.

Antígona y Creonte se limitan a referirse a la ley, a una ley que para cada uno de los dos es la única universal y necesaria. Según Creonte, la ley –el *nomos*– que él ha promulgado para defender el bien de la *polis*, es la única capaz de garantizarlo después de la guerra civil (y la *polis*, en el mundo griego, está *naturalmente* sobre los ciudadanos, porque el todo es *necesariamente* superior a la parte<sup>30</sup>). Según Antígona, en cambio, la orden de Creonte sólo es un *kérygma*, un edicto, un bando, un anuncio, desprovisto de la autoridad de la ley; para ella, las verdaderas leyes [*nomima*, un *hapax legomenon* en esta obra] sólo son aquellas queridas por los dioses desde tiempos inmemoriales (*Antígona*, vv. 450 ss).

Pero, probablemente, el núcleo de la relación de Antígona con la ley se encuentra expresado aún más explícitamente en el controvertido paso, que Goethe esperó que alguien hubiera demostrado apócrifo, sobre el que en cambio tanto Hegel como Lacan construyen sus (inconciliables) interpretaciones de la tragedia; en este paso, Sófocles hace decir a Antígona que el móvil de su gesto no fue el cariño hacia una persona de su familia (ella dice que si se hubiera tratado de un marido o de un hijo, no hubiera desobedecido al soberano, ya que habría podido casarse otra vez o tener otro hijo), sino que fue otro *nomos*, según el cual es imposible tener otro hermano puesto que los padres ya están muertos. Estas son las palabras de la heroína: “Muertos mi padre, ya, y mi madre, en el Hades los dos, no hay hermano que pueda haber nacido. Por esta ley (*nomos*), hermano, te honré a ti más que a nadie, pero a Creonte esto le parece mala acción y terrible atrevimiento” (vv. 911-12)<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> “No puede ponerse en duda que la *polis* está naturalmente sobre la familia y sobre cada individuo, porque el todo es necesariamente superior a la parte... Lo que prueba claramente la necesidad natural de la *polis* y su superioridad sobre el individuo es, que si no se admitiera, resultaría que puede el individuo entonces bastarse a sí mismo aislado así del todo como del resto de las partes; pero aquel que no puede vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidades no puede ser nunca miembro de la *polis*; es un bruto o un dios”, ARISTÓTELES, *Política* I, 1253a 19-31.

<sup>31</sup> Sigo la traducción que se lee en <https://www.marxists.org/espanol/tematica/literatura/sofocles/antigona.htm>; otra versiones castellanas traducen en estos versos *nomos* con “razón”,

Nadie podría desmentir la implacabilidad de esta “ley”, que se limita a reflejar la necesidad natural. Sin embargo, desde la *imposibilidad* real y efectiva de tener otro hermano después de la muerte de los padres, hasta la *obligación* ético-práctica de honrar al hermano difunto porque es insustituible, hay un salto lógico. Aquí, en su actitud concreta, Antígona no está cumpliendo con sus deberes, puesto que el *nomos* ahora mismo evocado (es imposible tener hermanos cuando los padres están muertos), siendo un hecho, o una implicación inevitable de la necesidad natural, no puede ser ni violado ni cumplido. Lo que, en esta circunstancia, Antígona llama *nomos*, no implicando alguna obligación, que siempre prevé el hecho mismo de “poder-ser-de-otro-modo”, se limita a reflejar el estado de las cosas existentes en su inmediata necesidad.

Para una mejor comprensión de este delicado asunto, puede ser útil recordar que aquí Sófocles se refiere a un paso de Heródoto (3,119), que cuenta la historia de Intafernes, un noble persa que conjuró contra el rey Darío y que fue hecho prisionero con toda su familia. El rey condenó a todos a muerte, pero concedió a la esposa de Intafernes la posibilidad de elegir a uno solo entre sus familiares, para salvarlo, y ella abandonó a marido e hijos y eligió de salvar a su hermano. Cuando el rey Darío le preguntó por qué, ella contestó explicándole el motivo de su actitud con el mismo argumento utilizado por Sófocles en la *Antígona* (es decir, que una vez muertos los padres, no se puede tener otro hermano, etc.), pero la palabra utilizada por la mujer en el texto de Heródoto no es *nomos*, sino que es *gnômē*, razonamiento.

Esta ‘fuente’ de Sófocles nos permite comprender mejor que el *nomos* que sigue Antígona es esencialmente una noción que no se sitúa en el nivel de la acción, sino en el nivel del conocimiento, cuyo supuesto objeto es la verdad objetiva (universal y necesaria) y no la significación (siempre determinada así y no de otro modo)<sup>32</sup>.

A través de esta afiliación especulativa, el *nomos* en esta tragedia tiene la pretensión de ser un simple reflejo de la realidad y de su necesidad (en el caso de Antígona) o una expresión de la superioridad natural del bien de la *polis* respecto a los individuos (en el caso de Creonte). En el marco de esta ac-

---

lo que bien se entiende haciendo referencia al texto de Heródoto que –como vamos a ver– probablemente inspira a Sófocles, pero no permite problematizar el legalismo de la propia Antígona. Para un desarrollo diferente de la cuestión, véase P. DE LUCIA, “Il nomotropismo di Antigone”, *Dike*, v. 17, 2014, <http://riviste.unimi.it/index.php/Dike/article/view/4970>.

<sup>32</sup> Según la diferencia entre verdad y significación, cuya negligencia sería la falacia metafísica fundamental (cfr. *supra*, nota núm. 24).

titud esencialmente cognitiva, se presenta como indiscutible la pretensión de que a partir del estado de cosas efectivo, a partir de su necesidad y evidencia, se puedan deducir de manera automática normas de conducta universales, que siempre hay que seguir en cualquier caso, esto es, sin ninguna atención a las circunstancias concretas, a la cotidianidad, a las características de los casos particulares en sus momentos diferentes.

La enseñanza decisiva que podemos sacar del resultado catastrófico de este desarrollo consiste en el “descubrimiento” de que el paso de lo general al detalle particular no puede realizarse y solucionarse en el automatismo lógico de la deducción, porque un procedimiento meramente deductivo, en la óptica del caso particular, aparece completamente desprovisto de justificación. La validez de la ley no es un dato originario que pueda bastar para legitimar su concretización o aplicación, si esta última se confía única y exclusivamente a la misma autoridad que ha producido la ley (implicación necesaria donde está vigente el dominio exclusivo del *nomos*). La transición desde la generalidad de la norma hasta las particularidades de la vida concreta necesitan mediaciones. Si la “*mitezza*” elogiada por Bobbio, como virtud moral, según lo que argumenta Atienza<sup>33</sup>, en realidad es una virtud típicamente jurídica, que implica no sólo suavidad o docilidad, sino sobre todo ductilidad y capacidad de adaptación a los distintos detalles concretos, al derecho, en tanto que disciplina de los intereses privados, le corresponde una tarea de vigilancia. En este sentido, como dijo una vez Levinas, hablando de la “gran sabiduría” del Talmud en tanto que casuística, esta misma sabiduría consiste en ser la disciplina que vigila la generalidad a partir del caso particular: una disciplina específica que mira a los detalles particulares “para buscar el momento preciso en que el principio general corre el peligro de transformarse en su contrario”<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> M. ATIENZA, “Una visión de la filosofía del derecho”, 2010, <http://www.uees.edu.ec/servicios/biblioteca/publicaciones/pdf/42.pdf>

<sup>34</sup> “C’est précisément l’aspect concret et particulier de la Loi et les circonstances de son application qui commandent la dialectique talmudique: la loi orale est une casuistique. Elle s’occupe du passage du principe général incarné par la Loi à son exécution possible, à sa concrétude. Si ce passage était purement déductible, la Loi, comme loi particulière, n’aurait pas demandé une adhésion à part. Mais il se trouve - et c’est là la grande sagesse dont la conscience anime le Talmud - que les principes généraux et généreux peuvent s’invertir dans l’application. Toute pensée généreuse est menacée par son stalinisme. La grande force de la casuistique du Talmud, c’est d’être la discipline spéciale qui cherche dans le particulier le moment précis où le principe général court le danger de devenir son propre contraire. Cela nous préserve de l’idéologie. L’idéologie, c’est la générosité et la clarté du principe qui

Para terminar (y no por cierto para concluir, puesto que en este tipo de asuntos, donde no hay demostraciones, la única conclusión posible es la interrupción), quisiera subrayar que la defensa o la protección jurídica de los intereses particulares o privados satisface a una exigencia fundamental de la vida en común. Los intereses –en su multiplicidad irreducible a una unidad universal– son exactamente la trama privada de las relaciones sociales que existen *entre* los individuos. En este sentido, el modelo holístico del *nomos*, realizado en la democracia griega fundamentalmente como un control coercitivo de la autoridad política, cuya única alternativa sería el heroísmo literario de Antígona y unos años más tarde (en el 399 a.C.) el sacrificio histórico de Sócrates, carece de un dispositivo adecuado para salvaguardar los intereses particulares y para garantizar la calidad de la convivencia humana; carece entonces de la mediación jurídica entre el nivel general de las normas y los casos particulares que hacen la trama concreta de la vida cotidiana. En este sentido, el triunfo humano de los intereses se opone al fundamentalismo del triunfo metafísico de la verdad. El derecho y sus operadores juegan en este plan un papel socialmente indispensable.

Los lugares de la mediación jurídica aparecen, entonces, como la única legitimación posible del orden social, puesto que la fundación metafísica de este último, a través del triunfo de la verdad universal y necesaria, se revela en nuestra época no sólo (como siempre) teóricamente ilusoria, sino sobre todo políticamente catastrófica.

FABIO CIARAMELLI  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Napoli Federico II  
Via Porta di Massa 32  
80138 Napoli (Italia)  
e-mail: fabio.ciaramelli@gmail.com

---

n'ont pas tenu compte de l'inversion qui guette ce principe généreux quand il est appliqué", E. LEVINAS, *Au-delà du verset. Lecture et discours talmudiques*, Editions de Minuit, Paris 1982, pp. 98-99. Cfr. F. CIARAMELLI, *La legge prima della legge. Levinas e il problema della giustizia*, Castelvechi, Roma 2016 y en castellano F.CIARAMELLI, "Levinas y la originariedad del deseo" (trad. M.Barroso Ramos), en *Un libro de huellas. Aproximaciones del pensamiento de Emmanuel Levinas*, M.BARROSO RAMOS y D.PÉREZ CHICO (eds.), Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 177-206.



**IDEOLOGÍA TOTALITARIA Y NEOCONSTITUCIONALISMO.  
LA HIPÓTESIS DE NIETZSCHE PARA UNA APROXIMACIÓN NO  
ONTOLÓGICA A LOS VALORES\***

TOTALITARIAN IDEOLOGY AND NEO-CONSTITUTIONALISM.  
NIETZSCHE'S HYPOTHESIS FOR A NON-ONTOLOGICAL  
APPROACH TO VALUES

ADRIANO BALLARINI  
Università di Macerata

Fecha de recepción: 5-9-17

Fecha de aceptación: 18-1-18

**Resumen:** *En el totalitarismo la historia nunca es la de un individuo. El hombre-sujeto construido por la Modernidad es sustituido por el hombre-masa. Se vuelve real que el hombre encuentre a sí mismo y se sienta satisfecho si su propio mundo lo garantiza como funcionario. Para acceder al fenómeno histórico del totalitarismo, necesitamos una comprensión de la realidad en la que es posible que el hombre se realice bajo una condición de existencia en la que la libertad y la singularidad sean removidas por completo. La hipótesis del ensayo es que el nihilismo europeo de Nietzsche, y la transvaloración de los valores sobre el que descansa, puedan considerarse una puerta de acceso a tal comprensión de la realidad.*

**Abstract:** *In totalitarianism history is never that of an individual. The man as "subject", constructed during the Modern Age, is substituted by the man as "mass". The man finds himself and feels gratified if his own world secures his role of functionary. To get access to the historical phenomenon of totalitarianism we need an understanding of reality within which the man may feel fulfilled in a condition of existence without any freedom or singularity. The hypothesis of this essay is that Nietzsche's European nihilism, and the transvaluation of values on which it rests, can be considered a gateway to such understanding of reality.*

---

\* La traducción al castellano es de Michele Zezza.

**Palabras clave:** lógica, modelos, superhombre, valores  
**Keywords:** logic, models, *Übermensch*, values

## 1. TOTALITARISMO Y NECESIDAD DE NUEVOS VALORES

1. Existe hoy una línea divisoria que ha obligado y obliga al pensamiento jurídico europeo occidental a revisar sus propios fundamentos. Esta línea está constituida por Auschwitz. De hecho, después de Auschwitz, es decir, después de la experiencia del Totalitarismo, el mundo del Derecho, al menos aquel mundo que descansa sobre las bases del iuspositivismo, se vio obligado a realizar cambios radicales justamente sobre aquella estructura que se pensaba que lo sostuviera firmemente. Ello por la constatación de que el Estado de Derecho, construido sobre las bases de las teorías iuspositivistas, no sólo no fue capaz de evitar la propagación de la ideología totalitaria, sino que además, con su formalismo, permitió, tal vez aún sin quererlo, su legalización. Eso ocurrió, en general, por causa de los límites reales del formalismo jurídico, dondequiera que haya permitido al legislador ejercer el poder sin tener vínculos que no fueran únicamente procedimentales.

En efecto, el jurista tiene, en el fenómeno del Totalitarismo que se instauró entre las dos guerras, una realidad con la cual está llamado a enfrentarse. Auschwitz no es una teoría. Ni puede reducirse a una comparación entre teorías. Después de los eventos que con Auschwitz entraron en la historia, la realidad jurídica e institucional se vio obligada a replantearse lo que hasta Auschwitz podía haber considerado válido, legítimo y seguro.

Por este camino, impulsadas por los hechos, teorías aun diversas entre ellas, e incluso históricamente antitéticas, se encontraron juntas en el esfuerzo común de conformar el derecho a la realidad que el Totalitarismo había impuesto y, respecto a la cual, el pensamiento jurídico había tenido que comprobar la evidente inadecuación y los límites de las categorías y de los modelos de los cuales disponía tradicionalmente y a los cuales había encomendado el Derecho, el Estado, la organización social. Por consiguiente, la “experiencia histórica de los Estados constitucionales de derecho –que surgió en el período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, se desarrolló con creciente intensidad hasta nuestros días y podemos imaginar, destinada a consolidarse en el futuro próximo– ha supuesto profundas metamorfosis en la teoría del Derecho, al imponer la reordenación de los paráme-

tros conceptuales que presiden el conocimiento del Derecho y, contemporáneamente, orientan su práctica”<sup>1</sup>.

El resultado ha sido una transformación de la estructura del Estado de Derecho constitucional posbélico, por lo menos dentro de los límites geográficos que he indicado. Fueron introducidos, de hecho, principios fundamentales con fuerza de ley en las Constituciones, otorgando a la magistratura constitucional el control de constitucionalidad. El resultado evidente ha sido la desaparición de la supremacía del legislador, constitutiva del modelo iuspositivista, junto con un giro, podríamos decir histórico, respecto a la cuestión de los valores, ahora reintroducidos en el campo jurídico para ser elevados a principios-límite y fundamentadores.

2. Debido a la entidad de la revisión realizada en respuesta al Totalitarismo, hoy en día se suele asignar a las formaciones constitucionales posbélicas, al menos a las del área europeo-occidental, el nombre de ‘Neoconstitucionalismo’<sup>2</sup>. El término no es compartido por todos. No constituye una línea unitaria de pensamiento. Y llega con retraso respecto al fenómeno histórico. Sin embargo, puede considerarse correcto. De hecho, estas formaciones han modificado el modelo constitucional precedente. Y son nuevas respecto a aquel modelo, al haber transformado dos de sus caracteres estructurales y fundamentales. Primero: la actividad del legislador, antes absoluta, tras haber sido democráticamente legitimada, ahora limitada y susceptible de juicio, incluso cuando es expresión de la mayoría y de legitimidad del gobierno. Por otra parte, también la relación entre Derecho y moral: antes vista como expresión de dos mundos separados y antinómicos, se considera ahora indicada como relación necesaria para la supervivencia del propio Derecho.

---

<sup>1</sup> F. RICCOBONO, “Giuspositivismo e neocostituzionalismo: due paradigmi contrapposti”, en A. BALLARINI (ed.), *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 225.

<sup>2</sup> Se trata de un conjunto de teorías y de filosofías del derecho que no se presenta como un pensamiento unitario. Concepciones del derecho muy diferentes entre sí, y a veces tradicionalmente antitéticas, se encuentran ahora bajo la misma etiqueta. Suelen ser vinculados al neoconstitucionalismo Carlos S. Nino, Wilfrid J. Waluchow y Luigi Ferrajoli, junto con Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky. Dentro de este marco suele ser incluida también la hermenéutica jurídica contemporánea. Cfr. A. SCHIAVELLO, “Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?”, *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 3, 2003, pp. 37-49. Véase también T. MAZZARESE, “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Note a margine”, *Ragion pratica*, núm. 2, 2003, pp. 557-564.

3. Derecho y valores. En la transformación de su relación es sin duda legítimo indicar el mayor punto de inflexión llevado a cabo por la revisión del pensamiento jurídico posbélico. Reubicados en el campo jurídico, los valores constituyen el freno principal a la actividad del legislador. Pero, aparte de esto, de ellos dependen también y, sobre todo, de la propia legalidad de su labor y, por tanto, su legitimidad, justificación y obligatoriedad. Se puede así afirmar, desde luego, que “la verdadera revolución del aparato conceptual del Derecho aportada por el paradigma neoconstitucionalista es [...] aquella relativa a la introducción de los ‘principios’ y de una cadena conceptual que une ‘principios’, ‘valores’ y ‘derechos fundamentales’”<sup>3</sup>. Y eso en cuanto ahora, es decir, en el Estado constitucional posbélico, “los valores éticos adquieren un papel jurídico a través de su formulación como principios constitucionales”<sup>4</sup>.

La historia nos confirma la entidad y la relevancia de este giro. Derechos y valores son dos mundos que deben ser mantenidos rigurosamente separados, según lo que puede ser calificado de “modelo iuspositivista”. Separados e irreducibles el uno al otro.

En efecto, por mucho que hablar de “modelos”, y aplicar de acuerdo con ellos unos “paradigmas”, siempre es restrictivo respecto a los fenómenos históricos, no obstante, algunos caracteres autorizan a reconocer en el iuspositivismo una identidad que justamente en la relación entre Derecho y valores tiene su rasgo fundamental. No es posible, por un lado, olvidar que al positivismo jurídico se debe la aportación, en cuanto fundamento de la posibilidad de todo discurso científico, y “precondición” de la convivencia civil, de la *Wertfreiheit*. El iuspositivismo pone, pues, una irrenunciable “distancia” con el mundo de los valores, considerada como principio metodológico básico para mantenerse positivamente en el campo del jurídico y fundamento para aspirar a alcanzar niveles satisfactorios de vida colectiva. Ni, en cambio, puede faltar la conciencia del hecho de que, desde un punto de vista iuspositivista, son plenamente normas jurídicas, también aquellas normas que prevén comportamientos moralmente cuestionables, inaceptables, incluso execrables. Y eso a condición de que hayan sido respetadas las

---

<sup>3</sup> F. RICCOBONO, “Giuspositivismo e neocostituzionalismo: due paradigmi contrapposti”, cit., p. 236. Véase también M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

<sup>4</sup> M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012, p. 61. Al respecto, véase también E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su altre cose*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 1-33, 147-165.

condiciones de producción indicadas por el ordenamiento jurídico. El “límite de la intolerabilidad”, si así se quiere considerar la exhortación de Gustav Radbruch, sobreviene después de Auschwitz, y a causa de Auschwitz<sup>5</sup>.

Correctamente, por tanto, se puede afirmar que “la indiferencia del Derecho con respecto a los valores es, dentro de este modelo iusteórico, indisociable” y que, en este “modelo”, “los valores son confinados al margen del radio de acción de la ciencia del Derecho, que debe abstenerse, si quiere conservar un estatuto de científicidad, de formular cualquier juicio de valor y debe, al mismo tiempo, mostrarse impermeable a cualquier preocupación moral”<sup>6</sup>. Mundos antinómicos, pues, el Derecho y la moral, de acuerdo con el positivismo en cuanto comprensión del Derecho y orientación para su práctica. Mundos que, ahora, la realidad histórica impone que sean tratados como necesariamente vinculados y “conectados”. Una necesidad objetiva, pues, la que emerge después de Auschwitz. Capaz de producir un giro en el orden jurídico. Una exigencia que en la realidad no ha sido desatendida, como emerge de una mirada a los textos constitucionales y a la Justicia constitucional a partir de la segunda posguerra. Sin embargo, una exigencia que, para poderse considerar satisfecha, necesita la realización de específicas condiciones.

4. Este hecho parece inequívoco, al menos bajo el plano lógico. Si el legislador encuentra un límite en la Constitución y en un órgano encargado de su garantía, entonces no puede ser totalitario. No lo puede ser en términos legales. Y el baluarte está constituido por los principios fundamentales elevados a principios constitucionales.

Difícil, si no imposible, aplicar esta condición hacia atrás, esto es, temerario pensar que, si la Constitución de Weimar hubiera sido diferente, habría evitado la instauración del Nacionalsocialismo en cuanto Totalitarismo. Impidiendo, por consiguiente, Auschwitz.

Es preciso, en cambio, quedarse con la consideración de que el Totalitarismo ha planteado la cuestión de los valores como un problema jurídicamente inaplazable. Tenemos que quedarnos, al mismo tiempo, con la conclusión de que, en un sistema jurídico neoconstitucionalista, el legislador no puede sobrepasar los límites constitucionales y está obligado a actuar como poder legal.

---

<sup>5</sup> Véase al respecto F. RICCOBONO, “Giuspositivismo e neocostituzionalismo: due paradigmi contrapposti”, cit., pp. 229 ss.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 232-233.

El problema, entonces, está todo en la identificación y en la garantía de estos límites.

## 2. NUEVOS VALORES Y TRADICIÓN OCCIDENTAL: DE LA NATURALEZA AL ARTIFICIO

Necesitamos valores que sean constitucionalmente consagrados como principios fundamentales. Pero esta necesidad no puede ser satisfecha con la simple re-edición de los valores tradicionales.

Al menos una razón impide esta vuelta al pasado. El orden jurídico, al cual pertenecemos, descansa sobre la legitimación material de la autoridad (contractualismo) y sobre la artificialidad del poder jurídico (sujeto-Estado), dos caracteres, estos, que excluyen cualquier absolutización. De hecho, estos aspectos representan el resultado directo de la constatación, evidenciada por Hobbes, de que el mundo de las esencias, es decir, de las verdades dadas de una vez por todas, este mundo representa el obstáculo principal, e infranqueable, para la realización de una existencia individual y de una vida social. Es la esencia del hombre, su “naturaleza”, lo que ha recibido como propiedad inalienable, eso es lo que, para Hobbes, genera la guerra de todos contra todos. Y es para sustraerse a la naturaleza, y al mundo de las esencias, que las personas se ponen de acuerdo y dan vida a un mundo artificial, viendo sólo en ello la posibilidad real de su realización como sujetos, lo que necesariamente coincide con el *ius in omnia*<sup>7</sup>.

De acuerdo con Hobbes, el hecho histórico y conceptualmente más significativo a partir del cual tiene su origen la organización jurídica del poder que llamamos “Estado moderno”, debe ser hallado en la inversión de la relación “natural-artificial”. De hecho, se otorga a un “artificio”, el Estado, lo que la “condición de naturaleza” se muestra incapaz de garantizar. Eso subvirtiéndolo un “orden” que la filosofía metafísica siempre consideró fundamental, que indicó como garante de la diferencia entre auténtico e inauténtico, y que de tal orden sacó la segura orientación para el conocimiento, el Derecho, las instituciones. Todo el iusnaturalismo basa sobre este “orden” la estructura de lo social, la organización de la justicia y el sistema de las fuentes del derecho.

---

<sup>7</sup> He tratado detenidamente este tema en mi *L'ordine giuridico moderno. Interpretazione della Dottrina pura del diritto di Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2000, espec. pp. 139 ss. Al mismo texto remito tanto para la bibliografía como para los pasos teóricos relativos.

Es frente a este hecho, creo, que se puede entender plenamente el giro que la teorización del Estado realiza respecto al sistema conceptual pre-moderno y a su comprensión de la realidad. Con el Estado, “sujeto artificial”, se establece que la “Naturaleza”, y el mundo de las esencias que representa, es lo que el individuo debe de superar, aunque en la Naturaleza y en la esencia la ciencia del ser dominante, la Ontología, detecta la verdad.

Desde luego, en la Naturaleza se basan, en la época de Hobbes y aún hasta el siglo XVIII, el conocimiento, la estructura de lo social, el Derecho y el sistema de las fuentes. La prioridad de lo natural respecto a lo artificial aparece indiscutida, incluso en el día a día<sup>8</sup>. Y, para el inicio de una efectiva transformación de esta organización de la realidad, tendremos que esperar el tiempo de las Codificaciones, con los fenómenos históricos que las hicieron posibles<sup>9</sup>.

No obstante, se puede decir que, a partir del mundo moderno, y no sólo en el plano de la teorización jurídica, se produce una dinámica a través de la cual llega a ser progresivamente pensamiento dominante el hecho de que “artificialmente habita el hombre”<sup>10</sup>.

Naturaleza y artificio. Revertiendo la relación entre estos dos términos, desde su comienzo el orden jurídico moderno puso en marcha la superación de la dimensión del absoluto. Con arreglo a este hecho, y como consecuencia, tanto la legitimación material de la autoridad como la artificialidad del poder jurídico se basan en la historicidad material del contrato y de la voluntad de los individuos, dimensiones que de todas formas pueden alterarse con el cambio de las condiciones históricas y que, sobre todo, siempre tienen que ser garantizadas en cuanto a su soberana libertad de variar.

El resultado de estas consideraciones es evidente. El Estado moderno nace como aquella realidad que permite al hombre lo que, por naturaleza, o sea, según su esencia, nunca tendría, es decir, su propia existencia y un acep-

---

<sup>8</sup> Véase al respecto M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Editions Montchrestien, 9<sup>ª</sup> ed., Paris, 1975; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, pp. 21-65; P. ROSSI, *El nacimiento de la ciencia moderna en Europa*, trad. de M. Pons, Crítica, Barcelona, 1998.

<sup>9</sup> Sobre las metamorfosis que, desde el *Humanismo jurídico*, condujeron a la *Época de las codificaciones*, se puede consultar M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit. A este respecto, particularmente interesantes resultan los datos proporcionados por Villey sobre la transformación de la relación entre *ius* y *factum* (cfr. *ibid.*, pp. 536-540).

<sup>10</sup> He tratado este tema en mi trabajo *Il teorema di Hobbes. Interpretazione del diritto moderno*, Giappichelli, Torino, 2007.

table nivel de vida en su interacción con los demás. Este Estado, pues, sólo sobrevive y se desarrolla si conserva una condición, que para él representa una condición de posibilidad. Es decir, que el espacio jurídico real nunca es el de las realidades inmodificables, las cuales, sea cual sea su contenido y su forma, crean una antinomia insalvable entre esencia y existencia, al condenar el hombre, tanto al riesgo constante e ineludible de perder su propia vida, como a la imposibilidad de realizarse en el plano individual y colectivo. La exigencia de invertir los paradigmas clásicos, hasta afirmar que "*auctoritas non veritas facit legem*", creo que pueda ser atribuida a esta conclusión sobre la realidad del hombre, obligado a elegir, al menos a partir de Hobbes, la "existencia artificial" y ya no la "naturaleza"<sup>11</sup>.

Opino, por tanto, que la "condición" que Hobbes describe, y la exigencia que de esta condición nace para el hombre, son paradigmáticas. Estas, a mi parecer, representan de manera nítida lo que está al principio del Estado moderno. Al margen de cualquier evaluación, indican los requisitos de la organización jurídica del poder a la cual aún hoy pertenecemos.

Una vez aclarado todo eso, si no es posible recurrir al pasado para satisfacer la exigencia de valores advertida por las nuevas Constituciones, esto ocurre porque nuestro pasado está totalmente construido según la que, al menos en el área del Europa occidental, suele ser definida una "comprensión ontológica del real". Y esta comprensión es capaz de proporcionarnos sólo unos absolutos: un mundo de "esencias", como la filosofía las calificó, es decir, realidades dadas una vez por todas, manifestaciones o iconos de una verdad igualmente dada una vez por todas. Guardar relación con nuestro pasado significa estar vinculados a la "naturaleza" de la cual habla Hobbes.

Es un hecho, eso por lo menos es lo que creo o, si se quiere, propongo considerar. Dentro de las coordenadas históricas a las que pertenecemos, nuestro pasado es la Metafísica. Y la Metafísica descansa sobre el "principio del fundamento". Un "originario", dado una vez por todas, que divide la realidad según la antítesis natural-artificial. Este "principio", aún del todo

---

<sup>11</sup> La afirmación "*auctoritas non veritas facit legem*" está en T. HOBBS, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, en *Opera Philosophica quae latine scripsit*, ed. by W. Molesworth (1839-1845), vol. III, Scientia Verlag Aalen, 2ª ed., London, 1966, p. 202. En su integridad, la cita es la siguiente: "*Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem*". Se suele recordar también que una afirmación análoga se encuentra en: ID., *A Dialogue between a Philosopher and a Student, of the Common Laws of England*, en *The English Works*, ed. by W. Molesworth (1839-1845), vol. VI, Scientia Verlag Aalen, London, 1965, p. 5.

imperante en la época de Hobbes, es el que obliga al conocimiento a partir siempre de la “naturaleza”, y a verla como contenedor del real. Este “principio” es aplicado subordinando la comprensión de lo real al esquema *De Natura-De Homine-De Cive*.

Sostengo entonces que el nacimiento del mundo moderno radica en el rechazo del dominio del principio del fundamento. Es justamente reconociendo la autenticidad del artificio que el mundo moderno afirma su originalidad respecto al pasado. En Hobbes, esta originalidad se puede observar en la transición del estado de naturaleza al estado civil. El *De Cive* está centrado en un sujeto artificial: el Estado, capaz de realizar aquella “condición de existencia” que la Naturaleza niega sin apelación. En un mundo artificial el hombre puede vivir con los demás, y realizarse de acuerdo con su subjetividad.

La Metafísica no es una teoría, sino más bien una condición de existencia estructurada en torno al principio del fundamento y, por ende, a la rígida jerarquía entre natural y artificial, auténtico el primero, inauténtico el segundo. Si la comprensión ontológica orienta hacia una dimensión absoluta el conocimiento, el Derecho, las instituciones y la estructura social, eso es porque estima que sólo en la repetición del absoluto el existir tenga sentido. Apostar por lo artificial, como ocurre en Hobbes, reconocer que el artificio realiza la existencia y que la naturaleza la condena, eso equivale de facto a subvertir la Metafísica desde sus fundamentos, al afirmar que justamente en la superación de los absolutos, allí, para el hombre, radica la posibilidad del sentido. Y eso significa inaugurar una condición de existencia del todo inédita para la historia de Occidente.

Difícil decir cuánto Hobbes, y la Modernidad que avanzaba, fueran conscientes de lo que se estaba poniendo en marcha. Sin embargo, el fenómeno al que estamos asistiendo se traduce en el hecho de que, si la salvación reside en un artificio y la condena en la Naturaleza, eso significa afirmar que el mundo entero de las esencias constituye una condena y que, si se quiere existir, aquel mundo tiene que ser dejado definitivamente atrás, renunciando a recurrir a él. Equivale a decir que aquel mundo, en el que la Metafísica ha encontrado su camino seguro para el devenir de la existencia, es, en realidad, un obstáculo para que el existir pueda tener un devenir. De ahí, la afirmación con la cual he empezado. Es decir, que, si necesitamos valores, estos no los podemos hallar en nuestro pasado. Vale entonces la consideración de que el Totalitarismo, junto con la necesidad de valores que impidan el auge de nuevos legisladores totalitarios por vías legales, plantea un problema: ¿qué valores nos hacen falta? ¿Dónde los vamos a encontrar?

### 3. LA ORIGINALIDAD DEL FENÓMENO HISTÓRICO DEL TOTALITARISMO

1. Es preciso partir de los hechos, y no de los juicios. Se trata de una regla a la cual atenerse, si se quiere ante todo hacer referencia a la realidad. No es que haya que evitar o excluir completamente los juicios. Pero, si los antepone, estos limitan la visión, confirmando a la búsqueda una perspectiva determinada, que ya ha seleccionado los datos disponibles y ha sacado sus conclusiones. Ni es posible una “exacta” representación del real. De una manera u otra, nuestra vivencia histórica orienta la lectura. Con todo, se puede evitar lo que, desde el principio, transforma lo que es en lo que pensamos que sea, o que creemos que debe ser. Y eso, al menos, en los límites de lo posible.

Tomo por tanto como punto de partida la que considero una constatación, expresándola a través de los siguientes puntos.

La ideología totalitaria se ha instaurado históricamente con cuatro caracteres (así propongo considerarlos), en particular en Alemania a través del Nacionalsocialismo<sup>12</sup>: ellos, creo, pueden ser añadidos a los indicados por H. Arendt y hoy en día tradicionalmente aceptados en la literatura iusfilosófica<sup>13</sup>.

Estos caracteres, si queremos enumerarlos, son: un “modelo”, el ario, asumió el valor de derecho a la vida; en él se vio reflejado un pueblo; este modelo tuvo el poder de gobernar los días, determinando un “destino de la necesidad”; la realización del modelo confirió identidad al hombre ario, sentido a su devenir, inocencia a sus acciones. Se afirmó como principio de legitimación y justificación del actuar, como “valor originario y fundador” del existir.

---

<sup>12</sup> Deseo precisar que no pretendo identificar el fenómeno histórico del Totalitarismo con el nacionalsocialismo. Eso iría en contra de los resultados de la investigación histórica y de la filosofía política de las cuales ya disponemos. Reconozco al nacionalsocialismo una especificidad ideológica basándome a ese respecto en las tesis defendidas por Hannah Arendt en *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace Jovanovich, 2ª ed., San Diego, 1979, pp. xxiii-xxviii, 460 ss., y refiriéndome al tratamiento de S. FORTI, *El totalitarismo: trayectoria de una idea límite*, trad. de M. Pons Irazazábal, Herder, Barcelona, 2008.

<sup>13</sup> Entre las investigaciones recientes en el campo de la filosofía del derecho véase G. TORRESETTI, *Plurality. La legge della terra in Hannah Arendt*, Giappichelli, Torino, 2012. Por un entendimiento del fenómeno y de las líneas de investigación que surgieron a partir de ahí, véase S. FORTI, *El totalitarismo: trayectoria de una idea límite*, cit, y Idem, *Los nuevos demonios. Repensar hoy el mal y el poder*, trad. de A. Díaz Gallinal, Edhasa, Barcelona, 2014.

A estos caracteres, descriptivos del fenómeno, se ha acompañado la realidad que los hizo históricamente relevantes, impidiéndonos que consideráramos el Totalitarismo como una simple visión del mundo. Aquí, hay que decir que: a) el Totalitarismo se afirmó como realidad histórica; b) con eso se afirmó históricamente una condición de existencia; c) hizo su entrada en la realidad una condición de existencia enteramente dominada por un modelo; d) con el Totalitarismo se impuso históricamente el hecho de que la existencia individual y colectiva puede coincidir con la realización de un modelo.

Es este el hecho con el cual tenemos que enfrentarnos. Hay una característica que lo hace original, al menos dentro de la historia a la cual pertenecemos. El Totalitarismo hace de un modelo un “destino de la necesidad”. Eso significa que la realización del modelo confiere sentido y razón al existir (destino). Significa también que la existencia anda por un camino de sentido único, sin alternativa (necesidad). De esta “historia” el individuo nunca es sujeto. Por el contrario, es función e instrumento de la historia del modelo, es decir, de las formas y de las condiciones a través de las cuales el modelo gobierna la existencia individual y colectiva. Pero, ¡préstese atención! Ante esta historia, que aniquila su relevancia en cuanto individuo, el hombre no se rebela. Es más, la asume enteramente reconociendo su papel de funcionario del sistema, y encontrando en este estatus el sentido y la razón de su propia existencia. Al “hombre-sujeto” le sustituye el “hombre-masa”<sup>14</sup>. Y este fenómeno se afirma, no como hecho intelectual, sino más bien como historia material de un pueblo. El Totalitarismo, siempre cabe recordarlo, se basa en el consenso. Al menos por un período, se hizo cultura, leyes, instituciones, pensamiento dominante, conformando enteramente los días y orientando el porvenir<sup>15</sup>.

2. Habida cuenta de estos elementos, la originalidad histórica del Totalitarismo se resume en su ser un absurdo respecto a nuestros parámetros tradicionales. Y ese es el dato que tomo como punto de partida, propo-

---

<sup>14</sup> Al respecto, véase V. BIANCONI, “L’invenzione del linguaggio nella comprensione dei fenomeni giuridico-sociali”, en A. BALLARINI (ed.), *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, cit., pp. 27-41.

<sup>15</sup> Es sin duda este el dato más inquietante con el cual el Totalitarismo obliga a hacer frente. Y no es casualidad que varios estudiosos y hombres políticos se nieguen a reconocerlo. La observación que H. Arendt coloca en la prefación de su *The Origins of Totalitarianism*, cit., es un punto de partida obligatorio.

niéndolo como comienzo de la investigación. Esta originalidad consiste en los siguientes puntos.

A. La tradición occidental, al menos a partir de la Modernidad, se basa en un giro que confiere al hombre el estatus de sujeto, es decir, de dueño de su tiempo y de su mundo. Y, con este estatus, hace coincidir la plena dignidad del hombre mismo<sup>16</sup>.

El giro es radical, tanto como para modificar cualquier precedente dimensión del existir individual y colectivo. Progresivamente, y rápidamente al menos en términos históricos, muta la estructura de lo social, la orientación del conocimiento, el orden jurídico e institucional. Al hombre-sujeto se vinculan la igualdad y la legitimación material de la autoridad.

B. El hombre-sujeto. Si, con su imponerse no teórico, sino jurídico y social, todo cambia, eso es porque de manera totalmente distinta está construido el mundo que la Modernidad transforma. En vez de la legitimación material de la autoridad, ese mundo está marcado por la derivación metafísica de la autoridad misma; el sistema de las fuentes del Derecho procede según el esquema jerárquico: ley divina, ley natural, ley humana; al contrario que la garantía jurídica e institucional de la igualdad, aquel mundo tiene por objeto la garantía de la diferencia; no conoce al individuo, sino a los órdenes, las castas, la cuna<sup>17</sup>.

C. Todo giro de la realidad se acompaña de la necesidad de la invención de un lenguaje adecuado a nombrar lo que está ocurriendo. Sintomático, en este sentido, es el nombre elegido para designar el nuevo estatus del hombre<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Remito, por lo que se refiere a la relación entre sujeto y Estado moderno, a mi *L'ordine giuridico moderno*, cit., espec. pp. 167-227. Al mismo tema he dedicado algunos estudios sucesivos, aun modificando algunas conclusiones. De estos se puede ver "Sicurezza e singolarità", en A. BALLARINI (ed.), *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, cit., pp. 1-25.

<sup>17</sup> Sobre el tema, véase M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 1995, en particular pp. 18 ss. Base de este orden, que aboga por un *ius involontarium*, como afirma Fioravanti, es el sistema premoderno de las fuentes del derecho; cfr. al respecto A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, cit., pp. 21-65.

<sup>18</sup> Frente a la Modernidad, es más fácil, en comparación con otras épocas, convencerse del hecho de que algunos "conceptos" sólo surgen en momentos históricos dados, y que en

En el mundo premoderno incumbe el título de “*subjectum*”. Todavía hasta Descartes. Y corresponde a él igual que a cualquier otro ente. El significado del término coincide con su etimología griega, a saber, “el que está por debajo”.

Vale, de hecho, en el mundo que calificamos de “premoderno”, un principio absoluto. Todo tiene su raíz en un fundamento originario que da sentido y razón a las cosas, y a través del cual todo tiene sentido y nada es sin razón, como Leibniz sentenció<sup>19</sup>. A partir de ahí, las mismas cosas tienen un orden, que es por tanto estructurado según la uniformidad o discrepancia del propio fundamento. Y en este orden el individuo sólo tiene valor si ocupa el sitio que le corresponde. El fundamento confiere al hombre y a las cosas

---

esto radica el rasgo esencial de su historicidad. Nos damos cuenta, de hecho, que ellos no podían surgir antes. Se observa que su afirmación modifica, incluso radicalmente, la condición de existencia antecedente. Histórico puede considerarse, en este sentido, el concepto de “sujeto”. Históricos, del mismo modo, son los conceptos de “individuo” y de “derecho subjetivo”. Ninguno de ellos podría haberse producido en contextos anteriores. Esto se debe a que la *potestas* que la Modernidad reconoce al individuo, y el derecho que de la misma deriva, son del todo ajenas a la tradición anterior. M. Villey ha remarcado reiteradamente este asunto en *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., atribuyéndole una relevancia decisiva. Tal vez eso no sea suficiente para hablar de “ser histórico” con respecto al hombre y al devenir. Sin embargo, no se puede dejar de señalar que, en ocasiones, el ocurrir nos plantea “novedades” capaces de alterar la línea del tiempo, produciendo transformaciones relevantes en todo plano del existir individual y colectivo. Ni se puede dejar de observar que estas novedades tienen la fuerza para inaugurar condiciones de existencia, antes de eso quizás sólo intelectualmente previsible, pero únicamente en aquella época específica traducidas en realidad, convirtiéndose en conocimiento, derechos, instituciones y pensamiento dominante. Encontramos estas reflexiones sobre el sujeto y el derecho subjetivo en F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *L'autonomia presa sul serio*, trad. de M. Zezza, en I. BELLONI, T. GRECO, L. MILAZZO (eds.), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, II, Giappichelli, Torino, 2016, spec. pp. 14-17; también en M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 44. Si a estas novedades otorgo gran importancia, se debe a que anticipan lo que ocurre, luego, entre las dos guerras mundiales con el “hombre-masa”. También esto, inadmisibles en las épocas antecedentes, se vuelve una realidad con la cual derecho, sociedad, conocimiento y pensamiento dominante se encuentran enfrentados. Con el Totalitarismo sucede precisamente lo que ocurrió con el individuo, el sujeto y los derechos subjetivos. A partir de su instaurarse histórico empezó “un nuevo mundo y un nuevo orden social”, como acertadamente destaca Francisco Javier Ansuátegui Roig en las páginas citadas. Nace la Modernidad. No una idea, sino una nueva dimensión del hombre entra en la historia. Lo mismo, afirmo, sucede con el hombre “instrumento y ficción”. Entra en la historia una inédita dimensión del “*Dasein*” humano.

<sup>19</sup> Cfr., al respecto, M. HEIDEGGER, *Vom Wesen des Grundes*, in *Wegmarken*, Bd 9, 3. Auflage 2004, pp. 123-175. Del mismo autor, véase también *Der Satz vom Grund*, Bd. 10, 1997.

un destino de la necesidad. Necesidad, porque con el fundamento es imposible no guardar relación. Destino, porque el orden que el fundamento confiere a las cosas es dado de una vez por todas.

Así, en el mundo premoderno, no existe el reconocimiento del individuo por lo que es y por el simple hecho de “ser”. Y eso no por una inmadurez histórica, política o cultural. Más bien, la garantía y el respecto de la singularidad individual, así como las entendemos habitualmente, no existen en cuanto no son siquiera conceptualmente concebibles. Todo lo del real, y en el real, es *subjectum*. Y es de este estatus que el real recibe autenticidad, pues sentido y valor. Las maneras y las formas de sujeción al orden marcado en las cosas por el fundamento deciden sobre el lugar del hombre, con independencia de él.

El hombre-sujeto mantiene el término “*subjectum*”, pero revierte su significado, al asumir como estatus exactamente la falta de sometimiento a cualquier orden, metafísico, natural, histórico, social. De tal manera, va a perder cualquier consistencia la referencia a lo divino y a la naturaleza. Sólo queda lo humano y lo que el hombre produce. Pierde paulatinamente legitimación y obligatoriedad lo que inicialmente se reconocía como orden de las cosas. Cae, gradualmente, y en todos los niveles, el armazón metafísico. Aparecen contra el hombre las leyes, las instituciones, el sistema social, el conocimiento que había aplicado el fundamento sometiendo al propio hombre, y junto con él la naturaleza, la historia, el ocurrir.

El hombre-sujeto, por la realidad de la cual se diferencia, tiene un camino obligado por recorrer. Él es sujeto, y no *sub-jectum*, paulatinamente, y a condición de que sea superado el orden metafísico. Y esto es real si se consigue “un mundo” en el que es realmente el exclusivo dueño pues en él nada remite a formas y modos del “principio del fundamento”; nada, es decir, puede legitimar como auténticos los “destinos de la necesidad”<sup>20</sup>.

Sobre esta base, el Derecho conforme al hombre-sujeto es el que garantiza una condición de existencia en la que ningún absoluto tiene de por sí relevancia jurídica. Podemos ver pues en la remoción de lo que pretende afirmarse como “dado de una vez por todas”, natural, social, cognoscitivo o

---

<sup>20</sup> Con esta expresión sintetizo la dinámica que, según los resultados de mis estudios, todo “fundamento” desata en el real. Defiendo esta tesis en muchos de mis escritos más recientes; en particular, en mi *Hypotheses non fingo. Studi di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013. Dentro de este trabajo, si quiere, el lector puede encontrar los pasos teóricos y las argumentaciones que, según la línea de investigación que pretendo sostener, respaldan esta dinámica.

metafísico que sea, podemos ver en esto la dinámica base del orden jurídico que, nace con la Modernidad, para llegar hasta nosotros.

D. A partir de la Modernidad, entonces, e incluso en nuestra época, una vez fracasado el orden metafísico, la base de cualquier comprensión de lo real es la que identifica el hombre con un sujeto. Eso no significa que todo pueda ser explicado subjetivamente, o que la subjetividad sea la verdad. Significa, más bien, que el ser sujeto es considerado una evidencia. Así, si no todo se puede explicar a partir del sujeto, ciertamente nada puede ser aceptado si cuestiona la que se considera una evidencia.

E. El ser sujeto es para nosotros un hecho. Es una evidencia, dicho de otra manera, que al sujeto le corresponda legítimamente la soberanía sobre el tiempo y las cosas. En su calidad de sujeto, el hombre tiene derecho a su propio tiempo y a su propio mundo. Eso, para nosotros, es el pensamiento común y dominante.

¿Pero entonces, cómo fue posible el Totalitarismo? ¿Cómo pudo suceder que el hombre-sujeto haya completamente abdicado de sí mismo, sometiéndose a un modelo? Lo que significa someterse a un mundo y a un tiempo que pertenecen al modelo, y no al hombre.

¡Préstese atención! No nos estamos desplazando en el terreno de las causas históricas del Totalitarismo. Por el contrario, describimos, y constatamos, un hecho. Sean cuales sean las causas, el Totalitarismo se afirmó como una realidad histórica, como una real condición de existencia. Y esta condición es absurda, si es observada a partir del sujeto. Es absurdo, por un lado, haber construido una Edad, la moderna, basándose en la evidencia de que la dignidad del hombre está en su ser dueño de la historia y comprobar que este hombre, tras haberla conseguida, cede su dominio, sintiéndose realizado en un tiempo y en un mundo que no responden a él, sino a la necesidad de un modelo. El hombre-sujeto no soporta en ningún caso destinos de la necesidad. Su indisponibilidad a someterse a estos destinos constituye su acto de nacimiento. El Totalitarismo lleva a enfrentarnos con una condición de existencia en la que el hombre se sintió realizado justamente en cuanto parte de un destino de la necesidad.

F. Incomprensible a partir del sujeto. Absurdo pensar que el hombre se sienta realizado en un tiempo y en un mundo en los que reglas, valores, di-

námicas, Derecho e instituciones obedecen a las exigencias de un modelo. Y aun así es real. Por lo tanto, si queremos comprender el sentido auténtico del Totalitarismo, y satisfacer las necesidades generadas por el mismo, tenemos que conseguir ante todo una puerta de acceso. Atenernos a los hechos y tratar de entrar en una realidad respecto a la cual el sistema de lectura del que disponemos, el sujeto, se demuestra inadecuado.

#### 4. LA PUERTA DE ACCESO AL TOTALITARISMO: EL MODELO

1. ¿Por dónde empezamos, si no podemos tomar el sujeto como punto de partida? Desde luego, la primera constatación frente a la cual nos pone el Totalitarismo. A saber, que la existencia, individual y colectiva, no necesariamente se mueve en la dirección de vivir la historia como sujetos. Esto, por mucho que sea contrario a nuestra manera habitual de concebir el hombre, es por el hecho que el Totalitarismo nos obliga a considerar real. En efecto, puede haber históricamente una condición de existencia en la cual el hombre no es sujeto. Y eso puede ocurrir no como consecuencia de algo que el hombre padece, impuesto desde el exterior. Por el contrario, es posible que una existencia marcada por el destino de la necesidad sea plenamente vivida por el hombre como si fuera su propia casa, aunque de esta casa no sea dueño, así que él no dispone del tiempo y del modo en los cuales su existir se realiza.

Entonces, con el Totalitarismo, aparece real que el hombre se encuentre a sí mismo y se sienta satisfecho viviendo una condición que es lo opuesto de lo que habitualmente creemos que pertenezca a las expectativas de la subjetividad. Para acceder al concepto de Totalitarismo nos hace falta una comprensión de la realidad en la que haya espacio no sólo para el hombre que se realiza en cuanto sujeto, al ver garantizadas y efectivas su singularidad y su libertad, sino también para el hombre que se realiza en una condición de existencia en la cual la libertad y la singularidad son completamente anuladas.

2. Incomprensible, pero real. Es esta una situación ciertamente no novedosa para las ciencias que aspiran a comprender la realidad. Es más, se puede afirmar que cualquier avance de las mismas pase por esta situación. Ocurre, de hecho, que en algún momento de la historia aparezca un fenómeno que las "herramientas" tradicionales, podemos decir, no consiguen interpretar. Se impone algo que no se puede vincular al sistema conceptual del

cual disponemos, y en el cual se confió hasta aquel momento. Las estructuras mentales, y la historia material en la que se realizan, padecen, en ese caso, una especie de temblor. Necesidades y expectativas, espirituales, materiales, jurídicas, institucionales, que la tradición ha consolidado, y satisfecho, aparecen “fuera de tiempo”, sobre todo cuanto el fenómeno que se impone pareciera modificar las condiciones de la misma existencia material. Las formas tradicionales del pensamiento y del existir son así inducidas a modificarse, en ocasiones, a reexaminar sus propios fundamentos. En la más blanda de las hipótesis, lo “nuevo”, que ha impuesto su presencia, parece comportar una aceleración respecto al pasado, al involucrar estructuras sociales, cognitivas, institucionales y también de lo cotidiano. Relacionarse con la realidad nunca es una cuestión únicamente teórica. Nos enfrentamos siempre con dos caminos. El fenómeno, al resultar absurdo, es arrinconado. Junto con él, son descartadas las “novedades” que parece imponer. Y muchas son las posibilidades a través de las cuales el pensamiento dominante, para no contradecir a sí mismo, elimina cualquier cosa que lo esté cuestionando. O, por otro lado, nos atenemos a los hechos, aunque sean incomprensibles según los esquemas tradicionales consolidados.

3. Atenerse a los hechos. Si, empujados por el Totalitarismo, nos embarcamos en un camino, sabemos a dónde lleva; conduce a modificar nuestra tradicional comprensión de la realidad del hombre. Y eso hasta el punto en que ya no resulte absurda una condición de existencia en la cual, quien gobierna el tiempo es un modelo; es en la realización de un modelo que el hombre encuentra sentido y razón, en torno a este modelo se construye un mundo, es decir, un sistema de valores, de conocimientos, de estructuras sociales, hasta que el modelo se convierte en el objeto principal de la garantía jurídica y el sujeto efectivo de la historia.

## 5. EL NIHILISMO EUROPEO, EL SER HISTÓRICO, LA APARICIÓN DE NUEVOS VALORES

1. En Nietzsche, encontramos los elementos principales para enfocar el tema de la delimitación y comprensión de lo real. Esto no establece una relación de causa y efecto entre Nietzsche y el Totalitarismo, por lo menos según la hipótesis interpretativa que pretendo proponer, en la que Nietzsche hace comprensible lo que nos aparece como un “absurdo”. El camino que

quiero seguir me lleva a utilizar Nietzsche como puerta de acceso a la realidad fenoménica y, de ahí, como acceso a la realidad que el fenómeno del Totalitarismo hizo histórica.

2. Dentro del pensamiento del autor se encuentra un principio metodológico. “Nosotros –escribe, con referencia a uno de los proyectos dedicados a la formulación del Eterno retorno– estamos en el pleno de una actividad orientada a establecer los hechos”<sup>21</sup>. Y el hecho que le se pone delante es principalmente uno. La Ontología, la ciencia del ser, que tendría que haber dado sentido al devenir, lo transforma por el contrario en una realidad inexplicable en cuanto total e irremediamente distinta de la única realidad que, al menos y siempre para la Ontología, tiene sentido y puede dar sentido.

De ahí parte Nietzsche. Y eso, para Nietzsche, es lo que hace de la Ontología la causa del Nihilismo. Si los valores tradicionales perdieron su validez, si es necesaria una nueva interpretación de lo real, se debe a que, frente a la prueba de los hechos, la Ontología ha fracasado. Planteada como doctrina de la verdad capaz de captar el sentido y la razón de las cosas, justo frente a la historicidad material, a la cual estaba llamada a conferir sentido, precisamente en aquel momento naufragó. Devaluó lo que tenía que valorizar. De origen, guardiana y dispensadora de sentido se volvió en productora de sinsentido.

3. La Ontología, pues, es una condición de existencia autoalienante. El propio hombre produjo un mundo que lo llevó a vivir como extranjero. Frente a la Ontología, la vía que el Nihilismo abre es la de un “contramovimiento”<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> VII/2 27[67] p. 270. Cito los escritos de Nietzsche según la sección (números romanos) y el tomo (números arábigos) de la edición alemana *Nietzsche Werke Kritische Gesamtausgabe*, edita en Berlín, 1967 ss. Sigue la indicación del aforismo (o del capítulo, si numerado) según la signatura fijada por los editores. Podrían resultar útiles al esclarecimiento del pensamiento de Nietzsche mis estudios “Trasvalutazione dei valori e ontologia giuridica in Nietzsche”, en VV. AA., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 153-179; Nietzsche: la storia come esperimento. Condizione di esistenza materiale e libertà dell’oltre-uomo, en Tigor A.VII 2015, n. 1, pp. 46- 53; y Nihilismo europeo e storicità della trasvalutazione dei valori, en Tigor A.VIII, 2016, n. 2, pp. 3-15.

<sup>22</sup> Valen a ese respecto las anotaciones de Nietzsche mencionadas en VIII/2 11[411], pp. 393-394. El entero “Intento de una transvaloración de todos los valores”, junto al proyecto de la “Voluntad de potencia”, son indicados por Nietzsche como “un contramovimiento”. Y eso es decisivo, tanto para la comprensión del Nihilismo europeo, como del futuro que este fenómeno histórico prepara. Leemos así: “¿Porqué, de hecho, ya es necesario el advenimien-

Una vez producido un mundo alienante, habrá que producir un mundo que libere de la alienación. Hace falta invertir el sentido que se imprimió a lo real con la Metafísica, releyendo lo real sin vincularlo nunca a un más allá. Se requiere una nueva interpretación del entero ocurrir, ya que con la Metafísica siempre se creyó explicar “todo desde el exterior”. Es necesario comprender el devenir partiendo del devenir mismo. Y hace falta un “mundo” que realice esta interpretación.

4. El Nihilismo no es una teoría. Es el fenómeno histórico a través del cual la Ontología pierde cualquier valor y el devenir se experimenta sin sentido. Pero es también el fenómeno histórico a través del cual ya nada de lo que ocurre puede ser atribuido a un más allá. La enajenación es una auto-enajenación. Puede ser superada, no es un destino de la necesidad impuesto desde el exterior. Para superarla hace falta construir un “mundo” del hombre, en el que sea posible sentirse en casa.

Una reapropiación del mundo como propio, tras haber experimentado cómo se produjo un mundo ajeno y enemigo: esto es el Nihilismo<sup>23</sup>.

Por lo tanto, si el Nihilismo no es una teoría, o una condición del ánimo, un pesimismo, es así porque es ante todo un contramovimiento histórico, o

---

to del nihilismo? Porque son nuestros propios valores anteriores que de ahí sacan su última conclusión; porque el nihilismo es una lógica pensada hasta el fondo de nuestros grandes valores e ideales; porque antes tenemos que vivir el nihilismo, para darnos cuenta de lo que fuera precisamente el *valor* de estos ‘valores’ [...]. Necesitamos, cuanto antes, *nuevos valores*”. El *contramovimiento* consiste, pues, en el repliegue de la moral sobre sí misma (VII/2 25[503] p. 130), hasta sacar la conclusión de que toda moral es una hipótesis regulativa de condiciones de existencia (VII/2 25[307] p. 78), dentro del fin consiguiente de los valores tradicionales, ahora experimentables como una hipótesis que ya cumplió su ciclo, y, además, en la posición de una nueva hipótesis, es decir, de una nueva moral para una nueva condición de existencia. Desaparece la que Nietzsche llama la “corrupción del ‘más allá’” (VIII/3 14[6] p. 12), interviene lo que podemos definir el “impulso del ‘más acá’”. Con ello se desvanece el “prejuicio moral” según el cual necesitamos un “mundo verdadero” (VII/3 40[9] p. 318) en oposición al mundo en el que estamos, y desaparece asimismo la “superstición” del “creer al incondicional” (VII/3 34[28] p. 109). El Nihilismo europeo, sobre estas bases, inaugura la condición de existencia con arreglo a la cual ya “creemos al solo devenir, incluso en las cosas espirituales” (VII/3 34[73] p. 121). Esta condición fenoménica, que tiene necesidades completamente distintas respecto a la precedente, es la que exige nuevos valores. En ocasiones, Nietzsche los define como valores dictados por la “fisiología”. Ciertamente no podrán ser valores absolutos.

<sup>23</sup> Es eso un ulterior término clave para la comprensión del fenoménico. Y las indicaciones de Nietzsche en este sentido son muchas. Voy a mencionar algunas de ellas: V/2 12[200] p. 418; 12 [208], p. 419; 14[8], p. 448; 14[9], p. 448.

sea, un movimiento que históricamente marca la reapropiación del mundo del devenir, que se realiza en “contra” de la autoenajenación ontológica, que le ha quitado al devenir cualquier sentido, privándolo de valor, así como privó de valor la entera historia material.

El Nihilismo alcanza este resultado recorriendo, aunque en sentido opuesto, el mismo camino que lleva a la enajenación. A través de un “mundo anticipado”, ya que ese es el único modo para “ser”. Pero el “ser” que este “mundo” convierte en una “condición de existencia” es en todos los aspectos un ser fenoménico<sup>24</sup>.

5. Reapropiarse de nuestro mundo, tras haberlo cedido al mundo metafísico: esto es el Nihilismo. Esto significa que el Nihilismo restituyó a lo físico el sentido que lo metafísico le había quitado. Con el Nihilismo, lo que para Nietzsche representa “el gran salto”, respecto a la tradición occidental, muestra su punto de separación obligado.

La enajenación es el resultado de un mundo producido por nosotros mismos, el mundo metafísico. Para superar ese estado, para reapropiarnos del mundo que nosotros mismos hemos creado, hace falta superar aquella realidad escindida por la Ontología. Y ya que causa de la escisión es la antinomia entre el ser y el devenir, se hace necesario superar su oposición.

Así, el “gran avance” que Nietzsche realiza respecto a la lectura ontológica de lo real, parte de una consideración del ser y del devenir como mundos separados y antinómicos, para llegar a un “ser” que, contrariamente a lo que pretende la Ontología, es fenoménico en cuanto enteramente involucrado en el devenir, siempre expuesto a él, y del propio devenir dependiente.

## 6. LA APROPIACIÓN DEL TIEMPO Y EL VALOR PRIMARIO DE LA SEGURIDAD

1. De “ser” como lo que siempre está más allá del devenir a un “ser involucrado en el devenir”. ¿Cómo se realiza esta transición? ¿Y qué significa?

Para comprender esta metamorfosis hace falta partir del mismo punto que Nietzsche, a saber, una condición de existencia en la cual, una vez fracasada la Metafísica, llega a faltar el sentido.

---

<sup>24</sup> VII/3 34[73] p. 121.

La alternativa, para Nietzsche, es abandonarse al pesimismo o encontrar un sentido.

Nietzsche sigue esta segunda vía. Y no porque subjetivamente crea que un sentido tiene que ser necesariamente hallado. Se atiene más bien a los hechos. Y, eliminada la Metafísica, los hechos coinciden con los fenómenos, el ocurrir, en una palabra, el devenir. Y el devenir se demuestra efectivamente sin sentido, por su casualidad. Pero, sin recurrir a nada de “externo”, se constata que esta casualidad puede ser eliminada por el devenir. Lo que es imprevisible puede ser convertido en previsible, lo que es casual se puede hacer necesario. Se obtiene este resultado logicizando el ocurrir. Lo que significa, primero, hacer del tiempo una realidad cronológica y medible.

2. El tiempo es la manera a través de la cual la realidad se impone a nosotros. Esta realidad nunca es firme, sino que se modifica. Y su metamorfosis tiene una dirección. Siempre “avanza”. Por eso, la experiencia inmediata de lo real coincide con su devenir. Inexorable y continuamente. No es errado, pues, concordar con Nietzsche cuando identifica nuestro problema con la dificultad de vivir el devenir: un pasado que siempre se pierde y un futuro del cual nada se sabe. Concluir existencialmente que todo es casual parece entonces la forma más realista de enfrentarse con el devenir. Y que el existir sea casual a menudo se impone en la existencia como la duda y el problema básicos, o incluso como una inevitable constatación.

Hacer del tiempo una realidad computable y medible ya quita casualidad al devenir. Eso ya no es algo ajeno y alienante. Ya no es algo que simplemente pasa. Medurado y calculado, es ahora previsible. Y la previsión para el tiempo, convirtiéndolo en algo de lo que se puede disponer.

3. El tiempo cronológico y medible representa el primer paso a través del cual el devenir puede ser vivido como algo no casual. Dicho lo cual, hay que evitar reducir esta transición al plano de las sensaciones subjetivas.

Hacer el tiempo medible, y junto con él convertir el devenir en una condición de existencia, todo eso es real si se transforma en un “mundo”, o sea, como indica Nietzsche, en un “mundo anticipado”<sup>25</sup>. ¿Qué significa?

---

<sup>25</sup> Sintetizo de esta manera la afirmación de Nietzsche “[s]u necesidad ya inventa, como creador, el mundo al que trabaja, lo anticipa: esta anticipación (‘esta fe en la verdad’) es su respaldo” VIII/2 (65) 9[91] p. 43.

Significa que el devenir se torna en una condición de existencia y pierde el sinsentido que lo caracteriza si conocimiento, estructuras sociales, instituciones, Derecho, valores, de facto lo que para nosotros se incorpora en la expresión “mundo del hombre”, si todo eso está orientado por el cálculo, por la previsibilidad, por la certeza. Un mundo anticipado es un mundo en el cual el hombre puede vivir, esto es, ser, sintiéndose seguro respecto al devenir, porque su mundo entero lo tranquiliza y le garantiza que lo imprevisible siempre será devuelto a la previsión, el casual a la necesidad, lo ocasional al cálculo<sup>26</sup>. En este mundo anticipado la seguridad es lo que confiere sentido. El devenir pierde así su extrañeza cuando la certeza de la previsión se torne en el valor primario del mundo humano, esto es, cuando el hombre reconozca como su propio mundo y su propio tiempo únicamente aquellos estructurados según las modalidades y las formas del cálculo anticipante. Cuando este resultado se logra, entonces la necesidad primaria del mundo fenoménico está satisfecha. Sin tener que recurrir a nada de metafísico, la previsibilidad da sentido a las cosas, transforma el devenir en el hogar del hombre.

4. Un mundo anticipado, es decir, lógico, computable, previsible, seguro. Y, en cuanto seguro, siempre familiar, no ajeno, ni inquietante. Un mundo, pues, un conjunto de costumbres, leyes, valores, prácticas, instituciones y conocimientos construidos según el pensamiento dominante de que sólo es posible vivir si la seguridad representa el valor absoluto y que garantizar la seguridad equivale a garantizar la vida. Hacer del devenir un mundo anticipado realiza el paso programado por Nietzsche.

Junto con este “mundo” se afirman de hecho dos realidades. La primera, que no hay ningún ser sin mundo. La segunda, que la condición de existencia en la que el hombre tiene su propio tiempo, es decir, en la cual siente un ser aquella “condición” coincide con el mundo dependiente<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> VIII/2 9[38] pp. 14-15; VIII/2 9[91] p. 43; VIII/2 11[99], p. 259. Para Nietzsche, la *Lógica* coincide con “el intento de entender, o más bien de hacer formulable para nosotros, calculable el mundo real según un esquema de ser creado por nosotros” VIII/2 9[97], p. 48. Por medio de la *Lógica* intentamos pues “re-ordenarnos un mundo en el que nuestra existencia sea posibilitada – creamos con eso un mundo que no es computable, simplificado [...] para nosotros”. VIII/2 9[144], p. 72.

<sup>27</sup> Las expresiones “no hay ser sin mundo” y “mundo-dependiente” no son de Nietzsche; pertenecen a Martin Heidegger. Quiero precisar, a este respecto, que la segunda debe su acuñación al mismo Heidegger: se encuentra en *Sein und Zeit*, Bd. 2 1977, p. 88. La primera es una síntesis de lo que Heidegger afirma en *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, Bd.

5. El paso es obligado. Y deriva del hecho de que, ahora, los modos y las formas que hacen previsible el devenir, es decir, que permiten al hombre vivirlo como su propia casa, estos son los “sujetos reales” del mundo en el cual el devenir se transforma. Son ellos que transforman el devenir en el lugar y en los cuales el hombre se siente como en casa. Respecto a estas formas a estos modos, todo viene después, puesto que ellos garantizan la condición primaria: la de vivir allí donde, sin previsibilidad, se experimenta la imposibilidad de vivir; la de disponer de un propio tiempo y de un propio mundo donde, sin previsibilidad, sólo existiría la casualidad alienante.

6. El mundo anticipado consiente al hombre ser. Este es el hecho. Pero el mundo anticipado es la “condición” sin la cual no se puede vivir. Por tanto, es lo que realiza la transformación del devenir en un mundo seguro, lo que decide incluso los valores, las leyes y las estructuras necesarias para garantizar la seguridad alcanzada. Ya a partir del cotidiano todo debe estar orientado a la certeza, haciendo obvio y dominante el principio: soy, si estoy ante todo seguro, de tal manera que la certeza es la necesidad primaria y vivir a salvo coincide con el sentido de los días.

7. Legítimamente, a estas alturas, se debe concluir que no puede haber un ser sin mundo. De hecho, sólo el mundo anticipado crea la condición para vivir. Dicho lo cual, también hay que agregar que “este ser” es mundo dependiente, vinculado a las condiciones a través de las cuales se realiza la seguridad, esto es, a las estructuras que hacen de una realidad alienante un hogar para el hombre. Estas estructuras, es decir, las condiciones de conservación y consolidación de las cuales necesitamos, y que garantizan de hecho

---

24 1975, pp. 420-423 y en *Logik. Die Frage nach der Wahrheit*, Bd. 21 1976, pp. 212-217. Traduzco de este modo las proposiciones: “El mundo pertenece a la constitución ontológica del ‘Dasein’”; “El mundo existe, a saber, solamente es si el ‘Dasein’ ‘es gibt’” (*Die Grundprobleme*, pp. 420, 422); “Hasta que el ‘Dasein’ es su ‘da’, está en un mundo”; el ser en el mundo “es en el modo del ser-obligados-a-referirse-al mundo”; “el ‘Dasein’ siempre se encuentra en una relación determinada con el mundo que lo rodea, obligado a referirse, si queremos tomar como ejemplo nosotros mismos, a un determinado mundo circundante desde una determinada constitución” (*Lógica*). Por lo tanto, la paternidad de las expresiones que he utilizado es verificable. Si las empleo en referencia al pensamiento de un autor diferente, eso no ocurre por ligereza exegética. Creo más bien que dichas expresiones indiquen correctamente algunas puertas de acceso a la fenomenicidad. Así que no me parece errado utilizarlas con referencia a Nietzsche, quien pretende moverse exclusivamente en el mundo fenoménico.

el ser en un mundo previsible, éstas son los “valores” fundamentales. Llegan antes de todo. La relación entre ser y mundo es indisoluble, así que estar en el mundo constituye un fenómeno unitario. Fenómeno unitario significa que nunca encontramos una condición de existencia en la que el hombre puede ser, si no es como mundo. Pero, significa también, que en la relación ser-mundo, el primero depende enteramente del segundo.

8. En la realidad de un mundo anticipado se realiza el avance de Nietzsche respecto a la tradición occidental, ya que desaparece toda antinomia, al llegar a faltar aquella entre ser y devenir. “Gran liberación que el comprender eso comporta”, escribe Nietzsche, “la contraposición es alejada de las cosas, la homogeneidad de todo el ocurrir está guardada”<sup>28</sup>.

## 7. EL NIHILISMO EUROPEO COMO CONTRAMOVIMIENTO HISTÓRICO Y EL NUEVO VALOR DE UN MUNDO NO ALIENANTE

1. La posibilidad de medir el tiempo, creando un mundo anticipado, representa la puerta para la realidad fenoménica que Nietzsche llega a abrir. Esta posibilidad transforma profundamente lo que la tradición filosófica ha denominado “ser”. Eso, ahora, es “mundo dependiente” y toda investigación sobre lo real tiene que partir del dato primario según el cual “no hay ser sin mundo”. El acceso a la realidad fenoménica comienza del hecho de que ser es estar en el mundo y estar en el mundo es ser histórico.

Ocurre así que el Nihilismo, tras haber conducido la Metafísica a sus lógicas consecuencias, al mostrar que ya pasó su tiempo como condición de existencia, produce un contramovimiento capaz de llevar más allá de la situación de enajenación producida por aquel mundo.

El Nihilismo pone las bases sobre las que construir una nueva condición de existencia, en la que el hombre se siente en su casa.

Para el hombre eso significa reapropiarse de lo que el mundo metafísico le ha quitado. Es un mundo para el hombre lo que el Nihilismo inaugura. Es el mundo que se prepara “para una clase de hombres que” según Nietzsche “todavía no existe”, la clase de los “dueños de la tierra”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> VIII/2 9[140] p.70

<sup>29</sup> VII/2 25[137], p. 41.

2. Sin embargo, antes de avanzar un cualquier paso más, es preciso comprender muy bien esta afirmación de Nietzsche. Equivocarse significa otorgar al Nihilismo una tarea y un porvenir que no le pertenecen. Equivale sobre todo a comprender mal la puerta que, con el ser fenoménico, se abre frente a la realidad.

Un punto, a este respecto, debe quedar claro. La reapropiación, que el Nihilismo inaugura, tiene como sujetos el ocurrir y la historia material, no el hombre. Eso significa que el devenir se reapropie de sí mismo, al no necesitar recurrir a nadie más que él, para tener sentido y alcanzar valor. Es así en las cosas mismas, es decir, en la estructura de lo real en donde tienen que ser halladas las condiciones para ser.

3. La nueva interpretación del ocurrir que se instaura con el Nihilismo es un contra-movimiento respecto a la Metafísica, pero también respecto a nuestra tradicional comprensión del hombre.

Eso es lo que impone el ser fenoménico. Y lo aplica afirmando que no hay ser sin mundo y que el ser es mundo dependiente.

Ser fenoménico. Que libera el devenir de la enajenación. Y esta liberación se produce a través del hecho de que el sentido y el valor del ser dependen ahora exclusivamente del devenir mismo.

Los futuros dueños de la tierra no son, pues, hombres que disponen incondicionalmente del mundo, dado que eso representa su producto exclusivo. Son dueños en cuanto no alienados. Y no son alienados en cuanto nada de la historia material y del ocurrir encuentra sentido y valor afuera del devenir.

4. Un valor es entonces prioritario, para el ser fenoménico. Y este valor es que la condición de existencia nunca remita a algo situado afuera del devenir.

El tiempo medible, el mundo anticipado, la seguridad: estos son los modos históricos identificados por Nietzsche. A través de ellos se torna realidad que no haya ser sin mundo y que el ser es mundo dependiente. También se convierte en realidad el hecho de que todo está subordinado a este valor primario, incluso el hombre. No se refiere a él, de hecho, la reapropiación. Es el devenir que, si se reapropia de sí, permite al hombre una existencia no alienada, porque nada de ella está dirigido al exterior.

5. El devenir que se reapropia de sí es el mundo en el que se encuentra en su propia casa. Pero no es necesariamente el mundo del cual, para sentirse en casa, debe ser el sujeto, el artífice. “El hombre artista”, como Nietzsche propugnaba ya desde el principio de sus escritos, “se convirtió en obra de arte”<sup>30</sup>. Y los futuros dueños de la tierra son “instrumento y función” de las condiciones que hacen medible el devenir. Respecto a aquellas condiciones, no representan un sujeto, y por otra parte aquellas condiciones conciernen una condición histórica de existencia, y no un individuo, que Nietzsche define el “ultra-hombre”, esto es, el “hombre-puente” entre enajenación y superación de la misma, como de otra manera designa en Zarathustra el *Übermensch*, este hombre le llama “ser colectivo dominado”<sup>31</sup>.

6. El significado de estas conclusiones parece inequívoco. El hombre-sujeto es, en su ser fenoménico, una condición de ser no necesaria, ni prioritaria. Prioritarias son las estructuras que hacen de un mundo, un mundo no alienante. “Ser” depende de estas estructuras, de su consolidación, de su afirmarse como instituciones, conocimientos, mentalidades dominantes, sentido del cotidiano. En este sentido es “mundo-dependiente”.

Un mundo no alienante, que no sea “afectado” por la falta estructural de sentido sobre la cual descansaba la Metafísica. Un mundo pues que, en cuanto al sentido, nunca necesita recurrir a algo fuera de sí. Esto inaugura el Nihilismo europeo.

El mundo no alienante que el hombre puede vivir como su propia casa es por tanto aquel en el que el “sentido del ser” es buscado y encontrado dentro del devenir.

---

<sup>30</sup> III/2, p. 51.

<sup>31</sup> Zarathustra anuncia “La *superación de sí* del hombre”, VII/3 39[10], p. 306. Es esencial, sin embargo, no equivocar el significado de esta afirmación. Escribe en efecto Nietzsche debajo del título “EL SUPERHOMBRE”: “Mi problema *no* es el de establecer lo que pueda ocupar el puesto del hombre, sino cuál especie de hombre tenga que ser escogida, querida, *criada* como especie de valor superior” VIII/2 11[413], p. 394. “Mi proposición final es”, de hecho, que “el hombre *real* representa un valor mucho más alto del hombre ‘deseable’” VIII/2 11[118] p. 265. Por eso “El problema que aquí planteo no es el de establecer lo que tenga que ocupar el puesto de la humanidad, en la sucesión de los seres, sino la de fijar cuál clase de hombre se debe *criar, querer*, como tipo de valor superior, más digno de vivir, más seguro del porvenir, VIII/2 11[414] pp. 395-396. En este sentido, “El hombre tiene el máximo valor como instrumento y función” del tipo que se considera más adecuado a la cría, V/2 12[42] p. 399. Y este “tipo”, que no puede ser ni “persona”, ni “sujeto”, condiciones de existencia anticuadas, y a superar, Nietzsche, en su primer plan para *La Voluntad de poder*, lo llama “ser colectivo dominado”, VII/3 39[13], p. 307.

La efectividad, las estructuras del *Dasein*, la historia material ya no son el simple almacén en el que el hombre o los dioses se mueven a su antojo. Ellas se convierten en posibles condiciones de existencia, pues son las únicas posibilidades reales de ser. Cuanto a la “cuestión ser”, el único campo de investigación es así el devenir. E históricos, necesariamente, tienen que ser considerados los resultados alcanzados, cualesquiera que sean.

7. A partir de los resultados alcanzados se torna posible comprender el fenómeno histórico del Totalitarismo. Pero con una advertencia.

El “valor” es un mundo no alienante. Realizar este valor significa, para el devenir, reapropiarse del “sentido del ser”. El “mundo” que lleva a cabo esta reapropiación es para el hombre un mundo en el que no hay espacio para la enajenación, y por tanto para existencias incumplidas, o inauténticas. Lo vive sobre esta base como su propio mundo, porque nunca lo aliena, consignándolo a mundos distintos del físico. Sin importar lo que suceda, en el mundo del finito, y orientado según las estructuras de la efectividad, nada desde el exterior puede quitar al hombre la condición de “ser”. El aspecto del que el hombre se reapropia, y del que había sido despojado por la Metafísica, es el hecho de que, en el físico, él vale exclusivamente por su “*Dasein*”. Simple y únicamente vale en cuanto “*da ist*”, y por ningún otro motivo. Vale por su historia material, independientemente de cualquier pertenencia, autenticidad, esencia o fundamento. Este hombre, cuyo sentido y cuyo valor radican en el hecho de que simplemente “es”, es él que, en el “finito”, es dueño en cuanto nunca alienado. Y no es alienado en cuanto nada de su “ser” puede encontrar sentido y valor al margen de su propia historia material, es decir, de lo que, temporalmente, representa su mundo.

8. Un mundo no alienante como valor primario. Concretamente, un mundo que se realiza según las posibilidades de estar presentes en el devenir, y realizables siguiendo las estructuras del mismo devenir.

Nietzsche planteó su análisis afirmando: “antes de la cuestión relativa al ‘ser’ debería de ser decidida aquella relativa al valor de la lógica”<sup>32</sup>. Al declarar que la lógica es una herramienta para vivir y que el error fue transformar los principios de razón en “jueces” del “ser”<sup>33</sup>, indicó el origen del Nihilismo

---

<sup>32</sup> VII/3 40[23], p. 326.

<sup>33</sup> VIII/2 (28) 9[38], p. 14 y VIII/3 9[13], p. 8.

europeo en el planteamiento históricamente utilizado con respecto a la cuestión del “ser”.

Lógica-ser. De esta relación comienza, para Nietzsche, la Metafísica occidental. Se activa así la dinámica que conduce al sinsentido y que impone la necesidad de una nueva interpretación del ocurrir.

9. Pero, ¡préstese atención! Es fácil caer en el error, distorsionando luego las tesis de Nietzsche. Se puede creer, de hecho, que el enfoque histórico respecto al tema del ser que conduce al Nihilismo europeo haya coincidido con un “planteamiento lógico”. Sin embargo, no es así. La Lógica, más bien, es una manera correcta de plantear la cuestión. Correcta en términos fenoménicos y en el ámbito del ser fenoménico. En efecto, al medir el tiempo y, con eso, haciendo el devenir, a través del cálculo, un “mundo anticipado”, realiza una condición de existencia, por tanto un “ser”, conforme a las cosas mismas, es decir, según la estructura del devenir, el tiempo. La medición del devenir debe verse como un modo, quizá el primero, sin duda el históricamente hegemónico, una manera a través de la cual se puede vivir el devenir según las posibilidades de ser en él contenidas. Logicización, racionalización, sistematización, pertenecen, para Nietzsche, a la vida<sup>34</sup>. A partir de ellos se construye un “mundo” del todo fenoménico, en el que el sentido es la seguridad y el devenir no depende de nadie más que de sí mismo.

10. El error que conduce al Nihilismo no radica entonces en la Lógica, sino en el no haber entendido lo que la Lógica demuestra, a saber, que el devenir, en los modos como ocurre, siempre es una posibilidad de ser, con su propio sentido.

Un “prejuicio”, según Nietzsche, hizo posible este error: el prejuicio moral que el devenir, de por sí, no puede tener sentido y valor, y que, para tenerlos, si se quiere hallarlos, conviene dirigirse “afuera” del devenir mismo. Basándose en este “prejuicio”, sean cuales fueren los modos del ocurrir, su sentido y su valor son vinculados a algo distinto del ocurrir mismo. Y así se hizo también con la Lógica. Se comprobó que ella produce una condición de existencia, un ser pues, pero se dedujo que esta producción debía tener su origen “fuera” del devenir, puesto que, de por sí, carece de cualquier valor

---

<sup>34</sup> VIII/2 (65) 9[91], p. 43.

y sentido. No relacionada con el devenir, la Lógica, con sus caracteres, especialmente cuando su capacidad de transformar el ocurrir en el “retorno de casos idénticos”, apareció como la prueba de la existencia, por encima del devenir, de un mundo cierto, seguro, estable, él sí capaz de respaldar el ser. Este mundo, con sus caracteres, fue visto como mundo de lo permanente y a ello le fue asignado todo sentido y valor. La Lógica, de modo del devenir fue transformada en juez del devenir<sup>35</sup>.

11. La cuestión del ser, que la Lógica había enfocado según el devenir, en la Metafísica descansa sobre un fundamento externo al devenir. El ser, de condición de existencia, dependiente del “mundo” que instrumentos materiales, en el caso histórico la Lógica, construyen haciendo vivible el devenir, a partir de eso fue transformado en realidad meta-física, indicando en la Lógica la prueba y la justificación de esta conclusión.

La Metafísica, entonces, falsificó el “valor” de la Lógica, al atribuirles contenidos absolutos a ella del todo ajenos. Con esto, fue falsificada la cuestión del ser, así como el conjunto del ocurrir. El devenir privado de sentido y de un valor propios, fue desnaturalizado.

Con el Nihilismo europeo, el devenir recupera lo que desde siempre es suyo, es decir, el sentido del ser; por otra parte, los modos del devenir se reapropian del valor y del sentido que les corresponde. El devenir se reapropia de su estatuto, en virtud del cual llega a identificarse con una “ausencia de fundamento”<sup>36</sup>. Debido a ello, somos fenoménicos también en las cosas espirituales y el devenir no necesita nadie más que sí mismo para traducirse en una condición de existencia con su propio sentido y su propio valor.

---

<sup>35</sup> “Es esta mi *objeción fundamental* contra todas las cosmodiceas y teodiceas filosófico-morales, contra todos los *porqués* y los *valores supremos* propuestos hasta ahora en filosofía y en la filosofía de la religión. *Una determinada especie de medios ha sido malinterpretada como fin*”; VIII/2 (249) 10[137], p. 176. Así, “haciendo de la lógica un criterio del *verdadero ser*, ya estamos en la vía de considerar reales todas estas hipóstasis tales como substancia, predicado, objeto, sujeto, acción, etc.; es decir, de concebir un mundo metafísico, o sea, un “mundo verdadero””; VIII/2 (53) 9[73], p. 47. “El principio de contradicción”, según Nietzsche, “ha proporcionado el esquema” a través del cual entró en el real “la corrupción del “más allá””; VIII/3 14[153], p. 126 y 14[6], p. 12.

<sup>36</sup> V/2, p. 45.

## 8. POSIBLES LECTURAS DE LA IDEOLOGÍA TOTALITARIA A PARTIR DE UNA COMPRENSIÓN NO ONTOLÓGICA DEL OCURRIR

1. La nueva interpretación del ocurrir, perseguida por Nietzsche, parte de la relación “Lógica-Ser”, lo que representa una puerta de acceso al ser fenoménico. Es justamente esta relación la que utilizo para comprender el sentido de la Ideología totalitaria.

2. Nietzsche cree poder determinar el concepto de historia definiéndola “el gran instituto experimental”<sup>37</sup>. Eso como consecuencia del hecho de que todo es una hipótesis, de la cual, caso por caso, es preciso averiguar su real posibilidad de “hacerse mundo”, y de ser, en cuanto mundo, una condición que asegura el hombre respecto al devenir, convirtiéndolo en lógico, computable, previsible. La nueva interpretación del ocurrir, que para Nietzsche se impone a través del Nihilismo europeo, tiene entonces por base la Lógica y, por producto, un mundo anticipado, con arreglo al cual existe una comprensión de lo real, la física, y que está estructurado según valores idóneos para garantizar la hipótesis de que se demuestra apta para vivir. En esta comprensión de lo real, la previsibilidad establece cómo los días tienen que ser orientados, es decir, siempre con arreglo a la consolidación de la seguridad. Este modo de vivir los días representa ahora el sentido del ser: se trata de la moral conforme a la física configurada por la Lógica.

3. A partir de Nietzsche, es posible realizar una primera lectura del Totalitarismo. Podemos afirmar que se trata de una condición de existencia construida planteando un modelo como valor primario. La realización del modelo marcó así el inicio y la meta de la existencia, confiriendo sentido al tiempo. Hizo luego de este tiempo un mundo en el que todo está finalizado al mismo modelo, incluido el hombre.

Si el Totalitarismo, al mirarlo desde la perspectiva del sujeto, resulta ser un absurdo, por otra parte, se torna perfectamente comprensible dentro de una realidad fenoménica. Aquí, de facto, valen los principios según los cuales no hay ser sin mundo y que el ser es el mundo dependiente. El conjunto partiendo de la medición del tiempo que hace del devenir un mundo antici-

---

<sup>37</sup> VII/2 26[90], p. 157.

pado. En el Totalitarismo es el modelo que mide el tiempo, se hace mundo, crea una condición de existencia.

4. Que en esta condición el hombre sea *Übermensch* es coherente. Él de hecho es puesto por el modelo “más allá” de la Metafísica y “más allá” de la enajenación. Es dueño de su mundo, porque afuera del modelo no necesita nada. Y por tanto el modelo lo pone en una condición de seguridad en que él está más allá del bien y del mal.

También es coherente que, en esta condición de existencia el superhombre es funcionario. No es él, de facto, quien garantiza la fenomenicidad. Es el modelo el garante de la no enajenación. Es el modelo el dueño real de la historia. La existencia del hombre sigue siendo fenoménica, y no alienada, si ocurre según los tiempos y los modos del modelo. Sin excepciones. Al modelo el superhombre está sujeto, y, con respecto a eso, representa su instrumento y función.

También es coherente que Nietzsche califique al *Übermensch* como ser colectivo dominado. El superhombre, de facto, al vivir el tiempo del modelo es un “ser”, y su condición de existencia no es alienada. Eso, traducido según las coordenadas del mundo fenoménico, que no conoce ser sin mundo, significa que la realidad del “super-hombre” representa el mundo producido con arreglo al modelo. Este “ser”, por tanto, nunca tiene valor como realidad individual. El valor pertenece al modelo y a la condición de existencia que éste hace real. Si queremos definirla correctamente, entonces, tenemos que considerarla una condición de existencia “colectiva”, y, al mismo tiempo, “anónima”, así como anónimo es el mundo del modelo que a ella confiere el valor de “ser histórico”.

5. Al emplear la lectura del real proporcionada por Nietzsche, estamos en condiciones de proponer una comprensión del Totalitarismo. Si interpretamos fenomenológicamente la realidad, entonces habrá que considerar el propio fenómeno totalitario como una condición de existencia. Como una condición en la que el hombre abdica enteramente a su subjetividad posponiéndola a las exigencias de la seguridad. Tener un tiempo cierto, en el que siempre se sabe adónde ir, qué hacer, qué pensar, esto se demuestra prioritario respecto a cualquier otra evaluación. Es, en este caso, el tiempo del modelo el que garantiza la certeza de que se existe sin necesitar nada por encima de la realidad histórica instaurada. El modelo, de facto, se hace mundo, es

decir, leyes, costumbres, valores, conocimiento. Y se hace ser histórico, como la historia misma ha demostrado. Así leído, el modelo representa un modo de la Lógica, capaz de garantizar un mundo en el que “ser” tiene exclusivamente el sentido y el valor del modelo y no depende de nada más que del mismo modelo. Garantiza un mundo fenoménico, esto es, un mundo en el que se excluye la misma posibilidad de la enajenación. El Totalitarismo puede ser leído, a esta altura, como una versión histórica de la relación Lógica-Ser. La dinámica que lo mueve es la misma de la Metafísica. El Totalitarismo produce un mundo que pone en práctica el valor prioritario de la no enajenación. La especificidad histórica deriva del hecho de que ahora la certeza de la no enajenación se realiza a través de un modelo. Es esto lo que produce la condición de existencia para el ser.

## 9. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS VALORES Y SU REALIDAD MÁS ALLÁ DE LA ONTOLOGÍA

1. Hemos ido en busca de valores y del lugar en dónde encontrarlos. Valores conformes al Neoconstitucionalismo. Si el lugar es la historicidad material, y si los análisis de lo fenoménico que he propuesto tienen una validez, los valores que necesitamos son ante todo los que impiden a la previsibilidad y a la seguridad ser valores primarios. Por el camino de la previsibilidad, si ésta se convierte en el valor primario y absolutizado, entonces todo deberá subordinarse. Y el destino, en la dinámica de los fenómenos, coincide con el encontrarse en alguna forma de Totalitarismo. En todo caso, sea cual sea la forma de absolutización de la seguridad que se pretende realizar, se genera un mundo en el que la singularidad no es el sujeto de la propia historia.

2. ¿Qué hacer? El peligro es real. Sin embargo, no es eliminable, en cuanto procede de una real condición de existencia. El tiempo de los modelos es un tiempo seguro y más allá del bien y del mal. Vivir según modelos anónimos significa ser mundo-dependiente, pero al mismo tiempo nunca puede estar expuesto a evaluaciones o juicios. Es eso lo que el Totalitarismo nos obliga a afrontar. El constitucionalismo posbélico, sin lugar a dudas, responde a esta lógica. Pero el constitucionalismo también, con sus principios básicos, puede “decaer” en absolutizaciones y modelos, así como puede dejarse enteramente orientar por la seguridad y previsibilidad. Una cosa apa-

rece clara. El Totalitarismo, si es entendido como condición de existencia, es el constante enemigo de la Democracia, al menos, así como ella se afirmó en el área europeo-occidental. Y es un enemigo tanto más real en cuanto el ser sujeto que la democracia garantiza sólo es un “modo” que el hombre tiene de realizarse, al poderse sentirse en casa incluso en el sentido contrario del ser sujeto. En términos fenoménicos es preciso atenerse al hecho de que la Democracia no es, para el hombre, una necesidad ni tampoco un camino sin retorno.

Siempre, entonces, el individuo, si quiere realizarse según su propia subjetividad, y sabiendo que esa no es su única y necesaria tendencia, necesita una condición que lo garantice ante todo, frente a modos y formas de absolutización de la seguridad y de la previsibilidad que harían de él un funcionario. Y ciertamente, en nuestra fase histórica, eso equivale a ser protegido frente a las condiciones en las que todo está orientado primariamente por el cálculo y la certeza.

3. Por lo que se refiere a la búsqueda de valores que impiden caer en el Totalitarismo, podemos avanzar algunas consideraciones.

- A. Fenoménicamente, “ser sujeto” y “ser funcionario” son dos condiciones reales de existencia, ambas posibles.
- B. De hecho ambas son un “ser histórico”.
- C. No existen pues “valores” que puedan impedir definitivamente una u otra de estas condiciones.
- D. Existen más bien valores que orientan, consolidan y garantizan uno u otro “ser histórico”.
- E. Ateniéndose a los hechos, y por tanto evitando volver a plantear absolutizaciones, la Democracia nunca está definitivamente garantizada respecto al Totalitarismo. Así como vale el contrario.
- F. Por mucho que pueda perturbarnos, (i) al no ser obvio que el hombre se sienta realizado como sujeto, dado que puede, por el contrario, sentirse en su casa como funcionario, entonces (ii) será el “mundo” a garantizar uno y otro “ser”, y eso a través del conjunto de las estructuras, de las costumbres, de las leyes y de la mentalidad que lo constituyen.
- G. No hay ser sin mundo y el ser es mundo dependiente, eso al menos en el campo de los fenómenos. No existe entonces un “ser demo-

crático”, digámoslo así, o sea, una condición de existencia garante de la singularidad, en un “mundo” cuyas estructuras y mentalidad dominante son orientadas por modelos que protegen la seguridad y la previsibilidad en cuanto valores primarios.

ADRIANO BALLARINI  
*Dipartimento di Giurisprudenza  
Università di Macerata  
Piaggia dell'Università, 2  
62100 Macerata, Italia  
e-mail: [adriano.ballarini@unimc.it](mailto:adriano.ballarini@unimc.it)*

# LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA LEY\*

## ON THE BROAD INTERPRETATION OF LAW

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ  
Universidade de Santiago de Compostela

Fecha de recepción: 30-4-18

Fecha de aceptación: 3-7-18

**Resumen:** *La expresión “interpretación extensiva” es de manejo corriente entre los juristas, pese a ser muy imprecisa. Con el fin de clarificar la noción, el trabajo describe y analiza su uso en varias apariciones doctrinales y jurisprudenciales. Se estudia especialmente la ampliación semántica que añade en el alcance de una ley elementos excluidos por su comprensión convencional en el lenguaje. La interpretación extensiva de la ley así entendida contrasta, por un lado, con su interpretación lata o flexible; y, por otro, con la expansión jurídica con recursos no semánticos, como la analogía. Se indaga también cuál puede ser el significado básico de los términos legales que se toma por defecto al interpretarlos, tanto desde el punto de vista conceptual, donde aporta luz la teoría cognitiva de los prototipos, como en relación con el significado jurídico que reciben esos términos en la interpretación y con la posibilidad de calificar esta de “extensiva”.*

**Abstract:** *Phrases such as “broad interpretation” or “extensive interpretation” are widely used among lawyers, despite being very imprecise. Aiming to clarify the notion, the essay describes and analyses its use in a number of doctrinal and judicial instances. Particularly, it studies the kind of semantic enlargement of a statute that adds in its scope items excluded by its conventional understanding in the language. Broad interpretation so understood contrasts, on one hand, with flexible or loose statutory interpretation; and, on the other hand, with legal expansion by means of non-semantic resources, such as analogy. There is also an inquiry on what could be the basic meaning of legal terms taken by default on their interpretation, both from the conceptual point of view, where the cognitive theory of prototypes cast some light, and in relation to the legal meaning those terms receive in interpretation and to the qualification of the latter as “broad”.*

---

\* Contribución al proyecto de investigación DER2016-74898-C2-2-R, financiado por el MINECO y el FEDER.

**Palabras clave:** interpretación legal, semántica jurídica, significado extensional  
**Keywords:** statutory interpretation, legal semantics, extensional meaning

## 1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL\*

La expresión “interpretación extensiva” es de manejo corriente entre los juristas, lo cual sugiere que hay algún tipo de convención o de sobreentendido sobre qué significa. Sin embargo, la noción es notablemente confusa y los juristas raramente se paran a analizarla. Este trabajo pretende hacerlo, sobre la base de estudios doctrinales y de varios ejemplos jurisprudenciales.

Es obvio que la noción de “interpretación extensiva” de las leyes alude a un desarrollo o crecimiento respecto de una interpretación básica que operaría por defecto. En cambio, no es nada obvio en qué consiste y cómo identificar esa interpretación básica o por defecto; ni qué es exactamente lo que se amplía en ella; ni cuánta ampliación es precisa y admisible para que resulte una “interpretación extensiva” de la ley y no otra cosa (por ejemplo, una interpretación lata que aún no llega a extensiva, o una construcción que ya no es interpretación). Estas preguntas –qué se extiende y cuánto se extiende– serán abordadas en las secciones centrales de este trabajo (§§ 2-4). Pero primero conviene hacer un breve repaso doctrinal al concepto de interpretación extensiva y a las dificultades que plantea, lo cual ocupará este primer apartado. Aunque este trabajo se propone como estudio conceptual y descriptivo de la interpretación extensiva, al final (§ 5) haré una breve reflexión sobre los problemas normativos que suscita.

### 1.1. Ambigüedad terminológica

En el contexto jurídico, la expresión “interpretación extensiva” se emplea habitualmente para calificar una atribución de significado a un precepto legal ya realizada o propuesta. Esto es, aunque “interpretación” nombra tanto procesos como productos, la locución “interpretación extensiva” suele referirse a productos. Por supuesto, también se habla de ella como actividad

---

\* **ABREVIATURAS.** En este trabajo se usan estas conocidas abreviaturas (las leyes y los tribunales son de España): CC = Código Civil; CE = Constitución Española; CP = Código Penal; LECrim. = Ley de Enjuiciamiento Criminal; SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial; STC = Sentencia del Tribunal Constitucional; STS = Sentencia del Tribunal Supremo; TC = Tribunal Constitucional; TS = Tribunal Supremo.

y como técnica: por ejemplo, diciendo que no es adecuada a las disposiciones sancionadoras. Pero es más frecuente aplicarla a resultados de la interpretación, a un tipo de interpretaciones.

Sin perjuicio de lo que se aclarará después, la interpretación extensiva de un precepto legal es la que amplía más allá de cierto punto el alcance (supuesto de hecho) o la prescripción (consecuencia jurídica) del precepto tal como lo da a entender su lenguaje<sup>1</sup>. Entonces, una clave del calificativo es qué se toma como significado lingüístico básico, llamado habitualmente “significado literal” (noción que adopto provisionalmente), porque puede tratarse de cualquier comprensión compatible con las convenciones lingüísticas del idioma que sea; o estrictamente de la comprensión normal, ordinaria o común de los hablantes. La otra clave del calificativo es el punto en que la ampliación de significado resulta “extensiva”. Pues bien, la doctrina jurídica maneja maneras dispares de entender y de aplicar el calificativo “interpretación extensiva” en función de esos parámetros. Para una parte, amplía el significado normal sin forzar la literalidad<sup>2</sup>. O se limita a acoger elementos

---

<sup>1</sup> Esta caracterización inicial es integradora, pero aun así excluye usos relativamente frecuentes de la expresión. En la doctrina hay varias tipologías; así K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967 [orig. 1956], pp. 129-136, distingue cuatro versiones, entre las que sobresale establecer una “relación entre el sentido literal de una disposición jurídica individual y su campo de aplicación”.

<sup>2</sup> Larenz explicaba que la interpretación persigue “averiguar el significado de la ley hoy jurídicamente decisivo”, teniendo en cuenta que “el posible sentido literal es, como sabemos, variable” y puede ser ‘estricto’ o ‘amplio’ según se identifique “con la denominada esfera nuclear” o incluya “también fenómenos de la esfera marginal, que en el uso del lenguaje sólo algunas veces se tienen también en cuenta. Sobrepasar la esfera marginal, concebida tan amplia como fuese posible, ya no sería interpretación” [K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1980 (orig. 1979, 4ª ed.), pp. 350-351]. Para Larenz, como se ve, interpretar extensivamente una ley es aprovechar las posibilidades de su significado literal, pero respetándolo. Muchos penalistas entienden la “interpretación extensiva” de la misma manera. V. gr., E. ORTOS BERENGUER y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 134: “hace una lectura *más laxa* del precepto, haciéndolo aplicable a un mayor número de supuestos, sin rebasar el tenor literal posible del texto”. También E. RAMÓN RIBAS, “Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 12, 2014, pp. 111-164; esp. p. 133 (este trabajo cita varios penalistas que comparten la noción de “interpretación extensiva” como una comprensión amplia de la ley dentro del marco de su tenor literal). Pero Larenz habla también de una “extensión teleológica” donde “el tenor literal demasiado estricto es ampliado, sin que por ello se trate de una analogía” [K. LARENZ, *Metodología...* cit., p. 391]; con lo cual introduce una notable ambigüedad en la expresión.

dudosos del significado común<sup>3</sup>. Para algunos corrige el significado literal, pero sin desconocerlo del todo<sup>4</sup>. Para otra parte, amplía y corrige el significado literal, entendido como el común<sup>5</sup>. O rebasa incluso cualquier significado

<sup>3</sup> A. PECZENIK, *Scientia Juris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*, en E. PATTARO (coord.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 4, Springer, Dordrecht, 2005, p. 20: “la interpretación extensiva comprende no solo el núcleo del ámbito de aplicación de una regla, sino también la ‘periferia’” y se diferencia de “extender radicalmente el área de aplicación de una regla, a veces más allá de su ‘periferia’ posible lingüísticamente”; si bien la interpretación puede dar a la norma un ámbito de aplicación distinto del que se desprende del lenguaje ordinario y así “extender o restringir el significado *pro tanto* de la ley”.

<sup>4</sup> L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998 (1ª ed. 1995), pp. 98 ss. Por un lado, comparten con Larenz (ver nota 2) que “el sentido literal posible, es decir, la totalidad de aquellos significados que pueden ser vinculados, según el lenguaje general, a una expresión, marca el límite de la interpretación” (p. 98). Por otro lado, señalan que la interpretación es *declarativa* “si el resultado de la norma coincide con el que se desprende de su texto” y “*grosso modo* puede llamarse *modificativa* si introduce en él alguna corrección”; sabiendo que “el intérprete no puede corregir el contenido de la ley; puede extender o restringir su formulación literal, si resultase inadecuada, para adecuarla [...] a su *ratio*” (p. 101). Y poco después aclaran que la interpretación extensiva y restrictiva “no se deben confundir con la interpretación lata y con la estricta. Habrá interpretación lata si a una palabra que tiene diversos significados se le da el más extenso. Estricta, por el contrario, si se le da el más estricto” (p. 102). La interpretación lata no extiende nada, sino que “entre los posibles significados de la palabra se elige el que parezca más adaptado a la *mens legis*” (p. 103). [Igualmente: L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016 (1ª ed. 1976), pp. 159-161]. Con estas claves se hace difícil saber en qué medida se amplía el significado estricto de la ley en la interpretación “extensiva”. Según estos reconocidos autores no es una simple acepción amplia o *lata*, porque extiende la formulación literal de la ley hasta el punto de corregir su texto (pero respetando su *ratio*); pero al mismo tiempo se mantiene dentro del sentido literal posible de la ley, sin modificarla. Con este ejercicio de eclecticismo se persigue justificar la interpretación que realiza la razón legal atribuyendo a su texto un significado que no tiene, pero sin dejar de exigir al intérprete que se atenga al texto. Ambos fines interpretativos son defendibles, pero a mi juicio incompatibles.

<sup>5</sup> R. GUASTINI, *Distinguiendo*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999 [orig. 1996], p. 212: la interpretación *literal* o *declarativa* “atribuye a una disposición su significado ‘literal’, es decir, el más inmediato –el significado *prima facie*, como suele decirse– que es sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas”; y en otro caso es *correctora*, sea restrictiva o extensiva. “Se denomina extensiva aquella interpretación que, precisamente, extiende el significado *prima facie* de una disposición, de forma que se incluyen en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no quedarían incluidos” (ibíd., p. 219). Cf. su *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 1999, p. 34. Le siguen M. GASCÓN y A.J. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2005 (1ª ed. 2003), p. 197: “*Interpretación extensiva*: Atribuye a una disposición un significado más amplio que su significado común, de manera que cubre supuestos que, según la interpretación literal, quedarían fuera”. También

posible del texto<sup>6</sup>. En síntesis y simplificando algo, la doctrina llama “interpretación extensiva” de una disposición jurídica a la que amplía su alcance dando una acepción amplia a su significado literal, que según unos se corrige y según otros se respeta; y que se entiende por unos como el significado normal (común, ordinario, más frecuente, típico o nuclear) y por otros como aquel compatible con las convenciones lingüísticas. Esta diversidad de enfoques se debe a una mera estipulación terminológica, caprichosa semánticamente; pero repercute en el juicio que merece la interpretación extensiva, y también obviamente en la claridad de las discusiones.

La noción doctrinal de “interpretación extensiva” es correlativa al juicio que merece en áreas del derecho como la imposición de penas o de tributos, donde importa la expresión literal de la ley. En general, quienes consideran interpretación extensiva la que respeta el significado literal, la aceptan en esas áreas. Por el contrario, quienes conciben la interpretación extensiva como una superación o corrección del significado literal le niegan validez cuando el derecho está apegado al texto. Recordemos la regla del artículo 4.2 CC: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. Esta directiva, al limitar el ámbito de eficacia de tales leyes a lo que dicen “expresamente”, prohíbe ampliar su contenido literal e invalida las interpretaciones extensivas que lo rebasan o corrigen. La norma rige con más intensidad en el ámbito penal –la reitera el artículo 4.1 CP–; pero también en otras leyes limitativas de derechos y en las tributarias<sup>7</sup>. Así las cosas,

---

D. CANALE y G. TUZET, “Analogical Reasoning and Extensive Interpretation”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 103:1, 2017, pp. 117-135: “las interpretaciones ‘restrictiva’ y ‘extensiva’ son descritas a menudo como técnicas que se usan cuando el significado literal de una disposición legal (en adelante significado *estándar*) no se corresponde con el significado querido por el legislador”; las expresiones “califican simplemente el resultado de la interpretación: en particular, señalan el hecho de que el ámbito de la norma calificada es más grande o más reducido que lo que habría sido si la disposición hubiese sido interpretada literalmente”.

<sup>6</sup> A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón y R. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (orig. 1987), p. 147: “La interpretación extensiva se refiere a la aplicación de una ley más allá de los límites de su texto”. A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de G. R. Carrió, 3ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2005 [orig. inglés 1958], p. 144: “Se habla de interpretación extensiva (interpretación por analogía) cuando las consideraciones pragmáticas se traducen en la aplicación de la regla a situaciones que, contempladas a la luz del ‘sentido lingüístico natural’, se encuentran claramente fuera de su campo de referencia”.

<sup>7</sup> Según Díez-Picazo y Gullón, “algunas máximas de experiencia, admitidas por la doctrina jurisprudencial” dicen que no son susceptibles de interpretación extensiva las normas prohibitivas, las sancionadoras y las limitativas de la capacidad de obrar y del libre ejerci-

al interpretar preceptos punitivos y asimilables no es lícito atribuirles más alcance que el que expresan literalmente, con su significado convencional. De ahí que solo con una acepción de “interpretación extensiva” compatible con el significado literal puede defenderse su validez respecto de leyes penales. Resulta, entonces, que la discusión entre defensores y detractores de la validez jurídica y de la legitimidad de las interpretaciones extensivas de leyes penales y restrictivas de derechos debe primero despejar la ambigüedad terminológica acerca de si dicha interpretación respeta o no la expresión literal del precepto.

La cuestión terminológica no es sencilla de resolver, ni siquiera estipulativamente. Por una parte, cualquier interpretación que extienda algo es “extensiva” y corregir este uso es arbitrario. Por otra parte, hay un rechazo doctrinal a hablar de *interpretación* cuando se rebasa el sentido literal posible. Y un tercer factor determinante es la prohibición explícita de la “interpretación extensiva” en el derecho penal *in malam partem* por el Tribunal Constitucional<sup>8</sup>. Esto último me parece crucial, porque hace inadecuado llamar “extensiva” a una interpretación respetuosa del tenor literal del texto, que naturalmente el TC no prohíbe. Además, para la interpretación que amplía el significado normal de la ley dentro de su literalidad hay otras deno-

---

cio de los derechos; pero sí, con reservas, “las normas de Derecho singular o excepcional” [L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones...* cit., p. 102; y *Sistema...* cit., p. 160]. Respecto de las disposiciones tributarias, dice el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: “No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”. La prohibición de rebasar los “términos estrictos” es sin duda aplicable también a la interpretación que abandona el significado literal aun sin proponer ninguna analogía.

<sup>8</sup> Lo expone con claridad la STC 125/2001, de 4 de junio, (FJ 3): “La garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal [...] y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; AATC 3/1993, de 11 de enero, FJ 1; 72/1993, de 1 de marzo, FJ 1), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan”. Ídem en SSTC 126/2001 y 127/2001, FJ 4. El criterio y la terminología se han reiterado; así, según la STC 92/2012 (FJ 4) a los órganos judiciales “les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*”. Cf. n. 9.

minaciones activas, como *lata, amplia o flexible* (ver infra § 4.1); mientras que la que corrige el significado convencional no tiene más nombre doctrinal o jurisprudencial que “extensiva”. Por tanto, y con las cautelas necesarias a la vista de otros usos, hay que asumir que “interpretación extensiva” de la ley en su sentido más propio es la que le atribuye un ámbito de eficacia o una prescripción más amplios que los que da a entender su texto expreso dadas las convenciones del lenguaje.

## 1.2. Interpretación y construcción

Llamar “interpretación extensiva” de la ley a atribuirle un contenido ajeno al significado posible de su texto es un tanto peculiar, porque parecería que hay ahí creación o construcción jurídica más que propiamente interpretación. Esto es muy claro en las leyes punitivas y otras que exigen respeto del lenguaje expreso, donde efectivamente no se considera interpretación y no se reconoce válida ninguna atribución de significado que desplace o corrija el texto<sup>9</sup>. Sin embargo, la situación es diferente cuando el derecho estimula o tolera la comprensión flexible de los preceptos. Recordemos que en virtud del artículo 3.1 CC la interpretación jurídica ha de hacerse en general “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad” de las normas y no solo “según el sentido propio de sus palabras”. Aunque este canon interpretativo está supeditado a otros –como el que deriva del artículo 9.3 CE e impone salvaguardar la seguridad jurídica–, en ocasiones se ve justificado, y hasta exigido, dar a las disposiciones jurídicas un alcance que no se desprende de

---

<sup>9</sup> Según la STC 2/2015, de 19 de enero, (FJ 8) infringe el artículo 25.1 CE “atribuir a la norma penal un contenido que exceda, en perjuicio del acusado, del tenor literal posible del precepto, incurriendo en tal caso en una analogía *in malam partem* que ha de entenderse constitucionalmente proscrita”. También la STC 75/1984, de 27 de junio, (FJ 6) censuró la aplicación de la figura del fraude de ley en el ámbito penal porque “la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal”. Hay que advertir que estas declaraciones, pese a las apariencias, no implican una distinción entre la interpretación extensiva y la analogía, que el TC en realidad asimila. Así, la STC 34/1996, de 11 de marzo, (FJ 5) expone que el principio de legalidad penal “veda la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva [...] tan sólo para el Derecho Penal ‘material’ y en perjuicio del acusado, *in malam partem*”.

Para la doctrina penal más representativa, “una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática” [C. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, trad. de D.-M. Luzón, M. Díaz y J. de Vicente, Civitas, Madrid, 1997 (orig. 1994, 2ª ed.), pp. 149-150]. Ver asimismo las referencias de la nota 2 *supra*.

su texto, para realizar su “espíritu y finalidad”. Siendo así, cabría alegar que para interpretar adecuadamente la ley a veces puede o debe atribuírsele un contenido que amplía y corrige el que tiene según el significado convencional de sus palabras. Se diría que en esos casos la “interpretación extensiva” es una genuina interpretación, porque atribuye a la ley el significado que tiene materialmente sin dejarse confundir por el significado formal que le dan las convenciones lingüísticas. Al final de este trabajo discutiré este argumento, pero hay que admitir que a veces la literalidad del texto legal no expresa la norma que se desprende de su interpretación con criterios jurídicos no lingüísticos, y puede que deba prevalecer esta.

Pero hay que insistir: si la norma se extiende más allá de lo que permite su significado convencional, ¿no dejamos la “interpretación” y pasamos al terreno de la analogía? Llegamos así a un dilema que ha ocupado a muchos juristas: ¿es posible diferenciar entre la interpretación extensiva de las leyes y su aplicación analógica? Esta cuestión admite varios ángulos y puede complicarse mucho, pero en sus rasgos básicos es bastante simple<sup>10</sup>. La mejor distinción entre la interpretación extensiva y la analogía estriba en que la primera supone que los elementos incorporados están mencionados por las palabras del texto legal dado su significado lingüístico; mientras en que en la analogía se consideran cubiertos por la razón práctica del texto (su *signifi-*

---

<sup>10</sup> En la doctrina hay numerosas propuestas de distinción, y también mucho escepticismo sobre su éxito. Puede verse un prolijo repaso en M. SIOTA ÁLVAREZ, *Analogía e interpretación en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2010 (cf. p. 66: “no es posible, en la práctica y en todos los supuestos, trazar una neta y clara separación entre analogía e interpretación extensiva, a pesar de la abundancia de criterios de distinción teóricos”).

Cómo puede complicarse el asunto queda ilustrado por este criterio de distinción aportado en un largo ensayo sobre el tema: en la interpretación extensiva “un caso no previsto expresa y directamente en la norma, puede, sin embargo, resolverse por extensión de dicha norma por ser aquél un supuesto perteneciente a la misma materia, o institución, que regula dicha norma”; porque se “presupone (o supone tras una interpretación –en este caso– de los hechos) la semejanza o similitud entre el caso contemplado y el caso no previsto expresamente en la norma”. “En la analogía, en cambio, donde no hay mera dilatación lógica de la norma, sino que ésta da un salto lógico de una materia a otra, de una institución a otra, no cabe presuponer nada” [G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 65 vol. 3, 2012, p. 1041, cf. p. 1071]. Según esto, la interpretación extensiva opera por semejanza como la analogía y se diferencia de ella solo por ser más inmediata o directa (es una “dilatación lógica”, insiste). Este criterio hace la distinción mucho más imprecisa y difícil que el más común asumido por el presente trabajo.

*cado material*, si se quiere), pero no por el lenguaje<sup>11</sup>. Ambas son maneras de extender por medio de la interpretación el alcance de las leyes más allá del que parece darles su lenguaje, con el fin de hacer efectiva su razón práctica; pero no operan igual<sup>12</sup>. La interpretación extensiva de la ley da a algunas de sus palabras una acepción anormalmente amplia y asume que toda esa extensión es explícita. Se basa en las relaciones semánticas entre los elementos incorporados y las descripciones legales expresas. La analogía, por otro lado, lleva a aplicar la ley a supuestos que no menciona explícitamente, pero que regula implícitamente en virtud de su razón práctica o de los principios jurídicos aplicables. Se basa en las relaciones de semejanza y de relevancia entre los casos incorporados y los casos explícitos<sup>13</sup>. Aunque la distinción puede

<sup>11</sup> Así, la responsabilidad por emitir “humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades” (artículo 1908 CC), puede extenderse por interpretación a cualquier sustancia denominada *humo*, como el vapor de agua; y puede aplicarse mediante analogía a emisiones que no son “humo” pero causan molestias parecidas, como los ruidos (un “criterio generalizado”, según la SAP Valencia, Sec. 7ª, 176/2004, de 26.03.2004, FD 2).

<sup>12</sup> Por eso cabe hablar de “extensión” en ambas técnicas, aunque “tienen presupuestos operativos y ámbito de incidencia diferentes”, como dice G. CARCATERRA, “Analogía. I. Teoría generale”, en *Enciclopedia Giuridica*, Roma: Instituto della Enciclopedia italiana, 1988, tomo II, p. 16: mientras que en un caso la extensión de la norma se obtiene interpretándola normalmente y es interna a ella; en otro (la analogía) la extensión “no es obtenible sobre tal base hermenéutica sino solo valiéndose del criterio de la semejanza y de la *ratio*” y produce una nueva norma. Como se ve, Carcaterra apunta al criterio de distinción más claro, que contrasta un razonamiento semántico y otro material: la interpretación extensiva resulta de una hermenéutica del texto, mientras que la analogía se basa en razones materiales de semejanza y finalidad. El problema –que Carcaterra discute– es que a veces la interpretación semántica tiene un trasfondo material y la distinción entonces se complica. En efecto, podría objetarse que como “también la interpretación extensiva se funda en considerar incluidos ciertos casos dentro del supuesto de la norma precisamente en base a los propósitos de la misma, queda patente la imposibilidad de encontrar criterios diferenciadores absolutamente nítidos entre lo que constituye aplicación analógica del Derecho y la interpretación extensiva del mismo” [S. SÁNCHEZ FERRO, “Analogía e imperio de la ley”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1997, p. 670]. Sin embargo, esa inclusión finalista opera en un caso por semejanza y en otro por conexión semántica, lo cual es un criterio diferenciador eficaz, aunque pueda no ser “absolutamente nítido”.

<sup>13</sup> En esta línea, se ha dicho que “la diferencia descansa en la fuente de la relevancia”: en la interpretación extensiva es *semántica* y en la extensión analógica es *pragmática*, relativa a los propósitos de la ley [D. CANALE y G. TUZET, “Analogical Reasoning...” cit. (n. 5)]. Esta diferencia es más clara para quienes conciben la interpretación extensiva como un caso de interpretación literal, siguiendo a Larenz (ver nota 2): S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015 (1ª ed. 1984), p. 125: “mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su ‘sentido literal posible’, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de

ser imprecisa y difícil de llevar a la práctica, en parte porque muchas conexiones semánticas se deben a relaciones de semejanza, a menudo se aprecia con claridad y merece ser reconocida.

El criterio de distinción expuesto explica satisfactoriamente otros aspectos diferenciadores plausibles señalados por la doctrina<sup>14</sup>. Por ejemplo, una diferenciación aclarada dice que la interpretación extensiva no crea una norma nueva y la analogía sí<sup>15</sup>. Esta diferencia responde a que la primera asume que el precepto menciona el supuesto en cuestión de manera expresa (aunque vaga); mientras que la segunda asume que no lo menciona y que debe suplirse esta omisión<sup>16</sup>. Esto no conlleva, sin embargo, que para aplicar

---

los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal". E. ORTS y J. L. GONZÁLEZ, *Compendio de derecho penal*, cit., p. 135: la interpretación extensiva, "estrictamente entendida, supone aplicar una ley hasta donde lo permite el significado de su texto, pero sin ir más allá; mientras que [la analogía] comporta superar ese límite y aplicar una ley a sucesos que quedan fuera del significado posible de su texto". Respecto de la interpretación extensiva que fuerza el significado literal, la distinción es más problemática pero todavía sostenible, como veremos.

<sup>14</sup> También explica el hábito de llamar "interpretación" del derecho a la extensión semántica y "aplicación" al uso de la analogía. Aunque aquí no deja de haber interpretación: (se interpreta que una ley es aplicable a casos que no regula expresamente pero que guardan semejanza relevante con los que regula) la diferencia teórica señalada justifica dar distintos nombres a la interpretación extensiva y a la analogía.

<sup>15</sup> N. BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Rozo, Debate, Madrid, 1991 (orig. 1960), p. 248: "el único criterio aceptable es el que trata de establecer la diferencia en relación con los efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por ésta". Cf. su *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993 (orig. 1961), p. 222: "mientras que en la analogía legis se formula una norma nueva [...], en la interpretación extensiva se amplía el supuesto establecido por la norma"; pero "en realidad, la interpretación extensiva es una forma atenuada de interpretación analógica y tiene la función práctica de permitir alguna forma de analogía en aquellos sectores del Derecho (como el Derecho penal) en los que aquella está prohibida". En efecto, muchos penalistas hacen esta distinción entre interpretación y creación de normas.

<sup>16</sup> Matiza la distinción: R. GUASTINI, "Interpretación y construcción jurídica", *Isonomía*, núm. 43, 2015, p. 38: "El argumento analógico puede ser usado no solo como técnica de reducción de la vaguedad -para extender la referencia de un predicado más allá de su significado común [...] (interpretación extensiva)-, sino también para construir normas implícitas". Según esto, hay una analogía constructiva y otra que es meramente interpretativa y simplemente expande la norma reduciendo su 'zona de penumbra': "Se puede concluir que la norma sobre el derrumbe de un edificio se aplica también al caso 'derrumbe de balcón': 'lex minus dixit quam voluit'. Es un ejemplo de interpretación extensiva, fundada sobre el argumento analógico" (ibíd., p. 31). Revisando este planteamiento con el criterio semántico, diríamos que sostener que "edificio" nombra también al balcón, pues *es* edificio, es una inter-

una analogía haya de darse una laguna normativa –contra lo que a veces se sostiene–, de manera que la presencia de lagunas no es un elemento diferenciador entre la analogía y la interpretación extensiva<sup>17</sup>.

Ahora bien, tras esta diferenciación teórica asoma de nuevo el problema ya aludido: si la interpretación extensiva fuerza el significado que le dan a la ley las convenciones lingüísticas –y ha de entenderse que eso es así cuando el TC la rechaza, según vimos–, ¿cómo puede tratarse de una *interpretación* de lo que la ley incluye *explícitamente*? ¿No hay aquí una contradicción? En efecto, es posible que la pretendida interpretación extensiva sea en realidad una analogía o confluya con ella. En la interpretación “lata” hay una pretensión semántica verosímil de que el contenido propuesto para la ley forma parte de su lenguaje expreso; pero en la interpretación más “extensiva” la pretensión semántica falla, por lo que es inevitable sospechar que el funda-

---

pretación extensiva (o simplemente lata) y no creativa; mientras que sostener que el balcón es *como* un edificio y debe tratarse igual, es una analogía que reconstruye una norma implícita.

<sup>17</sup> Cfr.V. VELLUZZI, “La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva”, en M. MANZIN y P. SOMMAGGIO (eds.), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 133-148: “la analogía presupone una laguna y la colma extendiendo una consecuencia jurídica a un caso no previsto sobre la base de una semejanza relevante con el hecho regulado por una norma”; “la interpretación extensiva es en cambio una operación de naturaleza exquisitamente interpretativa”: se da cuando el significado de la formulación normativa es referible al caso (pp. 137-138). Pero que haya o no laguna es indiferente para el criterio de distinción seguido por Velluzzi, que comparto. De hecho, la analogía se aplica con frecuencia en situaciones que ya tenían solución jurídica. Recuérdese el ejemplo de la nota 11: si el derecho expreso no exige responsabilidad por las molestias causadas por ruidos (algo que el artículo 1902 CC desmiente), no cabe hablar de laguna, salvo en sentido *axiológico*; pero ello no impide aplicar la analogía, precisamente rivalizando con el argumento *a contrario*. Sobre esto: J. RODRÍGUEZ-TOUBES, “La interpretación *a contrario* de disposiciones jurídicas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2018, pp. 423-454. En contra, M. SIOTA, *Analogía...* cit. (n 10), pp. 108-109, insiste en que “ha de constatarse la existencia de una laguna normativa que la analogía tratará de colmar” y “no meros problemas interpretativos, o lagunas axiológicas o valorativas –que son supuestos que ya encuentran respuesta en el ordenamiento jurídico, aunque su solución nos parezca injusta”. Es verdad que en el derecho tributario, hostil a la analogía, esta solo se *justifica* si hay una verdadera laguna (por ejemplo, en algún procedimiento), para obtener una respuesta jurídica que de otro modo es imposible. Pero ni toda ausencia de regulación expresa es una laguna; ni la ausencia de laguna impide por sí misma la analogía. Así, ante una sentencia que decidió no aplicar a un concentrado de naranja el gravamen por la elaboración de “jarabes y bebidas refrescantes”, la autora citada dice que “el tribunal integra la laguna tributaria aplicando el argumento a contrario, ante la imposibilidad de recurrir al argumento analógico” [ibíd., p. 91]. Pero aquí no había ninguna laguna, pues la regulación jurídica era simplemente la ausencia de gravamen; y sin embargo la analogía no era “imposible” por eso, sino porque estaba prohibida.

mento de la extensión es la analogía. Esto es especialmente importante cuando la analogía está prohibida, porque solo puede prosperar la extensión que cuenta con respaldo semántico. En estos casos la interpretación “extensiva” que rebasa los confines del texto y lo corrige es problemática, y no es de extrañar que el TC la rechace. De hecho, la noción de “interpretación extensiva” puede emplearse como calificativo de una pretensión fallida. Se asume que según el intérprete el contenido legal propuesto está expreso en la ley, entendida según lo que permiten las convenciones lingüísticas; pero dicha pretensión se califica de “extensiva” porque rebasa lo que sería admisible en una interpretación lata y sobrepasa el significado literal posible de la ley. Es decir, según esto, una “interpretación extensiva” de la ley es una atribución de significado que extralimitó su función y en realidad postula una norma nueva. No obstante, con todo, es también posible que la propuesta extensiva sea un ejercicio interpretativo genuino que pone en cuestión los límites del significado literal según las convenciones del momento y apunta a su revisión. Se propone que el contenido de la ley está delimitado por su lenguaje tal como habría que entenderlo, y no tal como se entiende de hecho; entre otras razones para adaptar la terminología a las circunstancias cambiantes<sup>18</sup>.

Un buen ejemplo para analizar y explicar estos fenómenos es la palabra “ganado”. Su significado literal ordinario incluye vacas, cerdos, ovejas o cabras; pero sobre otros candidatos cabe dudar si integran su significado normal o solo una acepción lata o ya no son “ganado” pero se le parecen. Así, se habla a veces de “ganado aviar”, y una acepción de “ganado” según el diccionario de la Real Academia Española es “conjunto de abejas que hay en una colmena”. También es dudoso si los peces y los conejos criados (piscicultura y cunicultura), son “ganado” o se le parecen. Pues bien, supongamos que tenemos que interpretar el artículo 499 CC sobre el usufructo de ganado. Nuestra interpretación será *lata* si

---

<sup>18</sup> Un motivo para extender el significado de un término legal es dar cobertura a elementos que no existían cuando se introdujo. Por ejemplo, el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, relativo a los derechos de los sindicatos con representación relevante, dice que “la empresa pondrá a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores”. Un sindicato planteó que el derecho a un “tablón de anuncios” incluye hoy poder disponer de un sistema de correo electrónico de la empresa para difundir información sindical. La STC 281/2005, de 7 de noviembre, aceptó el rechazo del TS a “la interpretación extensiva” propuesta (aunque amparó al sindicato porque la empresa debió cederle el sistema de correo electrónico que ya tenía); pero podía convencer el argumento de que las sedes virtuales de difusión de noticias son hoy un “tablón de anuncios” y no solo algo que se le parece.

tomamos como “ganado” animales que algunas personas llaman así, como las gallinas; y será propiamente *extensiva* si incluimos animales que convencionalmente no son todavía “ganado” pero que no es descabellado llamar así, como los caracoles criados (*helicicultura*, palabra aún fuera del citado diccionario)<sup>19</sup>. En cambio, habrá analogía si aplicamos las reglas del usufructo de ganado a animales u otros seres vivos que no llamaríamos “ganado” ni siquiera forzando las convenciones, como perros o gatos. Esto se explica por el dinamismo del lenguaje: animales que hoy no llamamos “ganado” es probable que pronto se llamen así; y cabe defender una interpretación extensiva que lo anticipe. No sugiero que está justificado extender el significado de la ley anticipando lo que harán los diccionarios, sino que podría defenderse como medio legítimo para realizar su finalidad. Ahora bien, la situación es distinta cuando la ley importa por lo que dice *expresamente*, en cuyo caso la legitimidad de la interpretación extensiva es muy cuestionable. Pensemos, por ejemplo, en la agravante de “infección o contagio de ganado” prevista en el artículo 236.2-2º CP para el delito de daños. Será lícita una interpretación lata de “ganado” que incluya elementos reconocibles de su significado literal; pero es ilícito abandonar ese marco semántico con una interpretación extensiva o una analogía.

## 2. EL OBJETO DE LA EXTENSIÓN

Veamos ahora cómo se emplea la noción de “interpretación extensiva” en la jurisprudencia y en qué medida refleja la (dispar) caracterización doctrinal. Comenzaremos notando cómo se percibe funcionalmente, es decir, qué se toma como materia u objeto de la extensión. En este aspecto, una primera observación es que en la ley es susceptible de extensión tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, aunque la doctrina suele obviar la segunda posibilidad.

### 2.1. Ampliación del supuesto de hecho

Como vimos, la tesis doctrinal más generalizada es que la interpretación extensiva de la ley afecta a su significado. En particular, se piensa que se ex-

---

<sup>19</sup> Valga como referencia el artículo 2.d) de la Directiva 1991/676/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura, que define así “ganado”: “todos los animales criados con fines de aprovechamiento o con fines lucrativos”.

tiende el significado de alguna(s) de las palabras que describen el supuesto de hecho; es decir, que crece el conjunto de elementos designado por dichas palabras, llamado justamente su *extensión*. Sin embargo, la ampliación del significado extensional no explica todos los supuestos en que los jueces y tribunales hablan de “interpretación extensiva”. Simplificando un poco, cabe distinguir dos grandes modalidades de interpretación extensiva en función de si hay o no una extensión de significado. En ambos casos se amplía el ámbito material en que es aplicable la disposición con el objetivo de satisfacer sus fines, pero solo la *extensión semántica* es específicamente interpretación extensiva.

### 2.1.1. *Extensión semántica de la norma*

La “interpretación extensiva” de la ley es ante todo el resultado de una comprensión del significado lingüístico de palabras o expresiones usadas en ella. El significado susceptible de extensión puede ser el ordinario en la lengua o uno técnico acotado por el legislador, la jurisprudencia o la doctrina. En realidad, en el contexto de la interpretación jurídica los significados inicialmente comunes devienen muy pronto en significados especializados, porque los juristas tienden a guiar sus interpretaciones de los términos legales por cómo los entienden las autoridades y otros juristas, en lugar de por cómo los entiende el público en general.

Para comunicar las prescripciones legales son necesarias palabras del lenguaje común, las cuales pueden generar dudas sobre su significado extensional. En esta situación es de esperar que algunas interpretaciones de esas palabras sean percibidas como demasiado inclusivas por quienes las entienden de modo estricto, lo cual tendrá especial importancia jurídica en las leyes que priman el texto, como las penales. Aunque raramente los problemas jurídicos pueden reducirse a cuestiones lingüísticas, las sutilezas semánticas son muchas veces jurídicamente relevantes, y los debates sobre la interpretación extensiva suelen plantearse en este terreno.

[E#01] Un ejemplo de interpretación de una palabra común con implicaciones jurídicas es la que sostuvo el Tribunal Supremo al juzgar el delito de violación en su modalidad de “introducción de objetos” por vía vaginal o anal, tipificado en el artículo 179 CP, antes de que se modificase su redacción en 2003 (por “introducción de miembros corporales u objetos”). El Tribunal entendió que la palabra “objeto” tiene un significado común que no comprende partes del cuerpo humano como dedos o lengua, y dio por sentado que incluirlos supondría una interpretación extensiva

prohibida en el ámbito penal. Así, la STS, 2ª, 1222/2000 de 07.07.2000 estimó el recurso de quien había sido condenado aplicando dicho artículo 179 CP porque en su agresión sexual introdujo sus dedos en la vagina de la víctima. La Sentencia (FD 2) recuerda que otras anteriores ya rechazaron que introducir los dedos en la vagina integre el tipo agravado de “introducción de objetos”; y añade que al identificar el término *objeto* con *cosa*, la Sala “no ha hecho más que acoger el significado que aquella palabra tiene en el común lenguaje de la gente y en el Diccionario de la Lengua Española de la RAE”, que no incluye brazos, piernas o dedos. Igualmente, la STS, 2ª, 1214/2002 de 01.07.2002 estimó el recurso de un condenado que había introducido su lengua en la vagina de una niña, por la misma razón de que en su agresión sexual no hubo “introducción de objetos”. En este caso la Sentencia (FD 5) invocó “la interpretación literal del término ‘objeto’ empleado por el Legislador, que se identifica con ‘cosa’, conforme además con el lenguaje común, que no identifica el mismo con otras partes o miembros del cuerpo humano”. Es patente que estas sentencias afrontaron un problema semántico: ¿qué designa la palabra “objeto”? Su repercusión penal hace de esta pregunta un *caso difícil*, pero no deja de ser semántica<sup>20</sup>.

La incertidumbre acerca de la extensión o referencia de las expresiones legales afecta también a su terminología técnica, incluida la precisada mediante definiciones legales. En cierto modo es paradójico que una expresión definida legalmente sea susceptible de interpretación extensiva, pues el propósito de la definición legal es identificar con exactitud la referencia de la expresión, y por tanto fijar su extensión. Sin embargo, salvo contadas ocasiones en que la definición puede ser cuantitativa y muy precisa, las definiciones dependen de términos vagos y también pueden ser interpretadas de varias maneras.

[E#02] Sirva como ejemplo el artículo 2.6) de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, sobre servicios postales, que define “envío postal” y que hubo que interpretar si incluía giros postales.

---

<sup>20</sup> En realidad, las SSTS citadas argumentan sobre todo identificando el bien jurídico protegido por el artículo 170 CP al castigar la “introducción de objetos”: no es la libertad sexual, sino la integridad física y moral; y la expresión se refiere a un acto puramente vejatorio y sin significación sexual, lo cual excluye la introducción de dedos o de la lengua. En suma, el TS sostuvo que ni el significado de la palabra, ni la intención del legislador justifican tomar los dedos o la lengua como “objetos”. Esta tesis tiene varios problemas. a) Semánticamente las palabras “objeto” y “cosa” son aplicables a cualquier elemento tridimensional, incluidas partes del cuerpo. b) En cuanto a la razón práctica que se pretende proteger, es posible que el legislador del artículo 179 CP quisiese dar igual trato a los “objetos” y a los miembros corporales, como sugiere la reforma de 2003. c) El problema interpretativo se podría reproducir respecto de si un ser vivo es un “objeto”. Si se le presentase el caso, el TS previsiblemente se centraría en el carácter vejatorio de la agresión; pero tendrá que sortear su tesis de que “objetos” son solo cosas inanimadas.

Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015, asunto C 185/14, EU:C:2015:716 (§ 31), “habida cuenta del carácter preciso y restrictivo de esta disposición de la Directiva 97/67, no cabe aceptar una interpretación extensiva de la misma”, por lo que no se aplica a los servicios de giro postal. El Tribunal combinó dos argumentos. Respecto del problema semántico, juzgó que la definición legal de “envío postal” no incluye servicios financieros, y que incluirlos sería una interpretación extensiva. Por otro lado, consideró impropio tal interpretación extensiva al ser la Directiva exhaustiva cuando describe los servicios postales.

Habrà interpretación potencialmente extensiva de la ley cuando la comprensión lingüística inmediata le atribuye mayor contenido normativo que el que materialmente posee. En un caso así, la interpretación semánticamente ajustada se percibe *extensiva* por omitir las disociaciones requeridas por la razón práctica jurídica. Paradójicamente, entonces, la extensión semántica tiene lugar con una interpretación del precepto según su significado ordinario, la cual –se alega– rebasa su significado jurídico. El juicio material reduce para el derecho el alcance lingüístico aparente de la expresión legal, y su extensión normal pasa a verse como inapropiada por exceso.

[E#03] El problema se ve en el artículo 369.1.3ª CP cuando agrava la pena prevista para el tráfico de drogas si se realiza “en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”. La interpretación del artículo exige precisar el significado de “establecimiento abierto al público”; pero este análisis no es solo semántico, sino que pesa la cuestión material de por qué razón el lugar de los hechos agrava la pena y a qué lugares se aplica esa razón y a cuáles no, aunque sean establecimientos abiertos al público. Por eso la STS, 2ª, 783/2009 de 20.11.2009 evitó aplicar literalmente el artículo a quien había vendido cocaína en un pub que regentaba, porque se trató de una venta aislada y esporádica, sin aumento de peligro para la salud pública (FD 1.II): “La existencia misma del establecimiento público y la actividad que en él se desarrollan, han de hallarse subordinadas a la clandestina distribución de estupefacientes”. Y recuerda que la citada agravante “no permite una interpretación extensiva” (v. gr. ya según la STS 211/2000, de 17.06.2000, FD 8: “no debe interpretarse extensivamente”). Resulta, entonces, que se interpreta extensivamente el artículo 369.1.3ª CP si se aplica a una venta esporádica de droga aunque de hecho se realizase en un establecimiento abierto al público<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Es llamativo que atribuir a una expresión legal su significado ordinario inmediato se considere “interpretación extensiva”, pero sucede a menudo. Cuando la jurisprudencia o la doctrina delimitan restrictivamente el significado jurídico de los términos legales en contraste con su significado ordinario, parte de este queda extramuros del derecho. Un ejemplo conocido es el término “enseñamiento” usado en el CP. Como dice la STS, 2ª, 395/2013 de 07.05.2013 (FD 4): “El enseñamiento es un concepto jurídico precisado en la Ley que no coincide necesariamente con una conceptualización coloquial o, incluso gramatical, de la propia expresión...”.

Los supuestos de este tipo son quizá particularmente polémicos, porque enfrentan el mensaje legal aparente con el pretendidamente auténtico o real. En ocasiones la apariencia puede despejarse con una lectura atenta y el conflicto entre la convención lingüística y la interpretación jurídica se desvanece; pero no siempre. A veces el conflicto semántico es muy sutil y confunde a los propios juristas expertos.

[E#04] Por ejemplo, la STC 196/2013, de 2 de diciembre, estimó un recurso de amparo de una persona condenada por el delito de retener a un menor “incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa” (artículo 222 bis.2, 2º CP), porque la sentencia condenatoria se había ocupado del dolo del acusado al retener el menor, pero no del dolo al incumplir su deber; lo cual “ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante” (FJ 6). Como se ve, aquí el Tribunal Constitucional aplica la noción de “interpretación extensiva” a una comprensión del artículo 222 bis.2, 2º CP según la cual el requisito de incumplir gravemente el deber se satisface sin necesidad de dolo; y que subsume en el artículo una actuación prescindiendo de apreciar el dolo respecto de ese incumplimiento. Dicho de modo aún más sintético, el TC estimó inconstitucional por extensiva una interpretación del citado artículo según la cual es posible retener un menor “incumpliendo gravemente el deber...” sin tener intención de incumplirlo. Es decir, aunque con un enfoque semántico parece claro se puede obrar “incumpliendo gravemente el deber” sin saberlo o sin quererlo, con un enfoque material como el que adopta la citada STC 196/2013 el tipo penal no admite esa interpretación, porque solo castiga conductas dolosas.

### 2.1.2. *Expansión no semántica de la norma*

Como ya se dijo, la noción de “interpretación extensiva” también se aplica en la práctica en ausencia de duda semántica. Aunque no es el uso más adecuado de la expresión, debe ser tenido en cuenta. Hay varias causas por las que una norma puede ampliar su alcance además de por la extensión semántica, y el resultado no deja de ser una interpretación *extensiva*. Con todo, para reducir la ambigüedad terminológica propongo hablar de *expansión* de la norma cuando la extensión de su alcance no se debe a una interpretación semántica sino a otras causas.

Las llamadas “cláusulas de analogía” preceptúan que lo establecido por la ley para ciertos supuestos paradigmáticos previamente explícitos se aplica

también a otros casos semejantes. Son cláusulas que actualizan y refuerzan el principio general de analogía del artículo 4.1 CC, y por tanto evitan una posible invocación del argumento *a contrario*. Pues bien, la relación de semejanza entre los supuestos explícitos y los similares puede ser más o menos intensa, y de ahí que se llegue a considerar “interpretación extensiva” de una disposición la que hace un uso generoso de sus cláusulas de analogía. En esos casos la extensión no es semántica: los nuevos elementos se incorporan porque son similares en cuanto a la razón práctica de la regulación<sup>22</sup>.

[E#05] La eventual interpretación extensiva de una disposición que cuenta con una cláusula de analogía se justifica por la afinidad material entre los supuestos regulados e incorporados, como muestra el siguiente ejemplo. Como es sabido, el Código Penal prohíbe aplicar las leyes penales “a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas” (artículo 4.1); pero introduce *expresamente* cláusulas de analogía en algunos artículos. Por ejemplo, al definir la noción de “llaves falsas”, cuyo uso cualifica un tipo de robo. El actual artículo 239 CP requiere considerar llaves falsas (entre otros útiles) “las ganzúas u otros instrumentos análogos” y “las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar”. Así las cosas, cabe una interpretación penal más o menos incluyente de “llave falsa”; pero la duda no es semántica (¿qué significa “llave falsa”?), sino material: ¿qué función cumplen las ganzúas, las tarjetas magnéticas y los mandos de apertura a distancia? Por ejemplo, antes de que se incluyese en el Código Penal la mención expresa de las tarjetas, la STS, 2ª, 08.05.1992 (FD 4) ya había considerado que “la tarjeta de crédito, como tal, puede entrar en el contexto de las llaves falsas”. Esto fue calificado de interpretación extensiva por algunos<sup>23</sup>; y seguramente por ello el legislador quiso explicitar la equi-

---

<sup>22</sup> La cláusula de analogía también puede facilitar una interpretación semántica flexible. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Cont.-Adm., Sec. 2ª) de 12.11.1996 incluyó un parque acuático en el ámbito del artículo que gravaba “el precio de entrada o asistencia a cualquier espectáculo de carácter público”, incluidos unos cuantos indicados y “cualesquiera otros de naturaleza análoga”. Explica (FD 5) que esa “no es una lista cerrada o taxativa, sino meramente enunciativa o ejemplificativa”; y añade que un parque acuático es un “espectáculo” en el sentido usual del término. El tribunal recuerda que está prohibido “extender el ámbito de un hecho imponible” más allá de lo previsto en la ley; pero sostiene que un parque acuático “configura un espectáculo público”.

<sup>23</sup> J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, “Falsificación y utilización fraudulenta de tarjetas electrónicas, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 6, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 13-66: “se está extendiendo el significado común o vulgar de la palabra *llave* para comprender dentro del delito de robo un caso típico, un supuesto de hecho, que se estima merecedor de castigo como tal delito, porque ese supuesto es *equivalente* al definido como tal en el Código Penal”. Cabe notar que este autor adopta un enfoque semántico basado en el significado ordinario de “llave” (llega a citar su definición en el diccionario), cuando en realidad

paración. También en sentido expansivo, la STS, 2ª, 257/2000 de 18.02.2000 consideró llave falsa, por ser análoga a una ganzúa, una moneda sujeta a un hilo con la que el recurrente había sustraído tabaco y dinero de una máquina<sup>24</sup>.

El efecto y la problemática de las cláusulas de analogía se reproducen con otras fórmulas de cierre dirigidas a que la enumeración legal no se considere exhaustiva, sino solo indicativa. Este tipo de cláusulas facilitan interpretaciones que llegan a etiquetarse como “extensivas”.

[E#06] Un ejemplo es el artículo 4.1 del Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/1993, de 29 de enero, que prohíbe la tenencia y uso de una serie de armas, “así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas”. Como el artículo 563 CP castiga con prisión “la tenencia de armas prohibidas”, surge la pregunta de si esto se refiere solo a las prohibidas expresamente en el Reglamento o incluye “cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos”. El problema interpretativo no es semántico, porque está claro que todas las que el Reglamento prohíbe son “armas prohibidas”; sino sustantivo: ¿qué armas prohibidas tienen relevancia penal? Pues bien, el Tribunal Supremo entendió que incluir instrumentos peligrosos no listados expresamente sería una interpretación extensiva prohibida en el derecho penal. En la STS, 2ª, 1541/1999, de 28.10.1999, confirmó la exclusión de un machete de montañero con hoja de 40 cm por esa razón,

---

la noción penal de “llave falsa” tiene poco que ver con la común (sin ir más lejos, incluye las llaves auténticas sustraídas al propietario). Lo subraya la STS, 2ª, 427/1999 de 16.03.1999 (FD 2): “Ya desde hace más de una década este Tribunal ha señalado, que el concepto de llave no es rigurosamente semántico o literal, sino funcional”.

<sup>24</sup> El efecto expansivo de las cláusulas penales de analogía se percibe bien por contraste: la STS, 2ª, 564/2007 de 25.05.2007 interpretó que la agravante de la estafa que recogía el art. 250.1. 3º CP (por realizarla “mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco”) no se extendía a la tarjeta de crédito, porque el artículo no la menciona. Por lo demás, el TS revisó posteriormente su inclusión de la tarjeta entre las llaves falsas y asumió que “debe negarse la consideración como llaves de las tarjetas cuando se precisa la introducción de una clave digital”, porque entonces la apertura se debe a la clave y no a la tarjeta (STS, 2ª, 369/2007 de 09.05.2007, FD 6).

La ausencia de cláusulas de analogía o con similar efecto en los listados de las leyes, cuando rige para ellas un canon de interpretación estricta, lleva a interpretarlos como exhaustivos y a ver cualquier ampliación del listado como una interpretación extensiva o una analogía prohibidas. Así ocurrió significativamente al interpretar el delito de genocidio, que el artículo 137 bis CP de 1973 vinculaba con la destrucción de “un grupo nacional étnico, social o religioso” (cf. actual art. 607.1 CP: “grupo nacional, étnico, racial o religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes”). Cuando se juzgó la desaparición de españoles en Argentina desde 1976, hubo que resolver si ese artículo incluía a los grupos políticos. La STS, 2ª, 798/2007 de 01.12.2007 decidió en sentido negativo (FD 10): “es el texto literal del precepto el que impide que el grupo protegido se identifique sin tener en cuenta uno de los aspectos típicos. La ausencia de una cláusula de cierre o una expresión similar resulta fuertemente indicativa de que no se enumeran a título simplemente ejemplificativo”.

“sin posibilidad de interpretaciones extensivas ‘contra reo’”. Según el Tribunal, la redacción del Reglamento no cumple los requisitos constitucionales para admitir normas penales en blanco, y por eso decide no incluir al machete, prohibido por el Reglamento, entre las “armas prohibidas” a efectos del artículo 563 CP. En otras ocasiones el TS entendió que el concepto penal de “arma prohibida” no depende del administrativo, y llegó a hacer juicios semánticos sobre el término “arma”. Así, la STS, 2ª, 1124/2011, de 27.10.2011 (FD 3), estimó que un cuchillo de cocina no es un arma, por no ser un instrumento de ataque o defensa.

La casuística de la interpretación extensiva es potencialmente ilimitada si se entiende como cualquier atribución a la ley de un ámbito de aplicación anormalmente inclusivo. Hay muchas maneras de producir este efecto, tales como dar a los hechos una calificación normativa extraña o dar a un concepto jurídico indeterminado una interpretación laxa.

[E#07] Considérese el artículo 14 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual: “Los Estados miembros garantizarán que las costas procesales, siempre que sean razonables y proporcionadas, y demás gastos en que haya podido incurrir la parte vencedora corran, como regla general, a cargo de la parte perdedora, salvo que sea contrario a la equidad”. ¿A qué “demás gastos” se refiere? La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de julio de 2016, asunto C-57/15, *United Video Properties*, EU:C:2016:611 (§ 36), descartó “una interpretación extensiva del artículo” y lo circunscribió a los “gastos que estén directa y estrechamente vinculados al procedimiento judicial de que se trate”. Aquí el problema no era el significado lingüístico de “demás gastos” (que consiste en todos los que no sean costas procesales), sino cuáles de ellos *debe* costear la parte perdedora.

### 2.1.3. *Expansión del ordenamiento por analogía*

En ocasiones se nombra como “interpretación extensiva” de un precepto lo que en realidad es su aplicación analógica a casos que no regula. En rigor, una ley solo puede *extenderse* mediante interpretación a casos relacionados semánticamente con los que describe, entendida esta descripción con la amplitud que sea. Por tanto, cuando la ley se aplica a casos que no cabe identificar con los que regula expresamente (incluyendo los casos amparados por cláusulas de analogía o similares), pero que son asimilables a ellos por sus semejanzas relevantes, se está empleando la analogía aunque se presente como interpretación extensiva.

[E#08] Por ejemplo, la STS, 2ª, 1696/2002, de 14.10.2002, dice así (FD 7): “Los preceptos que regulan la responsabilidad civil, aunque incrustados en el Código Penal,

no pierden su naturaleza estrictamente civil, de manera que respecto de ellos no está prohibida una interpretación extensiva (STS núm. 1480/2000, de 22 de septiembre)”; y por eso “puede afirmarse que las previsiones del artículo 120 no son solamente aplicables a los supuestos expresamente previstos en ellas, sino también a otros análogos en los que se aprecie la misma razón para establecer la obligación de responder civilmente”. La STS abordaba la condena a responder civilmente por daños causados con una escopeta propiedad del recurrente por un hijo suyo mayor de edad. El recurrente sostenía, con el apoyo del Fiscal, que el artículo 120 CP no dice nada sobre la responsabilidad civil por tenencia de armas. Pero el Tribunal Supremo consideró que dicho artículo era de aplicación al caso; y toma como asidero su última cláusula, según la cual responden civilmente: “5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas”. El razonamiento (FD 7) merece ser citado: “En principio podría sostenerse que [el artículo 120 CP] debe interpretarse en el sentido de excluir cualquier supuesto que no se refiera a los propietarios o titulares de vehículos. Pero tal interpretación conduce al absurdo si se valora la finalidad y el espíritu de la norma, pues carece de sentido establecer la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos basándose en que su utilización puede crear riesgos para terceros y negarla para quienes lo son de otros instrumentos u objetos en cuya utilización se pueden crear riesgos incluso superiores. Una interpretación extensiva que atienda al sentido, finalidad y espíritu de la norma no solo conduce a la responsabilidad civil de los titulares de los objetos por los daños causados cuando se trate de la utilización de vehículos, sino también de los daños causados como consecuencia del uso de cualesquiera objetos cuya utilización cree riesgos apreciables para terceros”. Es decir, según el TS una interpretación del artículo 120 CP basada en las implicaciones *a contrario* de su texto “conduce al absurdo” de excluir de su prescripción supuestos no mencionados que por razones materiales deben incluirse, con lo cual procede la “interpretación extensiva” que los incluye. El argumento es osado, pero en cualquier caso creo que no puede verse aquí una interpretación extensiva del artículo 120 CP, pues una escopeta no encaja en ninguna interpretación extensa de “vehículos” ni de ningún otro concepto del artículo, sino que hay una aplicación analógica de este a supuestos que crean riesgos *como* los vehículos.

Insisto en que no hay inconveniente serio en decir que se interpreta extensivamente un precepto cuando se aplica por analogía a casos que no regula explícitamente, por cuanto precisamente se extiende el ámbito de eficacia del precepto más allá de lo que prevé. Pero por claridad conceptual conviene distinguir entre delimitar el conjunto de casos al que se refiere el precepto, ampliando si cabe su extensión aparente, y añadir elementos nuevos ajenos a esa referencia. En esta segunda operación no hay propiamente interpreta-

ción de la norma, aunque en un sentido general pueda haber interpretación del ordenamiento jurídico.

[E#09] La imprecisión terminológica se percibe de nuevo en el siguiente ejemplo. Dice la STS, 2ª, 1066/1996 de 23.12.1996 (FD 4): “Los artículos 745, 746 y 801 de la LECrim que determinan los supuestos en que el Tribunal ‘podrá’ suspender el juicio oral no incluyen como causa de suspensión la solicitud de cambio de Letrado, bien al comienzo bien durante las sesiones del juicio. Una interpretación conforme a la Constitución de los referidos preceptos permite, sin embargo, acoger dicha causa de suspensión cuando el Tribunal aprecie que, de algún modo, la denegación de la suspensión para cambiar de Letrado en tan tardío e inoportuno [momento] procesal, pudiera originar indefensión o perjudicar materialmente el derecho de defensa del procesado”. Lo reitera la STS, 2ª, 475/2000 de 23.03.2000. Esto es, el Tribunal Supremo entendió que el cambio de letrado es uno de los casos en que procede suspender el juicio oral, pese a que la ley no lo incluye. Pues bien, la STS, 2ª, 757/2008 de 21.11.2008 dice así: “esta Sala (véanse STS de 23-diciembre-96 y 23-marzo-2000) en una interpretación extensiva ha permitido por razones constitucionales incluir también esta causa de suspensión”. ¿Hay aquí efectivamente una interpretación extensiva? Desde un punto de vista descriptivo, dado que el Tribunal Supremo denomina así lo que hizo, no cabe duda de que está incluido en el uso jurídico del calificativo. Sin embargo, desde un punto de vista conceptual (o doctrinal prescriptivo, si se quiere) es más discutible. Es verdad que el TS interpretó las leyes sobre suspensión del juicio oral para reconocer la razón que las anima, y que expandió el ordenamiento añadiendo una causa de suspensión que a su juicio comparte esa misma razón; y en este sentido hubo una interpretación que resultó extensiva. Pero la expansión del ordenamiento no se produjo por una interpretación de la LECrim que entendiéndose sus previsiones sobre la suspensión del juicio oral de manera inclusiva del cambio de abogado, porque la previsión legal excluía *a contrario* este supuesto. La expansión se produjo, más bien, por la aplicación de una norma obtenida *ex novo*, al amparo del mandato de analogía del artículo 4.1 CC, para hacer valer el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado garantizado por el artículo 24.2 CE. Es decir, en rigor no hubo una interpretación extensiva de las causas legales de suspensión del juicio oral, sino creación jurisprudencial de una nueva causa análoga a aquéllas y justificada por razones constitucionales. Hubo analogía y/o aplicación directa de principios constitucionales y no interpretación extensiva de la ley.

En casos así es fácil percibir que no hay extensión semántica sino aplicación de la analogía, porque el elemento incorporado es claramente novedoso y carece de descripción alguna en la norma<sup>25</sup>. Pero otras veces la analogía se oculta tras un aparente anclaje semántico.

---

<sup>25</sup> Ocurre lo mismo con la ampliación de los supuestos de revisión de las sentencias firmes previstos por el artículo 954 LECrim antes de ser modificado. Citando sentencias anterio-

[E#10] Un ejemplo es la doctrina jurisprudencial sobre el esquirolaje, en relación con el artículo 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo: “En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma [...]”. En sucesivas sentencias, el TS y el TC se han apoyado en el artículo 28.2 CE para ampliar el alcance de esa prohibición mucho más allá de lo que admite su mera lectura. Así, según la STS, 4ª, de 20.04.2015 (FD 5) la empresa vulneró el derecho de huelga de los trabajadores de una planta embotelladora, “a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados”, al cubrir el suministro de sus productos con los elaborados en plantas diferentes de otras localidades. Cuatro magistrados discreparon en un voto particular: “Como esta interpretación extensiva no era imaginable hasta ahora, no cabe sancionar a la recurrente”. Pero la *extensión* efectuada por el TS no consistió en dar un significado más amplio a “sustituir a los huelguistas por trabajadores...”, sino en asimilarle la sustitución de los productos fabricados por los huelguistas.

## 2.2. Ampliación de la consecuencia jurídica

Una percepción común en la doctrina es que la interpretación extensiva amplía el ámbito de aplicación del precepto; pero la extensión puede producirse también en su prescripción o consecuencia jurídica<sup>26</sup>. Aunque esto último es menos frecuente, no hay que pasarlo por alto.

---

res, dijo la STS, 2ª, 1237/2006 de 11.12.2006 (FD 2): “aunque la duplicidad de condenas penales o fallos por unos hechos a una misma persona por el mismo o distintos órganos judiciales, no se halla prevista expresamente en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concretamente en el apartado 1º de dicho precepto, debe estimarse la posibilidad de revisar tales sentencias, mediante una interpretación amplia y extensiva del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se trata además de evitar situaciones que pugnan con el más elemental sentido de justicia, o bien aplicando el principio *non bis in idem* que puede apreciarse de oficio, y la doctrina sobre cosa juzgada material”. En efecto, es de justicia que puedan revisarse las sentencias cuando sobre el mismo hecho encausado hayan recaído dos sentencias firmes (como dispone ahora el artículo), pero este supuesto no se incluyó interpretando extensivamente la LE Crim, sino aplicando directamente los artículos 24 y 25 CE.

<sup>26</sup> Nótese que es diferente “extender una consecuencia jurídica a un caso no previsto” (recuérdese la cita de Velluzzi en la nota 17), donde una misma consecuencia jurídica se aplica al caso original y al nuevo, y lo que se amplía es el supuesto de hecho cubierto por esa consecuencia; y extender la consecuencia jurídica misma, donde es esta el objeto de la ampliación. Ambas vías extienden la prescripción de la norma, pero son distintas. Por ejemplo, si *los ascendientes y descendientes están obligados recíprocamente a darse alimentos* (artículo 143 CC), cabe interpretar extensivamente tanto el alcance de la norma (los “ascendientes” y “descendientes” a quienes se aplica), como la obligación a la que se les somete (los “alimentos” que se deben mutuamente). Aunque la distinción me parece oportuna, no alcanzo a ver que resuelva ningún problema práctico y por eso simplemente la apunto.

[E#11] El artículo 152 CP añade “pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo” en caso de lesiones cometidas por imprudencia profesional. ¿Puede la condena inhabilitar para cualquier ejercicio de la profesión, oficio o cargo? La STS, 2ª, 1606/2005 de 27.12.2005 apuntó su respuesta al resolver un recurso contra una sentencia que inhabilitó a la condenada solo para el ejercicio de análisis genéticos (se objetaba que el Código Penal no preveía esa inhabilitación específica). El TS lo aprobó, porque “en las inhabilitaciones y suspensiones de derechos se deben evitar interpretaciones extensivas y gravosas para el acusado” (FD 2). Esto es, el TS sugiere que sería censurable por extensiva una interpretación del artículo que impida cualquier ejercicio de la profesión, lo cual su dicción permite.

### 3. EL SIGNIFICADO BÁSICO

Aunque como acabamos de ver hay otros usos del calificativo “interpretación extensiva”, la extensión semántica es seguramente su acepción más generalizada entre los juristas y la que merece más atención. La interpretación extensiva de un precepto legal consiste, *genuinamente*, en atribuir a alguno de sus términos o expresiones un significado con mayor extensión (capaz de referir más elementos) que el que tiene por defecto; lo cual amplía el ámbito de eficacia o la prescripción del precepto. Pero, ¿cuál es ese significado básico o *por defecto* de un término o expresión legal? No hay modo de precisarlo pacíficamente, y de ahí que sea imposible también fijar la propia noción de “interpretación extensiva”. Como vimos, la idea más generalizada es que la interpretación extensiva de los términos legales amplía su “significado literal”, con lo cual se alude a una noción intuitiva, escasamente perfilada, de cómo esos términos son comprendidos normalmente por los hablantes capaces de entenderlos. Pero la noción de *significado literal* es muy problemática y los intentos de clarificarla han constatado la pluralidad de acepciones con que se usa<sup>27</sup>. Por lo pronto, ya hemos dicho que para algunos juristas el significado literal de la ley es el más común y para otros es cualquier posible acep-

---

<sup>27</sup> Hay mucha bibliografía sobre el tema y es imposible resumirla aquí. Sobre el significado literal jurídico puede verse: V. ITURRALDE, *Interpretación literal y significado convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2014. Como también explica F. POGGI, “Significado literal: una noción problemática”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 617-634, de los varios sentidos que tiene la expresión “significado literal” entre los juristas, el más plausible es el de significado determinado por “las reglas semánticas y sintácticas del idioma”; que en el caso de las “enunciaciones” jurídicas particulares ha de ser complementado con la información contextual relevante que permita precisarlo.

ción compatible con las convenciones lingüísticas. Además, el significado común o *normal* puede ser distinto entre los legos y entre los juristas expertos, sobre todo si se trata de términos técnicos, definidos legalmente o empleados de modo peculiar por la jurisprudencia. De ahí que el significado jurídico que la ley recibe al interpretarla pueda mantener, restringir o extender su significado lingüístico básico o estándar, entendido ya sea como el normal entre los juristas expertos, como el (que sería) normal entre los legos, o como cualquier otro que pudiera admitir un hablante competente. Llamemos por un momento 'S<sub>LO</sub>' al significado literal ordinario (no técnico) más común, 'S<sub>LC</sub>' al significado convencional o *significado literal posible*<sup>28</sup> y 'S<sub>J</sub>' al significado jurídico (técnico) admitido. Dependiendo de cuál de ellos tomemos como significado básico o por defecto de la interpretación, esta puede ser "extensiva" de distinto modo o grado. Así, una extensión mínima ('E-') es interna del S<sub>LO</sub> y toma de este una acepción lata; una extensión típica ('E') amplía el S<sub>LO</sub> sin sobrepasar el S<sub>LC</sub>; y una extensión máxima ('E+') amplía el S<sub>LC</sub> forzando las convenciones y aproximándose a la analogía. En todos los casos, la pretensión es identificar el S<sub>J</sub> (que no coincide necesariamente con S<sub>LO</sub> ni S<sub>LC</sub>); pero dicha pretensión puede ser fallida y resultar en una extensión ilícita ('\*E') del propio S<sub>J</sub>.

### 3.1. El significado ordinario

Es obvio que cada comentarista califica un significado de básico o extensivo según como lo percibe y sin apenas criterios objetivos para hacerlo. Un criterio *objetivo* al que suele acudir son los diccionarios autorizados, pero como las definiciones lexicográficas son ellas mismas interpretables, el juicio del comentarista es casi siempre decisivo. Una dificultad es cómo calificar las acepciones latas: quien las distinga de las extensivas las integrará en el

---

<sup>28</sup> La noción de "significado literal posible" difundida por Larez (ver notas 3 y 4) alude al margen de significación que permiten las reglas lingüísticas convencionales, que puede ser muy amplio pero que no llega a admitirlo todo. Hoy se insiste en que el "significado convencional" depende de la aplicación particularizada de reglas semánticas y sintácticas en el contexto de la emisión lingüística (ver nota anterior); y también de reglas pragmáticas comúnmente seguidas. Por ejemplo, aunque "órgano" es una palabra polisémica y puede significar un instrumento musical, este no suele ser un "significado posible" en los textos legales, pues la información contextual impide la ambigüedad. De la distinción entre polisemia y ambigüedad y de las causas de indeterminación semántica de la ley me ocupó en: J. RODRÍGUEZ-TOUBES, "La imprecisión del lenguaje legislativo, expuesta en el artículo 18 LRJSP", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, pp. 169-194.

significado básico, y en cambio serán “extensivas” para quien tome como significado básico uno estricto o rígido. De esta manera, las acepciones latas pueden asociarse tanto al significado *literal* o *común* como a la interpretación extensiva, como vimos.

[E#12] Considérese el delito de allanamiento de morada (artículo 202 CP) y la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE). ¿Cuál es el significado básico de “morada” o de “domicilio” y cuál podría ser un significado extensivo? ¿Incluir una autocaravana es hacer una interpretación extensiva de esos términos o solo tomarlos en una acepción amplia o lata? Como la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental, hay motivos para entender “domicilio” de modo inclusivo y garantista, sin ceñirse rígidamente al sentido más habitual entre los hablantes. Entonces, como los tipos penales no admiten interpretación extensiva, hay un fuerte incentivo para tomar como significado básico (no extendido) de “morada” uno que cubra todo lo que merece protección penal. De esta manera, una vez que la STC 22/1984 de 17 de febrero asoció el concepto constitucional de “domicilio” a cualquier ámbito en el que se desarrolle la vida privada, este es el criterio seguido al interpretar el artículo 202 CP. Así, dice la STS, 2ª, 181/1997 de 15.02.1997 (FD 1): “la doctrina de este Tribunal Supremo ha concebido el domicilio de manera muy amplia, llegándose a definir, con carácter general, como ‘cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aun ocupada temporal o accidentalmente’. Por otra parte, y como ha sido puesto de relieve por la doctrina, la casuística en esta materia es innumerable, [...] por domicilio puede entenderse desde la vivienda habitual o esporádica (lo que se ha dado en llamar segunda vivienda), pasando por una habitación con puerta independiente y sólo dotada de un televisor y una caja para sentarse, o una simple chabola habitada, hasta llegar a una tienda de campaña, una ‘roulotte’, o una habitación de hotel”. Apreciar si esto es o no *extensivo* es muy subjetivo<sup>29</sup>.

Así, pues, calificar de “extensiva” la interpretación de una expresión legal requiere alguna intuición sobre su significado básico, la cual será subjetiva y conflictiva. Naturalmente, no todo es subjetividad y conflicto en la comprensión semántica, porque el lenguaje está basado en convenciones que limitan las interpretaciones válidas. Si quieren comunicarse, los hablantes no pueden dar a las palabras un significado personal exclusivo, y sería caprichoso llamar *extensiva* a una interpretación ajustada al significado convencional estándar. Pero ni todos los hablantes de un idioma comparten exactamente

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, hay aquí una interpretación extensiva que no lesiona el principio de legalidad penal a juicio de E. RAMÓN, “Interpretación extensiva...” cit. (n. 2), p. 144 (“En el lenguaje común difícilmente se atribuirá la condición de morada a una habitación de hotel en la que se pasa una o pocas noches o a una tienda de campaña, pero no puede afirmarse que sobrepase el tenor literal que acepta el concepto morada”).

las mismas convenciones de uso, ni estas son inmunes al contexto del habla. De ahí la dificultad de aplicar convincentemente el adjetivo “extensiva”.

[E#13] La Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Medio Ambiente Atmosférico multa la contaminación atmosférica, definida en su artículo 1.2 como “la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza”. ¿Está incluido aquí el ruido? Así lo entendió el Ayuntamiento de Gijón y confirmó la STC 16/2004 de 23 de febrero: “Cualquiera que fuese la voluntad del Legislador de 1972 [...], el ruido puede encajar [...] en el término ‘formas’ en general –se habla en el lenguaje común de ‘contaminación acústica’– o en el de ‘formas de energía’. El ruido en cuanto provoca determinadas ondas que se expanden en el aire, puede incluirse en esta expresión, ‘formas de energía’, y tal posición es asumida por la Ordenanza municipal. Se trata de una concreción de un supuesto de contaminación no previsto expresamente en la Ley, pero en el que el carácter genérico de algunos de sus términos permite incluir este supuesto, sin considerar que se ha producido una mutación sustancial del concepto básico”. Pero lo que la mayoría del TC vio dentro del “concepto básico” estaba fuera según algunos magistrados, que en un voto particular objetaron la “interpretación extensiva, propia del razonamiento analógico *in malam partem* constitucionalmente vedado a la exégesis y aplicación de las normas sancionadoras”.

Qué es y cuál es el significado de las palabras y de las estructuras lingüísticas que forman ha interesado desde antiguo, y es un asunto muy teorizado y debatido. Sin pretensión de hacer ningún avance o siquiera un resumen, puede ser útil aquí un breve apunte sobre cómo puede un jurista afrontar metodológicamente el problema del significado<sup>30</sup>. El enfoque más intuitivo y que tomaremos como punto de partida, acogido por reputados filósofos, es que el significado de las palabras es lo que designan, su *extensión* (o *referencia* o *denotación*, en terminologías no del todo equivalentes pero asimilables), complementado por cierta información que aportan, llamada *intensión* (o *sentido* o *connotación*), que diferencia palabras con la misma extensión. Así, el significado de “domicilio” es el conjunto de los domicilios existentes; y el significado de “avaro” y “tacaño” es el conjunto de las personas avaras/tacaños, más el matiz diferencial que se perciba entre una palabra y otra (menor cuanto más se acerquen a la sinonimia). Pero un enfoque más psicológico su-

<sup>30</sup> Sobre el significado han escrito mucho tanto lingüistas como filósofos, y la bibliografía es amplísima. Aquí me he valido del resumen de una lingüista: E. JEŽEK, *The Lexicon. An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 62-75. Un panorama filosófico más completo lo presenta: A. GARCÍA SUÁREZ, *Modos de significar. Una introducción temática a la filosofía del lenguaje*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2011 (1ª ed. 1997).

giere que los signos lingüísticos (las palabras) se relacionan con su referencia indirectamente, mediadas por una representación mental o *concepto*, y que es esto lo que debe considerarse el significado<sup>31</sup>. Otras explicaciones destacan la relación estructural entre unas palabras y otras, de manera que su respectivo significado es el valor diferencial que aportan respecto a otras próximas; o incluso la distribución (ocasiones y frecuencia) de su concurrencia en el mismo contexto. Pues bien, la psicología experimental sobre la formación de conceptos arroja luz sobre la naturaleza de los conceptos lingüísticos y, por tanto (en el enfoque cognitivo), sobre el significado de las palabras. Algunas investigaciones de gran impacto sugieren que no formamos las categorías conceptuales con criterios de pertenencia basados en condiciones necesarias y suficientes, como tradicionalmente se creía (a este modelo se le llama *aristotélico*), sino más bien en torno a ejemplares prototípicos<sup>32</sup>. Esto confirmaría que los conceptos y las palabras que los simbolizan son irreductiblemente vagos, porque no determinamos su extensión con criterios más o menos precisos, sino que nos limitamos a comparar los candidatos con los elementos que creemos más representativos de la categoría<sup>33</sup>. Siendo así, el significado

---

<sup>31</sup> La relación triangular entre pensamiento, símbolo y referente se teoriza en: C. K. OGDEN e I. A. RICHARDS, *The Meaning of Meaning*, 8ª ed., Routledge & Kegan Paul, Londres, 1946 (1ª ed. 1923), pp. 11 ss. [Hay trad. esp. de E. Prieto: *El significado del significado*, Paidós, Buenos Aires, 1954]. En su esquema, el *símbolo* simboliza el pensamiento o la *referencia*, que a su vez refiere al *referente*; y el *símbolo* representa [*stands for*] el *referente*, pero la relación entre ambos es indirecta (la base del ‘triángulo del significado’ es una línea de puntos). La semántica conceptual reciente la expone y defiende: R. JACKENDOFF, *A User’s Guide to Thought and Meaning*, Oxford University Press, Oxford, 2012 [“En la perspectiva cognitiva, el significado de una palabra u oración es algo en la cabeza de un usuario del lenguaje –un hablante u oyente– que [...] está oculto a la consciencia” (pp. 49-50)].

<sup>32</sup> E. ROSCH, “Principles of Categorization”, en E. ROSCH y B.B. LLOYD (eds.), *Cognition and categorization*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1978, pp. 27-48 [“Por prototipos de categorías hemos querido decir generalmente los casos más claros de pertenencia a la categoría definidos operativamente por los juicios de la gente [sobre quiénes pertenecen propiamente a la categoría]” (p. 36)]. Por ejemplo, en la categoría de las aves no es lo mismo un gorrión (prototipo) que un pingüino, aunque ambos cumplen las condiciones de pertenencia.

<sup>33</sup> Por supuesto, todo esto es discutible. Según reputadas teorías, el significado de las palabras que designan clases naturales (como “oro” o “agua”) es rígido y determinado por condiciones necesarias y suficientes de pertenencia. Aunque normalmente manejamos y describimos estas clases mediante “estereotipos” basados en sus rasgos más típicos, están definidas por criterios científicos que no dependen de convenciones ni de percepciones psicológicas. [H. PUTNAM, “The Meaning of ‘Meaning’”, en K. GUNDERSON (ed.), *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. 7, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1975, pp. 131-193. Hay trad. esp. de J.J. Acero: “El significado de ‘significado’”, *Teorema*, núm. 14:3-4, 1984,

de una palabra asociada a una categoría prototípica no es un concepto delimitado susceptible de “extenderse” o “restringirse”, sino que es intrínsecamente impreciso. Hablar en estas circunstancias de “interpretación extensiva” no tiene más fundamento que decir que se aceptan como miembros de la categoría elementos que tienen relaciones tenues con sus prototipos<sup>34</sup>.

[E#14] La Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre) prohíbe circular por las vías reguladas al “conductor de cualquier vehículo con presencia de drogas en el organismo, de las que se excluyen aquellas sustancias que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica [...]” (artículo 14.1); y califica de infracción muy grave conducir “con presencia en el organismo de drogas” (artículo 77). ¿Qué significa “drogas” en esta ley? Desde un punto de vista lingüístico, el término puede entenderse o bien en sentido ordinario y más o menos coloquial, o bien en sentido técnico farmacológico, según algún catálogo autorizado. ¿Es una droga la nicotina? La duda repercute al interpretar los artículos citados, y por tanto en su tipicidad. Pero cuando se planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre esto respecto de una versión anterior de la ley, dijo el Tribunal Constitucional por Auto 174/2017 de 19 de diciembre (FD 4): “Una interpretación teleológica de la norma determina que solo puede entenderse como droga aquella sustancia que produce efectos estimulantes, deprimentes, narcóticos o alucinógenos con entidad suficiente para alterar las capacidades psicofísicas de quien la consume, pues lo que la norma pretende al tipificar como infracción administrativa conducir con presencia en el organismo de drogas es evitar que se conduzca si se han tomado sustancias que pueden alterar las condiciones psicofísicas para conducir, dado el riesgo que conducir en tales condiciones puede entrañar para la seguridad del tráfico”. Según esto, el significado básico de “drogas” en la ley, que no cabe extender, no es el farmacológico ni el coloquial, sino uno técnico jurídico teleológico. Desde el punto de vista de la semántica de prototipos, cabría decir que “drogas” en esa ley son solo los prototipos de la categoría.

### 3.2. El significado jurídico

Quien interpreta la ley le atribuye un significado específicamente jurídico guiándose por los usos lingüísticos que comparte con otros hablantes,

---

pp. 345-406]. Con todo, la teoría de los prototipos solo se vería afectada por este argumento en lo que respecta a las clases naturales [D. GEERAERTS, “Prospects and Problems of Prototype Theory”, *Diacronia*, núm. 4, 2016, pp. 1-16 (orig. 1989)].

<sup>34</sup> Recuérdese el ejemplo del “ganado”: si su prototipo son las vacas, sería interpretación extensiva la que incluye otros animales *equivalentes* a las vacas en solo algunos de los rasgos que (más) diferencian esa categoría de otras.

pero no determinado por ellos. Es decir, el *significado jurídico* de la ley –sea la pretensión de *un* significado jurídico o *el* significado jurídico autorizado, si lo hubiera– guarda relación con el significado literal ordinario o posible, pero no se corresponde necesariamente con ninguno de ellos. En principio, la regla es que hay interpretación extensiva de la ley cuando se le asigna un significado jurídico más inclusivo que el que aportan las convenciones lingüísticas, y solo entonces; pero esta regla tiene excepciones.

3.2.1. *La regla: el significado jurídico es extensivo si y solo si rebasa el significado literal*

En hipótesis hay interpretación extensiva de la ley si y solo si se le atribuye mayor ámbito de aplicación o prescripción que el que le darían normalmente, o podrían aceptar, quienes la interpreten entendiendo su idioma y sin conocimientos técnicos especiales.

[E#15] El artículo 147.1 CP castiga a quien cause una lesión siempre que requiera objetivamente “además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”. ¿Un tratamiento por estrés en un gabinete psicológico es un “tratamiento médico”? Según la SAP Vizcaya (Sec. 1ª) 81/2002 de 10.06.2002 sí lo es, porque de otra manera “únicamente en los supuestos de internamientos psiquiátricos podríamos plantearnos el considerar las lesiones psíquicas como constitutivas de delito, puesto que la mayoría de supuestos reciben tratamiento no por psiquiatras, sino por psicólogos”. En cambio, según la STS, 2ª, 1436/2004 de 13.12.2004 (FD 2) la asistencia psicológica “no implica, más allá de toda duda razonable, un tratamiento médico posterior al inicial u otro sanitario a él equiparable; salvo que, con inadmisibles interpretaciones extensivas, contraria al principio de legalidad [...], fuera equiparado al tratamiento médico todo lo que llevara a cabo cualquier clase de psicólogo”. Para el TS, incluir la asistencia psicológica en el significado jurídico de “tratamiento médico” en el artículo 147.1 CP es extender ilícitamente el significado de la expresión en el lenguaje ordinario, aquí determinante.

Inversamente, en principio no se considera interpretación extensiva dar a la ley un significado jurídico más inclusivo que el que se desprende de una lectura técnica, mientras se respeten los usos lingüísticos habituales que proporcionan el significado convencional no técnico.

[E#16] El artículo 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, exime del tributo normal a “las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados...”. Algunos servicios tributarios entendieron que la exención no se aplicaba a las modificaciones de *créditos* hipo-

tecarios, ya que el artículo 14 LGT impide aplicar la analogía en los beneficios fiscales, y el asunto llegó a los tribunales. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Cont.-Adm.) en su Sentencia de 21.01.2013, citando otra del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25.06.2012, consideró que, si bien préstamos y créditos son conceptos jurídicos distintos, a efectos de esa ley “en la mens legis se contemplan, como análogos, ambos contratos de forma indistinta”; y que equipararlos “no significa aplicación analógica del beneficio fiscal [...] sino mera interpretación de la norma”; e incluso –con palabras del TS– “una interpretación estricta del precepto, y no extensiva, ni mucho menos analógica”. Como se ve, según estos tribunales llamar a los créditos “préstamos” no extiende el significado de esta palabra (porque así se usa comúnmente, también por el legislador), aunque jurídicamente préstamos y créditos son negocios diferentes.

Las hipótesis apuntadas se corroboran a veces incluso respecto del derecho sancionador, donde rige una pauta interpretativa que aconseja la lectura estricta, o restrictiva, de los términos que describen las infracciones y sus sanciones. Pese a este canon, interpretaciones punitivas que podrían evitarse con una lectura estricta se aceptan por ser consistentes formalmente con la literalidad del texto legal. Se asume la prohibición de interpretar extensivamente las sanciones, pero se entiende (a veces) que no hay interpretación extensiva si se aprovecha la literalidad.

[E#17] Un ejemplo es la interpretación del artículo 201 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), cuando sanciona “la expedición de facturas o documentos sustitutivos con datos falsos o falseados”. Este artículo se aplicó en un caso de expedición de facturas del todo falsas en que había prescrito el presunto delito de falsedad en documento mercantil, lo cual se recurrió en amparo por considerarse una interpretación extensiva. La tesis era que una factura sin sustento real no es una factura “con datos falsos”. La STC 150/2015 de 6 de julio desestimó el recurso y sostuvo (FJ 3) “que no puede calificarse de irrazonable la subsunción de la conducta realizada (simulación de una actividad económica mediante la emisión de unas facturas que se califican como falsas) en el tipo infractor del art. 201.1 LGT”; y que ello “no sólo respeta el tenor literal del enunciado normativo, sino también, desde el punto de vista metodológico, resulta conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”. Citando la STC 146/2015, añadió (FJ 4) que subsumir en “expedir facturas falsas” “la expedición de facturas con datos falsos o falseados, no puede considerarse que violente los términos del precepto aplicado, ni desde la perspectiva literal, ni desde el punto metodológico, ni, en fin, desde el prisma axiológico, pues [...] una factura falsa, por no responder a realidad alguna, no es sino una factura con todos sus datos falsos”. Vemos que aquí se acepta una interpretación del precepto sancionador que no extiende su literalidad, pero que la acoge en toda su amplitud.

He aquí otro ejemplo, en este caso de sanción penal.

[E#18] El artículo 390.1.3<sup>a</sup> CP castiga a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad “simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad”. ¿Qué exige la “autenticidad”? Si el alcalde y el secretario del Ayuntamiento firman un mandamiento de pago con datos falsos, ¿el documento es auténtico, porque lo han firmado efectivamente, o es falso? La STS, 2<sup>a</sup>, 1954/2002 de 29.01.2003 decidió lo segundo, frente a la sentencia recurrida y “el restrictivo concepto de autenticidad en sentido estrictamente subjetivo defendido ampliamente por la doctrina, y que identifica el documento auténtico exclusivamente con el documento genuino” (FD 3). La STS argumenta (FD 10) que “no debe confundirse el documento ‘genuino’ con el documento ‘auténtico’, pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como ‘auténtico’ por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material”. Dice (FD 11) que “la doctrina mayoritaria de esta Sala acoge un criterio lato de autenticidad, [...] por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma”. Y explica que “en la opción entre una interpretación reductora, basada en otorgar a un término legal un significado que no se corresponde con el lenguaje usual, [...] y otra interpretación más lata, que es la conforme a la interpretación usual de los términos empleados por el Legislador, y que además es la que le otorga sentido y efectividad al precepto, hemos de inclinarnos por esta última”. Además (FD 12), el Tribunal Constitucional “admite expresamente la constitucionalidad de esta interpretación lata del concepto de autenticidad”<sup>35</sup>. Tenemos aquí, pues, una interpretación que se presenta como “lata” respecto del significado jurídico técnico defendido por la doctrina, pero cuya licitud se defiende por ser conforme con los usos idiomáticos y por tanto no extensiva.

---

<sup>35</sup> En efecto, las SSTC 125/2001, 126/2001 y 127/2001, todas ellas de 4 de junio, acogieron una acepción lata de *autenticidad* en la penalidad de las llamadas *falsedades ideológicas*, que se dan cuando un particular declara datos falsos en facturas u otros documentos totalmente ficticios. El TC aceptó que tales documentos no son “auténticos” y esas conductas son delito, porque “también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse (y se ha dicho muchas veces en la praxis penal [...]) que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad”. Y como esta interpretación no es “desde la perspectiva del seguimiento del tenor literal del precepto, imprevisible”, no hay “aplicación analógica o extensiva *in malam partem*”. Este criterio se reitera en numerosas sentencias, como SSTC, 2<sup>a</sup>, 495/2011 de 1 de junio (FD 2), 309/2012 de 12 de abril y 476/2016 de 2 de junio.

### 3.2.2. *Contraejemplos: un significado jurídico respetuoso de la literalidad puede ser extensivo*

La regla expuesta en el apartado anterior tiene excepciones. En ocasiones parece que se toma como referencia semántica o significado básico precisamente el significado jurídico, de manera que la interpretación que asigna a la ley uno más amplio es calificada de “extensiva”, aunque no llegue a rebasar el significado convencional o ni siquiera el ordinario. El resultado es chocante, porque se presenta como “interpretación extensiva” de la ley una lectura que a un lego le parecerá normal o asumible. Hemos visto ya algún ejemplo [E#03]; veamos ahora otro.

[E#19] El artículo 321 CP de 1973 castigaba ejercer “actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial”. En un caso de condena a un agente de la propiedad inmobiliaria, cuyo título habilitante es administrativo y no académico, la STC 111/1993 de 25 de marzo sostuvo (FD 7) que “dicha subsunción no obedece a los resultados de una cierta interpretación, no por discutible menos posible, del tenor literal de la mencionada disposición, sino que constituye un verdadero supuesto de extensión *in malam partem* del alcance del tipo en cuestión a supuestos que no pueden considerarse incluidos en él, que vulnera frontalmente el principio de legalidad penal (ATC 324/1984)”. Según el TC, el artículo 321 CP se refería solo a un título universitario. Este mismo criterio lo aplicó la STC 142/1999 de 22 de julio, respecto a un gestor administrativo; pero en este caso fue más allá y dijo (FJ 4): “Por un lado, el Título de Gestor Administrativo no es expedido por una autoridad académica sino por la Presidencia del Gobierno –actualmente por el Ministro de Administraciones Públicas–, según indica el art. 12 del Estatuto Orgánico del Cuerpo de Gestores Administrativos. Y, por otro lado, como declararon las SSTC 130/1997 y 219/1997, no se observa en el ejercicio genérico de esta profesión un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad se haga merecedor de tan alto grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones. Estas circunstancias determinan que los órganos judiciales se han situado en este supuesto fuera del sentido literal posible de los términos ‘título oficial’, que aparece en la figura delictiva del intrusismo, de conformidad con los valores constitucionales [...]”. Con independencia de otros argumentos aducidos (como la ausencia de prueba de actos efectivos de intrusismo), los que se acaban de citar son llamativos. Según el TC, un título expedido por un ministro según una ley está “fuera del sentido literal posible de los términos ‘título oficial’”. Lo que en la STC 111/1993 era una interpretación “posible” del “tenor literal” del artículo, la STC 142/1999 ya lo ve “fuera del sentido literal posible”. Sin afirmar que hubiese delito en los casos examinados, cabe observar que semánticamente “título oficial” sí incluye diplomas no universitarios expedidos por administraciones públicas (por ejemplo, por una Escuela Oficial de Idiomas).

En consecuencia, para los juristas interpretar extensivamente la ley no consiste siempre en atribuirle un significado extraordinario, sino que puede bastar que exceda el significado que supuestamente le corresponde por razones jurídicas<sup>36</sup>. Más sorprendente es que los casos en que atribuir un significado literal se considera “interpretación extensiva” no se limitan al derecho sancionador, donde puede ser el efecto reflejo de una interpretación restrictiva justificada. También se dan en la interpretación de derechos y libertades, donde el principio *favor libertatis* promueve la lectura incluyente, y acaso extensiva, de los preceptos que los formulan y protegen.

[E#20] Es el caso de la palabra “afectar” en el artículo 37.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional [LOTC], antes de su modificación en 2007. El artículo regula a quién se informa al suscitarse una cuestión de inconstitucionalidad para que pueda personarse; y añadía que “en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma”. El TC (Auto 132/1983 de 23 de febrero, FJ 1) entendió que esa regulación es taxativa, de manera que ni siquiera podían personarse las partes del proceso que suscitó la cuestión, porque no estaban incluidas en el artículo 37.2 LOTC (ahora sí, tras la reforma de 2007). Pero se le planteó si el gobierno de Cataluña podía personarse

---

<sup>36</sup> La etiqueta “interpretación extensiva” se percibe entonces como un reproche jurídico. La STS, 2ª, 389/2009 de 08.02.2009 resolvió un recurso del Ministerio Fiscal contra la absolución de una persona que había ayudado a otra a comprar cocaína a cambio de una porción, pese a que el artículo 368 CP castiga a quienes “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. Explica la STS (FD único): “El argumento de apoyo es que la acción descrita debe considerarse constitutiva de facilitación o favorecimiento de consumo de drogas (art. 368 Código Penal). Máxime, dice el recurrente, si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia prevalece ‘una interpretación extensiva’ de ese precepto”. El TS rechaza el estigma: “lo cierto es que, después de una nutrida práctica jurisdiccional, puede decirse suficientemente asentado en la jurisprudencia de esta sala un criterio favorable, no a la ‘interpretación extensiva’ que dice advertir el ministerio público, proscrita en materia de Ley Penal (STC 123/2001, de 4 de junio), sino a la lectura más adecuada a la protección del bien jurídico en su materialidad estricta”. La STS considera que el caso es análogo *in bonam partem* con otros de “entrega de pequeñas cantidades para uso personal e inmediato”, en los que tampoco hubo condena; y concuerda con la sentencia impugnada en que el artículo 368 CP “entendido extensivamente y con el grado de formalismo abstracto que postula el Fiscal” llevaría al absurdo de tener que inculpar también al comprador de la droga por dar una parte al acusado. Seguramente el TS acierta al interpretar restrictivamente el significado de “facilitar” el consumo de drogas en el artículo 368 CP; pero no puede decirse que la interpretación del Fiscal fue extensiva, porque la conducta del acusado facilitó sin duda dicho consumo. Es llamativo que el TS llame “extensiva” a una interpretación a la que acusa de “formalismo abstracto” por su excesiva literalidad.

en una cuestión relativa a una ley estatal cuya regulación incidía en asuntos legislados en Cataluña. El ATC 172/1986 de 20 de febrero denegó esa solicitud (y también después el ATC 349/1995 de 19 de diciembre) aduciendo que “aunque la referencia literal a las normas ‘afectadas’ no es en el art. 37.2 tan exacta como la expresión ‘objeto del recurso’ que utiliza el art. 34.1 de la propia Ley Orgánica al determinar la capacidad de los mismos órganos para comparecer en el recurso de inconstitucionalidad, es obvio que, en ambos casos, la finalidad de la Ley es facultar a los citados órganos de las Comunidades Autónomas para actuar procesalmente en defensa de su propia normativa legal [...]”. Es decir, la Comunidad Autónoma tiene derecho a personarse por “afectar” la ley cuestionada a su legislación propia solo cuando esa incidencia es directa, pero no cuando es indirecta, a pesar de que el tenor literal del artículo 37.2 LOTC lo toleraría también en este caso y se protegería mejor el derecho de aquélla.

#### 4. LA MEDIDA DE LA EXTENSIÓN

Otra clave del nombre “interpretación extensiva” es la medida de la ampliación semántica. ¿En qué punto esta ampliación se considera “extensiva”? En general, la práctica que trasluce en las sentencias es que los jueces y tribunales suelen llamar “extensiva” solo a la interpretación que a su juicio amplía el significado de la ley en exceso, más allá de los límites de lo apropiado; y apenas a la que aprueban, por más que rebase el significado ordinario. El resultado que creen adecuado o razonable raramente es propuesto como una “extensión” del significado normal, sino que es presentado más bien como una acepción o sentido “lato” o “amplio”. Esto se explica bien respecto de las leyes cuyo contenido es lo que dicen *expresamente* (artículo 4.2 CC), porque en ellas la extensión semántica es difícil de justificar o es simplemente ilícita. Sea o no sincero en su motivación, el órgano judicial no querrá presentar como “extensión” del tenor literal lo que puede encajar en él con alguna verosimilitud. Inversamente, dado este contexto de tipicidad legal, el órgano judicial tendrá incentivos para llamar “extensiva” a la interpretación que desapruueba, por la connotación negativa que comporta la etiqueta en aquel ámbito.

##### 4.1. Ampliación semántica lícita

Una interpretación judicial inclusiva será propuesta típicamente con alguna fórmula que sustituya y evite el calificativo “extensiva”, tales como que acoge un sentido “lato” [E#18], “laxo”, “flexible” o “amplio”.

[E#21] El artículo 853 CC incluyó desde siempre entre las “justas causas para desheredar a los hijos y descendientes”, que estos hayan “maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra” al causante. Esto suscitó la duda de si el maltrato psicológico es o no una causa para desheredar. La STS, 1ª, 258/2014 de 03.12.2014 decidió afirmativamente; y lo argumentó así (FD 2): “aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”. Y añade: “en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra”. El TS asume aquí que hoy el maltrato psicológico es ya un maltrato de obra, y que darle esa interpretación no extiende nada y respeta el artículo 848 CC (“La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”). Este argumento es polémico, porque al contraponer maltrato de obra e injuria de palabra, el artículo 853 CC da a entender que el “de obra” es físico y que no cabe incluir el psicológico sin una interpretación extensiva o una analogía<sup>37</sup>. Pero el TS quiere evitar esta conclusión, y solo admite que es su interpretación es “flexible”.

---

<sup>37</sup> M. ATIENZA, “Interpretación jurídica e imperio de la ley”, Discurso de Ingreso como Académico de Honor en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia (31.01.2017), accesible en: <http://www.academiaasturianadejurisprudencia.es/documentos.php>: “en este caso, efectivamente, el Tribunal realizó una interpretación evolutiva que produjo el efecto de ampliar el significado de la expresión ‘haberle maltratado de obra’ (del art. 853.3) incluyendo también el maltrato psicológico (interpretación extensiva), y para lo cual se sirvió del argumento por analogía”. A mi juicio, sin embargo, no hay aquí pretensión de establecer analogías: el Tribunal argumenta que el maltrato psicológico es de obra y no solo lo parece. Lo cierto es que la interpretación del “maltrato de obra” como causa de desheredación ha suscitado muchas dudas en la doctrina. S. ALGABA, “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, *InDret* núm. 2/2105, acaba sosteniendo que, en virtud del artículo 3 CC y del espíritu y finalidad del artículo 853.2 CC desde la perspectiva del testador, “la regla a aplicar sería ‘favorabilia sunt amplianda’ por lo que cabría una interpretación de la norma correctora y extensiva” (p. 14). También yo creo que la extensión tiene fundamento, máxime en casos como el visto por la STS, 1ª, 59/2015 de 30.01.2015, que casó una sentencia que reconoció la herencia –“por mucho que pueda repeler el comportamiento del apelante”–, porque (FD 2) se probó “que la causante sufrió un trato desconsiderado de su hijo, quien le despojó sin ninguna consideración de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación”. En un caso así no es nada extravagante afirmar que hubo maltrato “de obra” del hijo legítimo a su madre, porque maniobró en su perjuicio.

Aunque no es frecuente, también se reconoce la ampliación semántica en el ámbito penal.

[E#22] El artículo 172.1 CP castiga a quien “sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe”. Como “violencia” nombra un concepto gradual, el término es vago y la interpretación del artículo se presta a muchas discusiones. Una de ellas es si incluye la coacción psicológica y cómo diferenciar esta del delito de amenazas. La jurisprudencia sobre la noción de “violencia” es dispar, pero algunas interpretaciones han sido censuradas por excesivamente inclusivas. Así, la STS, 2ª, 1380/2001 de 11.07.2001 (FD 2), tras notar que la noción de violencia “ha ido ampliándose en el tiempo para incluir no sólo una ‘vis física’ sino también la intimidación o ‘vis compulsiva’ e incluso la fuerza en las cosas o ‘vis in rebus’”, reconoció como violencia la retención de una máquina que impidió a una empresa usarla durante casi un año. El TS no admite que su ampliación sea “extensiva”, pero ciertamente es dudoso que esa conducta sea “violencia” en sentido literal<sup>38</sup>.

#### 4.2. Extensión semántica ilícita

En contraste con lo anterior, suele aplicarse la etiqueta “interpretación extensiva” para censurar propuestas por su excesiva ampliación semántica, sobre todo cuando se considera que vulneran el principio de legalidad penal, como en el primer ejemplo (E#01) y en otros muchos<sup>39</sup>.

[E#23] La STS, 2ª, 587/2013 de 28.06.2013 revocó una condena por el “enaltecimiento o la justificación” públicos de los delitos de terrorismo o de sus autores (artículo 578 CP) por reclamar en un acto público “presos a Euskal Herria” portando fotografías de condenados por terrorismo, con el argumento de que (FD 3) “las expresiones enjuiciadas no suponían enaltecimiento ni justificación sino, exclusivamente, reivindicaciones relacionadas con el trato penitenciario recibido por los integrantes de la banda armada ETA, lo que obviamente no puede ser objeto de re-

<sup>38</sup> E. RAMÓN RIBAS, “Interpretación extensiva...” cit. ve una “prohibida analogía, pues se castiga un supuesto que no tiene cabida en el tenor literal de la ley pero que resulta similar o próximo al descrito en ella” (p. 155).

<sup>39</sup> No obstante, hay excepciones. Por ejemplo, la STS, 2ª, 121/2015 de 05.03.2015 confirmó la absolución de unos acusados de leer unos versos en homenaje a presos de ETA aduciendo que la libertad de expresión “exige, desde un primer momento, un amplio campo de aplicación y una interpretación extensiva de su ámbito de proyección”. En este caso la “interpretación extensiva” se presenta positivamente, como una exigencia del principio de libertad. Pero es más común censurar la “interpretación extensiva”, incluso haciendo autocrítica, como al revisar la doctrina sobre el escalamiento (artículo 238 CP): según la STS, 2ª, 143/2001 de 07.02.2001 (FD 2), la Sala “ha abandonado la interpretación extensiva del concepto de escalamiento como acceso por vía insólita o desacostumbrada”.

proche penal, salvo que desoigamos la prohibición respecto de una interpretación extensiva de este tipo delictivo [...]”.

## 5. REFLEXIÓN FINAL: LOS RIESGOS DE LA EXTENSIÓN

Una vez cumplido el propósito conceptual y descriptivo de este trabajo –estudiar la noción “interpretación extensiva” en su uso doctrinal y jurisprudencial–, y agotado ya el espacio del que disponía para desarrollarlo, quiero dedicar unas palabras y un último ejemplo al problema normativo y prescriptivo de la interpretación extensiva: ¿tiene justificación?, ¿cuándo procede? Estas preguntas son especialmente pertinentes respecto de la interpretación que hemos llamado genuinamente “extensiva” –la que ignora o corrige la literalidad de la ley–, porque respecto de la lata o flexible solo cabe esperar respuestas casuísticas que valoren las circunstancias (no es imaginable ninguna regla decisoria para todos los casos, sino solo principios prácticos genéricos de justicia, legalidad, prudencia, utilidad...). Pues bien, la interpretación “extensiva” genuina no suscita especiales dudas aplicada a la ley que se impone por lo que dice *expresamente* (como la ley penal punitiva), porque es pacífico su rechazo. En cambio, su justificación sí es dudosa cuando se aplica a leyes que han de interpretarse “atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad” (artículo 3.1 CC). En un primer momento podría pensarse que este canon justifica la interpretación extensiva siempre que con ella se realice el fin de la ley, dado que el “sentido propio de sus palabras” es un medio para conocer dicho fin, pero no puede ser una limitación para alcanzarlo. Las orientaciones teleológicas y subjetivas de la interpretación, que defienden respectivamente dar prioridad a la finalidad de la ley o a las intenciones de quien la promulga sobre lo que en apariencia dice su texto, justificarán la interpretación extensiva que sirva a este objetivo hermenéutico. Sin embargo, creo que esta doctrina es muy arriesgada y un error, aunque pueda haber circunstancias en las que resulte convincente (pero no como regla). Por lo pronto, el canon teleológico del artículo 3.1 CC está sometido a otros cánones más importantes, de rango constitucional, como el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Al interpretar y aplicar las leyes importa su finalidad y la intención de quien las promulgó, pero igual o más importa su significado público, lo que declaran a sus destinatarios. La pretensión de corregir el significado convencional público de las leyes para realizar su fin oculto puede ser loable, pero atenta contra la seguridad

jurídica y corre un grave riesgo de ser contraproducente, o directamente inconstitucional. Como mostrará un último ejemplo, la solución de buena fe de forzar la semántica del texto legal para que diga lo que no dice pero debería decir, dando a su vez por sabido lo que la ley o su autor quieren conseguir y lo que debería decirse para conseguirlo, aparte de ser una estrategia muy expuesta al error y a acabar desoyendo una y otro, puede tener consecuencias negativas insospechadas que no compensan el beneficio pretendido.

[E#25] El artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial da derecho a indemnización a “quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”. Hay otros preceptos que dan derecho a ser indemnizado por error judicial o por el funcionamiento de la Administración, pero el citado tiene una tramitación más expeditiva y es el que invocan sus beneficiarios. El problema es que para ser indemnizado por esta vía tuvo que haber absolucón o sobreseimiento libre “por inexistencia del hecho imputado”. Este requisito parece demasiado exigente: ¿qué ocurre si el hecho delictivo existió, pero el acusado no tuvo ninguna participación? ¿No merece la misma indemnización?

Pues bien, durante años el Tribunal Supremo interpretó que la prueba de que el reo no había participado en los hechos que se le imputaban debía tomarse como “inexistencia del hecho imputado” a los efectos del artículo 294.1 LOPJ, en una modalidad de “inexistencia subjetiva” (ya que desde el punto de vista del reo los hechos no existieron). Dijo la STS, 3ª, 27.01.1989 (FJ 5): “esa imposibilidad de participación no puede quedar circunscrita a los casos de hecho inexistente, puede derivar de otros supuestos: piénsese en el hecho existente con una acreditada no participación en él –es, por indicar un ejemplo, el caso clásico de la coartada–. Cabe perfectamente concluir que la antes señalada finalidad del art. 294 exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho, sino también en los de probada falta de participación. En consecuencia, la inexistencia subjetiva, aunque está al margen de la literalidad del art. 294, queda plenamente amparada por su espíritu, lo que debe dar lugar a una interpretación extensiva que reconozca la virtualidad del precepto en todos aquellos casos que, pese a la dicción expresa, están comprendidos en el designio normativo del precepto a interpretar”. Esta interpretación extensiva forzaba el texto legal para hacer valer “el designio normativo” que el TS percibía, favorable a indemnizar sin previa declaración de error la prisión provisional sufrida por quien era demostradamente inocente. El TS sabía que la ley no decía eso, pero justificaba su solución por el fin perseguido. En la STS, 3º, 30.04.1990 se

explicó así (FD 7): “Ciertamente el art. 294 [LOPJ] exige para la indemnización la ‘absolución’ por inexistencia del hecho o el ‘sobreseimiento libre’ por la misma causa [...]. Sin embargo ello no puede ser obstáculo para la procedencia de la indemnización: lo jurídicamente relevante en el art. 294 es la declaración judicial de la inexistencia -objetiva o subjetiva- del hecho. Que formalmente tal declaración se produzca por una vía distinta de las expresamente mencionadas en dicho precepto resulta inoperante”. Repárese en la argumentación: lo que dice “expresamente” el texto legal no es aquí “lo jurídicamente relevante” y “no puede ser obstáculo” para hacer lo correcto.

Pero, ¿qué ocurre si hay absolución o sobreseimiento por falta de pruebas de que el reo participó en los hechos, sin que llegue a probarse que no participó? Respecto de estos casos, el TS ya no reconoce el mismo “designio normativo”; y la propia STS, 3ª, 27.01.1989 desestima la solicitud por este motivo (FJ 7): “Los supuestos de prisión preventiva que dieron lugar a la reclamación de indemnización del demandante no resultan subsumibles en el campo de aplicación del art. 294 de la Ley Orgánica tal como se ha interpretado éste, dado que las absoluciones se fundan en la falta de prueba de la participación del actor en los hechos que motivaron la apertura de las causas en las que sufrió la prisión provisional”. En muchas sentencias posteriores el TS confirmó este doble rasero: hay “inexistencia del hecho imputado” si se prueba la ausencia de participación, pero no la hay si no se prueba la participación. Obviamente, tras esta distinción operaba la idea de que la mera falta de prueba de que el imputado era culpable no asegura que era inocente y que su prisión provisional fue un error que debe serle indemnizado sin más, porque después de todo tal vez era culpable<sup>40</sup>. Así lo entendieron y aplicaron los tribunales durante años. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Cont.-Adm.) de 18.03.2010 abordó un caso de absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo* y dice (FJ 3): “no podemos hablar de inexistencia objetiva -las relaciones sexuales se produjeron- ni subjetiva -el recurrente fue actor en las mismas- y no se puede confundir la insuficiencia en la prueba acerca de lo que es uno de los elementos del tipo, (la violencia) que es lo parece que ocurrió en el caso de autos, con la prueba acreditada de la inexistencia del delito”.

---

<sup>40</sup> Para una reflexión sobre esta idea y sobre todo el episodio jurisprudencial, ver: G. DOMÉNECH, “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 4/2015 [“indemnizar a los acusados que, a pesar de no haber sido condenados, realmente eran culpables tiene un impacto negativo sobre la prevención penal, al reducir los costes esperados de delinquir” (p. 34)].

En este punto interviene la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 13.07.2010 (TEDH 2010, 84), asunto *Tendam c. España*, que dijo, reafirmando el criterio avanzado en otras: “en virtud del principio ‘in dubio pro reo’, que constituye una expresión particular del principio de la presunción de inocencia, no debe existir diferencia cuantitativa alguna entre una puesta en libertad por ausencia de pruebas y una puesta en libertad resultante de una constatación de la inocencia de la persona” (§ 37); y distinguir “entre una absolución en ausencia de pruebas y una absolución que resulta de una constatación de la inexistencia de los hechos delictivos, ignora la absolución previa del imputado, cuyo fallo debe ser respetado por toda autoridad judicial” (§ 39). Así las cosas, dos SSTs, 3ª, 23.11.2010 dicen que en esas circunstancias “se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el art. 294 de la LOPJ, a cuyo efecto no puede perderse de vista que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, como se ha indicado antes, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre [...]”. Y añaden que “no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre ‘por inexistencia del hecho imputado’, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente [...]”. Esto es, aunque el TS interpretaba extensivamente la ley precisamente para evitar aplicarla “dentro los límites y con el alcance previstos por el legislador” en el artículo, con el fin de cumplir “el designio normativo” que percibía en ella, una vez que esa interpretación extensiva quedó desautorizada por el TEDH porque introducía un doble rasero entre los absueltos, el TS se resigna a ajustarse estrictamente a esos límites y alcance expresos en la ley, porque una interpretación todavía más extensiva, que reconociese indemnización a todos los absueltos, ya le parece excesiva y ajena al propósito del legislador.

Este episodio enseña que los jueces y tribunales deben ser muy cautelosos antes de emplear una interpretación extensiva de la ley para decidir los casos según lo que el legislador supuestamente quiso decir, en vez de atenerse a lo que efectivamente dijo en el texto.

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ  
*Facultad de Derecho*  
*Universidade de Santiago de Compostela*  
*Alda. Ángel Jorge Echeverri s/n*  
*15782 Santiago de Compostela (A Coruña)*  
*e-mail: joaquin.rodriguez-toubes@usc.es*

LA GLOBALIZACIÓN EN BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.  
EL PAPEL DE LA EPISTEMOLOGÍA DEL SUR  
Y DE AMÉRICA LATINA

GLOBALIZATION AND BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.  
SOUTH EPISTEMOLOGY AND LATIN AMERICA

ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE  
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción: 15-6-17

Fecha de aceptación: 7-5-18

**Resumen:** *La teoría de la globalización de este autor aporta instrumentos conceptuales para abordar la comprensión de los fenómenos sociales, políticos y jurídicos en el contexto de la globalización. Su teoría da una forma reconocible al proceso globalizador y lo dota de un sentido político que permite interpretarlo. A la vez implica un descentramiento del pensamiento contemporáneo al destacar el carácter parcial del pensamiento occidental, y fomenta el diálogo entre culturas. También explica el nuevo vitalismo de lo local y presenta el atractivo de una apertura a las posibilidades de los sujetos de intervenir en los procesos globalizadores. Por otro lado, al revitalizar las experiencias y conocimientos locales, reubica el pensamiento y las prácticas de América Latina dándoles protagonismo, y convirtiéndolas en interlocutores relevantes del pensamiento global.*

**Abstract:** *The theory of Boaventura de Sousa provides valuable conceptual tools for the understanding of social, political and legal phenomena in the context of globalization. His theory gives a recognizable form to the globalizing process and gives it a political meaning that allows interpreting it. At the same time, it implies a decentralization of contemporary thought by emphasizing the partial character of Western thought and fosters dialogue between cultures. It also explains the new vitalism of the local sphere and presents the attractiveness of an opening to the subjects' possibilities to intervene in the processes. On the other hand, by revitalizing local experiences and knowledge, it reshapes Latin American thinking and practices into relevant interlocutors of global thinking*

**Palabras clave:** globalización, epistemologías del Sur, diálogo intercultural, pensamiento abismal  
**Keywords:** globalization, epistemologies of the South, intercultural dialogue, abysmal thought

## 1. LA GLOBALIZACIÓN COMO MARCO DE ANÁLISIS

Se pretende en este artículo analizar una de las teorías contemporáneas sobre la globalización que considero más lúcida intelectualmente, sobre todo por el valor de sus instrumentos conceptuales y metodológicos; y, a la vez, más crítica y comprometida socialmente<sup>1</sup>. Me interesa también por la forma en que aborda y da realce a la realidad actual de América Latina. Por muchas razones es este un espacio que despierta nuestro interés y merece nuestra atención, y con el que podemos aprender a dialogar mejor gracias a los planteamientos de Santos.

Es importante empezar destacando que la globalización es el contexto en el que Santos formula y desarrolla su teoría sociológica y también en el que lleva a cabo su abordaje de los fenómenos jurídicos. No puede ser de otra manera si se considera que la globalización es hoy en día una realidad omnipresente, que está marcando la actual evolución social y que se ha convertido en un esquema de observación clásico para la teoría sociológica contemporánea.

Para Santos la globalización se presenta como un fenómeno polifacético, con dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y también jurídicas, que se combinan entre sí de forma extremadamente compleja. En ella las implicaciones económicas son especialmente importantes<sup>2</sup>, ya

---

<sup>1</sup> En el contexto de las teorías sobre la globalización, la de Santos se nos presenta como especialmente interesante, frente a otras teorías que no ven una dirección predominante en la globalización, que no dan la misma prioridad al componente económico (policéntricas), que creen en la espontaneidad de las regulaciones y organizaciones -ignorando el componente político-, y que no atienden del mismo modo al papel de protagonismo activo que pueden jugar las personas. Son en general teorías menos ricas en implicaciones políticas y más legitimadoras. Un ejemplo de estos planteamientos puede verse en G. TEUBNER, S. SASSEN y S. KRASNER, *Estado, soberanía y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010.

<sup>2</sup> Entre la doctrina española ha destacado el peso del factor económico dentro del proceso de globalización A. E. PÉREZ LUÑO, en *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la teoría del derecho*, Tébar, Madrid, 2007, en concreto el capítulo XII: "La Filosofía y la Teoría del derecho ante el reto de la globalización". Allí empieza por definir la globalización como "término con el que se alude a los actuales procesos integradores de la economía: financiación,

que la línea fundamental de la globalización es la que tiende a establecer un modelo de desarrollo global orientado hacia el mercado, y de hecho, una de las notas más destacadas de la globalización habría sido el haber consumado la convergencia entre el paradigma de la modernidad y el capitalismo<sup>3</sup>. Sin embargo no hay que olvidar las otras vertientes de la globalización, especialmente la jurídica, que tiene también un importante papel en el nuevo contexto<sup>4</sup>.

En cuanto a la forma en que Santos aborda y explica la globalización, adelantamos que el sentido que Santos da al fenómeno es muy claro, y pasa por destacar la globalización como un fenómeno con un relevante trasfondo político que tiende, en sus líneas más destacadas, a consolidar el poder mundial del capitalismo<sup>5</sup>, lo que le llevará precisamente a intentar explicar y desarrollar la posibilidad de fenómenos también globales que se opongan a esta tendencia hegemónica, configurando una globalización resistente con vocación alternativa y emancipadora.

En este punto es interesante señalar que Santos va a actuar en su análisis sobre la globalización al modo en que lo hace el luchador oriental, que pre-

---

producción y comercialización”, dichos procesos se producen a escala planetaria y suponen realizar los esquemas económicos del neo-liberalismo capitalista, teniendo como efectos más importantes: el desbordamiento de las naciones para realizar políticas o controles económicos, en favor de poderes internacionales (FMI) o privados (empresas, corporaciones); la existencia de redes de comunicación que posibilitan actividades financieras y comerciales a escala planetaria; el desequilibrio de los Estado en las redes económicas y como consecuencia la concentración de beneficios en países del primer mundo y el empobrecimiento de los países del tercer mundo, cfr. *Ibidem*, p. 91. Ante este panorama insistirá en dos circunstancias importantes que pueden servir para controlar la globalización y que también nos recuerdan a Santos: saber que no es un valor sino un hecho y tener claro que es un fenómeno social y no una ley de la naturaleza.

<sup>3</sup> Para Santos la modernidad se identifica hoy con la extensión del capitalismo, que sería la forma política del Estado moderno, ya que la lógica del mercado se ha expandido a todos los campos de la vida social, convirtiéndose en el criterio para establecer interacciones políticas y sociales.

<sup>4</sup> Cfr. el capítulo titulado “La globalización, los Estados-Nación y el campo jurídico: ¿De la diáspora jurídica a la ecúmene jurídica?”, en B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. Carlos Martín Ramírez, Mauricio García Villegas, Elvira del Pozo Ariño y Carlos Morales de Setien Ravina, revisión de Carlos Lema, Trotta/ILSA, Bogotá, 2009, pp. 290-453, donde se lleva a cabo una expresiva descripción de la globalización centrada en sus implicaciones jurídicas.

<sup>5</sup> Hasta el punto de que la globalización hegemónica es presentada por Santos como la nueva fase del capitalismo global, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, trad. Carlos Martín Ramírez, Trotta, Madrid, 2014, p. 25.

tende aprovechar la fuerza del enemigo para formular sus propias propuestas de defensa y ataque. Es consciente de que muchos peligros provienen de la globalización, pero esta es un enemigo demasiado fuerte como para ignorarle u oponérsele frontalmente con posibilidades de éxito, de manera que ni renuncia a ella ni se sale de sus esquemas generales de funcionamiento, sino que pretende aprovechar sus estrategias para articular sus propias propuestas de resistencia. Con este método veremos aparecer muchos de los conceptos de su epistemología, que pretenden desempeñar una función emancipadora, y que trabajan con fenómenos ya sea en sí mismo globalizadores, o susceptibles de ser globalizados, o bien surgidos como reacción a la globalización o en el contexto de la globalización. Todo ello hasta el extremo de que un punto de conexión con la globalización se presenta ya como un requisito de la posibilidad emancipadora de las prácticas o de los conocimientos alternativos<sup>6</sup>.

Hay que dejar sentado también que para Santos la emancipación es el objetivo de su pensamiento sociológico, pensamiento que tiene un claro trasfondo político, en el sentido de que está destinado a lograr objetivos de liberación. La emancipación habría sido una aspiración del pensamiento moderno desde sus orígenes ilustrados, sin embargo la evolución del pensamiento occidental habría acabado lastrada por su sometimiento a la lógica capitalista de la productividad; y el capitalismo, y su consecuencia, el colonialismo, serán los marcos que acaben por condicionar el pensamiento occidental moderno en los distintos ámbitos sociales<sup>7</sup>. Como consecuencia de este sometimiento el pensamiento moderno habría perdido la tensión entre regulación y emancipación que le habría caracterizado originalmente, y que habría sido la fricción que habría permitido evitar el estancamiento o la regresión de los objetivos de progreso en Occidente. Esta tensión entre la regulación existente y la aspira-

---

<sup>6</sup> Como veremos Santos insiste en que las resistencias para tener posibilidades de éxito deben acontecer en una escala global, para lo que hay que articular las resistencias locales, o “experiencias subalternas”, a través de enlaces locales-globales, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce, Montevideo, Uruguay, 2010. La referencia está en la pág. 54, dentro del capítulo “Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes”, pp. 29-61.

<sup>7</sup> La idea es que la epistemología occidental ha acabado por ser construida a partir de las exigencias de dominación del capitalismo y del colonialismo, como se expresa claramente en el “Prefacio” del libro B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., la referencia está en la pág. 8. Posteriormente Santos añadirá el sexismo al capitalismo y al colonialismo como esquemas actuales de dominación, cfr. B DE SOUSA SANTOS, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, cit., p. 27.

ción emancipadora, que estaba llamada a provocar la reacción y el progreso emancipador, y que habría sido el acicate liberador al inicio de la modernidad, habría sido superada en el contexto del pensamiento moderno por el imperio de la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y por la reducción de la regulación moderna al principio del mercado, de manera que el desarrollo de los mecanismos de regulación se habría consolidado al integrar dentro de sí las posibilidades de emancipación<sup>8</sup>, haciendo que la emancipación no pueda desenvolverse dentro de los cánones del pensamiento tradicional, por lo que su realización necesita cambiar de paradigma de pensamiento<sup>9</sup>.

Precisamente, al hacer el primer abordaje al fenómeno de la globalización Santos sostendrá que esta puede ser analizada desde dos perspectivas. Una que la hace funcionar dentro de ese contexto intelectual moderno, y otra que exige un nuevo marco para pensarla. Optar por uno u otro planteamiento teórico tendría indudables consecuencias prácticas en relación con el estudio y con la posición que se defiende ante el fenómeno. A la primera

---

<sup>8</sup> En especial parece que no es posible la emancipación una vez que el marco de la regulación ha conseguido reducir la realidad a su valor económico y el dinero se ha consolidado como el "gran conversor" al que se reconducen todas las aspiraciones. Entonces, para el paradigma imperante, sólo dentro del sistema económico cabe la emancipación.

<sup>9</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Derecho y emancipación*, Corte Constitucional de Ecuador, Quito, 2012. Las referencias a la emancipación y a la necesidad del cambio de paradigma están en las pp. 33 y ss., bajo el epígrafe "La desaparición de la tensión entre regulación y emancipación en la modernidad occidental". Un interesante comentario sobre la evolución de esta tensión puede verse también en S. T. RODRIGUES, P. BONAVIDES, N. BELLOSO MARTÍN y A. FERNÁNDEZ SILVA, *Teoria da Decisão Judicial e Teoria da Justiça. Jusfilosofia e Novos Paradigmas Constitucionais*, JURUÁ EDITORIAL, Lisboa, 2015, pp. 233 y ss. Por otra parte, las ideas de regulación y emancipación están también desarrolladas en B. DE SOUSA SANTOS, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Siglo del hombre editores. Ediciones Uniandes. Bogotá, 1998, donde sostiene que el pilar de la regulación está constituido por tres principios: el Estado, el mercado y la comunidad, mientras que el de la emancipación está formado por tres direcciones de la racionalización de la vida colectiva: la racionalización moral del derecho, la racionalidad cognitiva de la ciencia y la técnica, y la racionalidad estética del arte y la literatura. El deseable equilibrio entre regulación y emancipación se habría deshecho por el predominio del principio de la regulación frente a la emancipación, unido al triunfo de la racionalidad instrumental. Al respecto el artículo de J. N. VILLAROEEL SÁNCHEZ, "Subjetividad, ciudadanía y emancipación. Sobre el capítulo noveno del libro *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*", en *Tabula Rasa*, núm. 5, julio/diciembre 2006, pp. 311-318. Por su parte el Profesor TAMAYO en "Boaventura de Sousa Santos: Hacia una sociología de las ausencias y las emergencias", en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, núm. 54, pp. 41-49, dirá que se ha producido una "transformación de las energías emancipadoras en energías reguladoras... la regulación ha comido el terreno a la emancipación, e incluso quienes nos creemos emancipados vivimos instalados en la regulación", cit. p. 44.

interpretación sobre la globalización Santos la denominará sub-paradigmática, precisamente porque ve la globalización como un proceso estructural de transformación que puede desenvolverse dentro del paradigma capitalista, es decir como un sub-paradigma del paradigma capitalista, teniendo el capitalismo los medios adecuados para gestionar su desarrollo. Esta interpretación refuerza el poder del capitalismo que se presenta como el marco en el que se puede desarrollar la inevitable globalización. Por el contrario, la segunda interpretación de la globalización es la que denomina paradigmática, y sostiene que lo que llamamos globalización es un cambio o una crisis más profunda, que afecta estructuralmente al sistema capitalista y a su régimen de acumulación, y que debe ser abordada desde un paradigma nuevo distinto al capitalista<sup>10</sup>. En relación con estas dos opciones teóricas se colocarían dos tipos ideales de audiencias, o de posiciones que adoptan los sujetos ante el fenómeno de la globalización, una adaptativa, que responde a la interpretación sub-paradigmática y que busca simplemente la adaptación del modelo capitalista a la nueva realidad, y otra transformadora, que responde a la interpretación paradigmática y que plantea un escenario analítico nuevo alternativo al actual capitalismo<sup>11</sup>. Y naturalmente Santos se moverá en este segundo ámbito, intentando encontrar o construir un nuevo enfoque para abordar la globalización<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> El cambio de paradigma, la transición paradigmática, es precisamente el tema del libro B. DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003. Esta transición paradigmática habría de producirse entre “el paradigma dominante de la ciencia moderna y el paradigma emergente que designo como el paradigma de un conocimiento prudente para una vida decente”, cfr. *Ibidem*, p. 14. Esta transición implica la definición de luchas paradigmáticas.

<sup>11</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica...*, cit., p. 302 y ss. La audiencia transformadora sería para Santos más sensible en relación con la gravedad de los temores, riesgos y peligros que plantea la globalización, y por eso estaría más motivada para buscar un nuevo paradigma que la contenga. Al respecto se puede decir que el panorama que presenta Santos de la actual situación global es bastante negativo, en relación con la pobreza, la desigualdad, los riesgos medioambientales, la potencia de destrucción de los Estados, etc., si bien es cierto que reconoce literalmente que “las circunstancias no están forjando ni una distopía del tipo de *Un mundo feliz* de Aldous Huxley, ni una utopía. Expresan simplemente la turbulencia transitoria y el caos parcial que acompañan usualmente a cualquier cambio en sistemas que han caído en la rutina”, cfr. *Ibidem*, p. 306. En ese punto es interesante insistir en su idea de que nos encontramos en un tiempo esencialmente de cambio.

<sup>12</sup> Para Santos nos encontramos en un momento de transición de paradigmas que nos sitúa en una transición postmoderna, ya que enfrentamos problemas modernos para los que, en su opinión, no hay soluciones modernas. Admite que los problemas son modernos y giran

## 2. LOS PROCESOS GLOBALIZADORES

A la hora de analizar el proceso de la globalización Santos considera que, si bien es complejo y está cargado de contradicciones, no se trata de un fenómeno anárquico, ya que todo proceso de globalización tendría un núcleo originario reconocible que sería “la globalización exitosa de un localismo dado”. Aquí se encontraría el origen de los diversos fenómenos globalizadores, partiendo de la idea de que todo lo global habría sido antes, por más o menos tiempo, local. De hecho Santos propone una definición de la globalización según la cual esta sería “un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad para designar como locales las condiciones o entidades rivales”<sup>13</sup>. Es interesante notar que con esta definición se está revitalizando lo local, al menos en tres aspectos. En primer lugar, al indicar que no hay nada originalmente global, sino que todo fenómeno global ha sido inicialmente local; en segundo lugar al poner de manifiesto que lo global califica como local las realidades a las que pretende imponerse, con lo que estas se hacen también protagonistas, aunque sea como resistentes; y en tercer lugar en la medida en que, como veremos, lo global va a adaptarse en cada lugar a las condiciones de lo local, adquiriendo con frecuencia características propias en cada zona de ubicación<sup>14</sup>, y por eso, para Santos, la globalización no implica siempre homogeneización.

Si el núcleo de desarrollo de todo fenómeno globalizador es la globalización exitosa de un localismo dado, a partir de ahí se iniciará un comple-

---

en torno a la libertad, a la igualdad y a la fraternidad, aunque sostiene que las soluciones no lo son, ya que no pueden ser las aportadas por el liberalismo ni por el socialismo, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Instituto Internacional de derecho y sociedad, Perú, 2010, pág. 35. En la búsqueda de soluciones Santos marca distancias con Habermas, cuya teoría no reconoce como global, sino como eurocéntrica, y limitada ante contextos como por ejemplo los del Tercer Mundo, cfr. *Ibidem*, p. 36. Para explicar el potencial emancipatorio de la transición ante la que nos encontramos se necesita una teoría postmoderna adecuada, que Santos denomina “postmodernismo de oposición”, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Derecho y emancipación*, cit. La referencia está en las pp. 49 y ss.

<sup>13</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica...* cit., p. 309. Nótese que Santos ya en esta definición aporta el componente polémico de lucha al referirse a la forma en que la globalización desplaza a determinadas prácticas o saberes y los define como locales, circunstancia que aboca al enfrentamiento.

<sup>14</sup> Nos empezamos a plantear así como la globalización no siempre excluye lo local, sino que en ocasiones lo que hace es ponerlo de relieve.

jo proceso que Santos contempla en relación con cuatro formas distintas de globalización. La primera es precisamente lo que denomina “el localismo globalizado”, en referencia a fenómenos locales que se globalizan con éxito, ejemplo del cual sería el uso del inglés como lengua franca, o la adopción mundial de las leyes norteamericanas sobre propiedad intelectual para los programas informáticos; y donde podríamos incluir en el campo jurídico-político, la expansión de la democracia liberal o los derechos humanos; en el campo económico las reglas del capitalismo neoliberal; el laicismo y la secularización en el campo religioso; o en el campo del pensamiento, la misma modernidad occidental, que Santos presenta como un paradigma local que se globalizó con éxito<sup>15</sup>. La segunda forma de globalización sería lo que denomina “el globalismo localizado”, entendiendo por tal el impacto específico de las prácticas globales antes descritas en las condiciones locales, que se verán desestructuradas y reestructuradas para responder a los imperativos globalizadoras. Nos encontraríamos aquí con un conjunto de fenómenos negativos, como la deforestación, el deterioro masivo de los recursos naturales para pagar la deuda externa, la dependencia económica, la conversión de la agricultura de subsistencia en agricultura de exportación, la pérdida de identidades culturales propias, formas de vida autóctonas, o conocimientos locales, etc.<sup>16</sup>. La división internacional del globalismo implicaría que los países centrales son los protagonistas de los localismos globalizados, mientras que a los periféricos se les impondrían los globalismos localizados<sup>17</sup>. Si bien es cierto que los países centrales pueden sufrir también con la imposición de localismos globalizados generados por los intereses hegemónicos, como ocurre con los desempleados generados por la deslocalización.

Por contraposición a estos, e invitando a elaborar formas de resistencia que sean capaces de plantear alternativas frente a esa globalización hegemónica, se presentan otros dos fenómenos en el contexto de la globalización.

---

<sup>15</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente... Volumen I*, cit., p. 16.

<sup>16</sup> Aunque el globalismo localizado también podría haber provocado efectos positivos, como el aumento del nivel de vida en Asia de resultas de la imposición del modo de producción, consumo e intercambio comercial capitalista. Sobre este aspecto Santos no se entretiene demasiado

<sup>17</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica...* cit., pp. 310 y ss. En cuanto al reparto internacional del poder que resulta de la globalización, para Santos, bajo las condiciones de lo que denomina “el sistema mundo moderno”, lo lógico es que la globalización reproduzca la jerarquía y las asimetrías ya existentes entre las sociedades centrales, periféricas y semiperiféricas, cfr. *Ibidem*, p. 308.

El primero sería el “cosmopolitismo subalterno e insurgente”<sup>18</sup>, que Santos enuncia en relación a la posibilidad de que los Estados-nación subordinados, las regiones, las clases o grupos sociales y sus aliados, se organicen en defensa de sus derechos, usando medios de interacción global para enfrentarse a los efectos perniciosos de la globalización. Es cosmopolitismo porque se pretende que la reacción se desarrolle por medio de una acción coordinada internacionalmente; es subalterno porque lo practican movimientos u organizaciones minoritarios en relación con las tendencias de la globalización hegemónica; y es insurgente porque su finalidad es oponerse en un campo dado a la globalización hegemónica. Precisamente, una nota esencial a este movimiento sería que sus protagonistas actúan a la misma escala que usan sus opresores para victimizarlos, y de ahí que deba ser un fenómeno resultante de la fusión de luchas locales que aumentan su potencia a través de vínculos transnacionales, para volver a actuar luego a nivel local. Un ejemplo claro de esta práctica sería el Foro Social Mundial del año 2002 de Porto Alegre, donde las formas locales de resistencia adquirieron su característica cosmopolita<sup>19</sup>. Este cosmopolitismo subalterno e insurgente debería incluir en su ámbito a grupos y clases subordinadas de todo el mundo que sean víctimas de cualquier forma de discriminación, con la finalidad de contribuir con su conjunción a “un entendimiento transnacional del sufrimiento humano y de la constelación transnacional de acciones progresistas”<sup>20</sup>. En este punto resulta de extrema importancia para sus posibilidades de éxito articular las relaciones entre las manifestaciones de resistencia, tanto entre las distintas luchas sectoriales que se producen en un mismo país como entre las luchas sectoriales que se producen en diversos países.

El segundo proceso reactivo global con sentido emancipador que aparece en el contexto de la globalización es el que denomina Santos “el patrimonio común de la humanidad”<sup>21</sup>, pensando en la defensa de las condiciones que hacen posible la vida humana en la tierra. Este proceso, cuya potencia se deriva de estar vinculado a la supervivencia de la especie humana, sería llevado a cabo por los más variados movimientos y organizaciones, y remite a la protección de espacios como la capa de ozono, los océanos, la Antártida, el espacio exterior, la luna y otros planetas, y en general a todos

---

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 409 y ss. y 566 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Informe. El Foro Social Mundial y la izquierda global”, *El viejo Topo*, núm. 240, 2008, pp. 39-62.

<sup>20</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica...* cit., p. 410.

<sup>21</sup> Desarrollado en *Ibidem*, pp. 436 y ss.

aquellos espacios cuya interacción con la tierra es considerada fundamental, de manera que merecen ser percibidos como patrimonio de la humanidad. Cinco interesantes y relevantes propiedades se asocian usualmente al concepto de “patrimonio común de la humanidad”: no apropiación, administración por todos los pueblos, participación internacional en los beneficios derivados de su explotación, uso pacífico -comprendiendo la investigación en beneficio de todos los pueblos-, y conservación para las generaciones futuras<sup>22</sup>. Propiedades todas ellas con un fuerte potencial de oposición a los principios del capitalismo y las consecuencias de la globalización hegemónica. Pensemos simplemente en cómo este planteamiento es capaz de llegar a sustraer de la apropiación y explotación capitalista inmensos espacios geográficos. A partir de este concepto de patrimonio común de la humanidad debería llegar a construirse, en opinión de Santos, un nuevo *ius humanitatis*<sup>23</sup>, que toma el globo mismo y su entorno espacial como objeto de regulación, y que aspira a esa forma de gobierno para estos recursos naturales.

Este espacio es presentado como un campo privilegiado de lucha contra la globalización hegemónica, entre otras cosas por ser un campo típicamente global o, incluso, por ser el campo global por excelencia, ya que no se nos ocurre nada más global que las realidades que defiende: el planeta, el cosmos y la supervivencia de la humanidad. Es muy difícil hablar de globalización sin toparse con estas cuestiones, y no intentar abordarlas o ser incapaz de resolverlas pone rápidamente en evidencia las deficiencias de cualquier pensamiento pretendidamente global, y muy especialmente el del capitalismo descontrolado. La idea subyacente al uso del patrimonio común de la

---

<sup>22</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 437.

<sup>23</sup> Este *ius humanitatis* tendría un gran potencial en el seno de una metodología que se pretende nueva como la de Santos. Este derecho rompe con las premisas básicas tanto del derecho del Estado nación como del derecho internacional clásico. Para Santos su novedad se deriva de que nos plantea primero una nueva espacialidad (ya que su territorio es más vasto e ignoto que el que el derecho ha podido representarse hasta ahora), luego de que tiene un carácter transtemporal (ya que los tiempos planetarios exceden la cronología clásica del derecho), y después de que puede ser utópico sin necesidad de disculparse por ello, características estas que lo convierten en un contexto jurídico esencialmente novedoso. Podemos verlo desarrollado en *Ibidem*, pp. 446 y ss. Es interesante la relación del territorio con la utopía y la desterritorialización que esta ha de llevar a cabo para formularse, como puede verse en G. DELEUZE y F. GUATTARI en *¿Qué es la filosofía?*, trad. de T. Kauf, Anagrama, Barcelona, 2001, pp. 101-102. Hoy en día es debatible si la utopía requiere desterritorialización, ya que el desarrollo histórico de la modernidad está poniendo sobre la mesa los problemas de la desterritorialización.

humanidad como mecanismo de resistencia y de emancipación es la de que el capitalismo global como modelo, tal y como está planteado y tal y como está funcionando, es simplemente insostenible para el planeta y por lo tanto para la especie.

Los cuatro patrones de la globalización que nos propone Santos nos servirían para contemplar muchos de los fenómenos sociales que se producen en nuestros días y, por ejemplo, tendrían su reflejo en el campo jurídico, donde hoy en día los más significativos son, como en el resto de los campos sociales en general, los localismos globalizados y los globalismos localizados<sup>24</sup>. Precisamente, para Santos es especialmente notoria la expansión de los localismos globalizados mediante formas jurídicas, como por ejemplo ocurre con las exigencias jurídicas derivadas del “Consenso de Washington”, que determinan normativas globales en relación con la liberación del comercio, la privatización de las industrias y servicios, la liberación agrícola, el desmantelamiento de las agencias reguladoras, la desregulación del mercado laboral, la «flexibilización» de la relación salarial, la reducción y privatización de los servicios sociales, la menor preocupación por temas medioambientales, las reformas educativas destinadas a la empleabilidad y no a la formación ciudadana, etc.<sup>25</sup>. Otra forma destacada de localismo jurídico globalizado es la *lex mercatoria*, como legislación generalmente aplicable al tráfico comercial internacional, formada por principios, costumbres, contratos, colegios arbitrales, laudos, etc. En su contexto aumenta sin duda el protagonismo de los operadores privados: las partes, las sociedades mercantiles transnacionales, los bancos, los despachos de abogados, especialmente anglosajones, especialistas en derecho mercantil, etc. Esta nueva ley, aunque se presenta como apolítica y técnica presupone un razonamiento jurídico puramente formal que no salva las jerarquías y desigualdades que caracterizan la posición de las partes en el contexto global, y beneficia a las grandes corporaciones frente a los ciudadanos, los Estados y otros agentes jurídicos<sup>26</sup>.

### 3. CARÁCTER POLÍTICO DEL ANÁLISIS

Hay que reconocer sin complejos que todo el análisis teórico, toda la construcción de categorías y la formulación de conceptos que Santos lleva a

---

<sup>24</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica...*, cit., pp. 321 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 331.

<sup>26</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 349 y ss.

cabo en torno a la globalización no es solamente descriptiva, sino que es también política. Es política porque el sesgo desde el que realiza el análisis y las clasificaciones parte de unas convicciones y tiene una intencionalidad política<sup>27</sup>. Pero es política sin dejar de ser expresiva y rigurosamente descriptiva, solo que usando un criterio de descripción que se centra en las consecuencias sociales de las prácticas globalizadoras que denomina hegemónicas. La teoría de Santos es política también en la medida en que está orientada a la lucha, es decir a lograr una utilidad de sus conceptos en términos estratégicos de defensa de los ideales emancipadores frente a la globalización hegemónica. Y si se admiten como elementos de la realidad la opresión y la necesidad de la lucha por la emancipación, la teoría adquiere una nota de objetividad y necesidad que sin duda la revaloriza más allá de sus componentes intelectuales. Precisamente este abordaje político lleva a otra de las ideas esenciales en la metodología de Santos respecto de la globalización, que es la de que para entender su sentido, y sobre todo sus efectos sociales, es necesario empezar por distinguir que no hay una sola globalización, sino dos, caracterizadas por sus efectos radicalmente contrarios en relación con la democracia, la libertad y la igualdad social<sup>28</sup>. Se trata de una globalización hegemónica o neoliberal, por un lado, y de una globalización contra-hegemónica por otro. Al distinguir estos dos tipos de globalización se pretende huir de los equívocos, las imprecisiones, las generalizaciones y las ambigüedades que aparecen cuando se habla en general de la globalización, y se procede a ubicar el término en el contexto que resulta más relevante para la investigación, el de sus efectos sociales, a la vez que se prepara el campo para el debate político<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Santos se niega a confundir objetividad con neutralidad, y pretende ser objetivo como investigador sin ser neutral, teniendo muy claro de qué lado está: “Estamos del lado de la paz y de la democracia, de la participación ciudadana y del acceso al derecho, contra la violencia y el autoritarismo, contra el mercado de las ilegalidades cruzadas y tantas veces complementarias, contra la desprotección de seres humanos indefensos ante las repugnantes violaciones de sus derechos humanos...”, cfr. la “Introducción” de B. DE SOUSA SANTOS al libro B. DE SOUSA SANTOS y M. GARCIA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Ediciones UNIANDES, 2004, p. 4.

<sup>28</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Derecho y emancipación*, cit., pp. 91 y ss. Para Santos el problema –también estratégico– de considerar la existencia de una sola globalización se deriva del hecho de que entonces la resistencia por parte de sus víctimas se consideraría como un localismo, lo que dificultaría su capacidad para articular alternativas.

<sup>29</sup> Porque en resumen la globalización no es sino un conjunto de procesos sociales, y en todos los procesos sociales es probable que haya ganadores y perdedores, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Derecho y democracia: la reforma global de la justicia” en B. DE SOUSA SANTOS y M. GARCIA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia...*, Tomo I, cit., pp.

La globalización hegemónica, en su esquema de análisis, no sería una novedad, sino un largo proceso histórico que habría tenido muchas facetas y distintos nombres desde el siglo XV hasta hoy, como los descubrimientos, el colonialismo, la evangelización, la esclavitud, el imperialismo, el desarrollo y el subdesarrollo, la modernización y finalmente la globalización propiamente dicha. Se trataría de una expansión de relaciones transfronterizas, unas voluntarias y otras forzosas, que tendría como consecuencia la transformación de las escalas que hasta entonces habían dominado el panorama económico, político y social. En este marco, la nueva globalización neoliberal sería esencialmente un régimen de acumulación de capital que tiene por objeto liberar al capital de los vínculos sociales y reducir la sociedad a términos de valor, con la consecuencia de que toda la organización social es considerada más eficaz si se establece en términos de mercado<sup>30</sup>, lo que determina la relativización o anulación de otros valores sociales fundamentales. Y he aquí la esencia del contenido político de la globalización hegemónica. A este planteamiento es al que habría que responder, por sus perversos efectos sociales, con una globalización contra-hegemónica. De las cuatro manifestaciones de la globalización que hemos descrito, las dos primeras, el localismo globalizado y el globalismo localizado, encajarían dentro de la globalización hegemónica, mientras que las dos segundas, el cosmopolitismo subalterno e insurgente y el patrimonio común de la humanidad, serían formas de globalización contra-hegemónicas, con lo que estos conceptos se convierten esencialmente en conceptos de lucha.

Con la distinción entre globalización hegemónica y contra-hegemónica se reubican y aclaran las connotaciones valorativas de manera inmediata, al contraponer lo negativo de la globalización hegemónica –negativo hasta el

---

151-207. La referencia está en las pp. 152-153. Cabe anotar que en obras posteriores Santos hablará también de una globalización que no es hegemónica ni contra-hegemónica, sino “no hegemónica”, en relación con experiencias que se desvían del régimen de dominación capitalista pero que no cuestionan su dominación, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies”, en *Law, Social Justice and Global Development*, 2009, pp. 21-35, en concreto en la pág. 5. Con más detalle se desarrolla el tema en una obra posterior de contenido más amplio, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, cit., donde en su pág. 28 se refiere a las teologías políticas conservadoras o integristas, ya sean católicas, protestantes, musulmanas, etc., como corrientes no hegemónicas que de imponerse aumentarían las condiciones de opresión del capitalismo hegemónico.

<sup>30</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004. En concreto en la “Introducción” y el “Prefacio” de la obra, pp. 14 y 26.

punto de que las mayores injusticias se identifican ahora con esta forma de globalización-, a lo positivo de la globalización contra-hegemónica. Santos es muy consciente de la relevancia del lenguaje en las luchas sociales y por eso se enfrenta a un concepto novedoso pero terriblemente recurrente e influyente, el de globalización, y ya que no puede prescindir del sustantivo, le dota, para matizar su valor, de adjetivos que pretende hacer inseparables del sustantivo, y de esta forma descalifica una, la globalización hegemónica, y reivindica la otra, la globalización contra-hegemónica<sup>31</sup>. Dejaríamos de hablar así de la globalización en general y nos liberaríamos tanto de la tentación de darle una connotación positiva, como de la tentación de presentarla como un fenómeno complejo y ambiguo respecto del que no cabe un pronunciamiento valorativo. Y por supuesto de presentarla como un fenómeno inevitable respecto del que no cabe otra posición que la pasividad<sup>32</sup>. Además de esto, y también desde el punto de vista estratégico, con su planteamiento sobre la globalización, Santos reubica desde el principio esta cuestión en el contexto de la reivindicación social por la justicia, que podemos entender en términos de emancipación. Con ello se pretende situar de algún modo la discusión sobre la globalización como subsidiaria respecto del problema de la justicia y del valor de la emancipación de las personas.

Un efecto del planteamiento de Santos sobre la globalización, en relación con las formas de globalización contra-hegemónica y especialmente con el cosmopolitismo subalterno e insurgente, va a ser la reivindicación de conocimientos y experiencias locales de resistencia que han funcionado al margen y en contra de la globalización hegemónica. Santos se va a ocupar de algunos de estos fenómenos dándoles protagonismo en el contexto global. Para empezar, va a liberar a estos fenómenos periféricos de su componente local, de su vinculación territorial a un espacio concreto y tradicionalmente ubicado en las fronteras del desarrollo, con lo que los traslada a una dimensión global, multiplicando su importancia y sus posibilidades transformadoras.

---

<sup>31</sup> Santos aplica la idea de que el pensamiento crítico ha perdido en el enfrentamiento ideológico el dominio de los sustantivos, y que ya sólo le queda la gestión de los adjetivos. En este caso se habría perdido el sustantivo "globalización", de uso hegemónico, y habría que gestionar el adjetivo "contra-hegemónica". A la cuestión de sustantivos y adjetivos nos referiremos más adelante.

<sup>32</sup> En relación con la pasividad está la crítica que Santos formula a la que denomina "razón indolente", como razón inactiva y formal. La idea es que la hegemonía se asienta ahora no ya en el consenso, sino en la resignación con la que los pueblos consideran las circunstancias de la realidad como inevitables, siendo el objetivo deshacer esa resignación, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Crítica de la razón indolente...*, cit., p. 37.

Después los va a convertir en interlocutores dentro de un diálogo transcultural de conceptos, que se va a producir en ese escenario global. De esta manera conceptos procedentes de espacios distintos al clásicamente hegemónico lograrán dialogar ahora en condiciones de igualdad con los conceptos occidentales más clásicos. En esta tarea jugará un papel determinante la que Santos denomina “epistemología del Sur”.

#### 4. LA EPISTEMOLOGÍA DEL SUR

Hay en Santos una relación clara entre la globalización hegemónica y “el pensamiento del Norte”, entendido como el pensamiento occidental que alumbró el capitalismo y el colonialismo y que luego acabó por desarrollarse en estrecha relación con ellos<sup>33</sup>. Este pensamiento habría sido incapaz de cumplir las promesas emancipadoras hechas por la modernidad y la Ilustración. Sin duda esta crítica va influir en el hecho de que Santos dé a su nueva epistemología el nombre de epistemología del Sur. Esta metodología va a operar un descentramiento del quicio sobre el que giraba el pensamiento, ubicado hasta ahora en Occidente. Paradójicamente, la globalización evidencia que el pensamiento imperante es un pensamiento parcial. La nueva epistemología del Sur es por un lado una reacción y por otro una reivindicación: es una reacción ante la insuficiencia del pensamiento del Norte y de su imaginación sociológica para cumplir un papel contra-hegemónico y para responder a las necesidades de emancipación en el contexto de la globalización hegemónica neoliberal; y es también una reivindicación de los saberes y las prácticas de los llamados pueblos del Sur, prácticas y saberes preteridos y olvidados por el pensamiento del Norte y en los que se pretende ahora encontrar recursos emancipadores.

Hay que tener claro que para Santos “el Sur” no es aquí un concepto geográfico, sino que alude a los espacios, estén donde estén, que son o han sido sometidos a la opresión, de manera que también hay Sur en el Norte, allí donde existen poblaciones excluidas, silenciadas, marginadas<sup>34</sup>, y por lo tan-

---

<sup>33</sup> Y aquí Santos se coloca en el contexto de los críticos frente a las promesas incumplidas del pensamiento moderno, como la Escuela de Frankfurt, para luego dar un paso más al proponer cambiar el paradigma de pensamiento de la modernidad. Sobre las características del nuevo paradigma crítico, cfr. *Ibidem*, pp. 30 y ss., bajo el epígrafe *Hacia una teoría crítica postmoderna*.

<sup>34</sup> ¿Qué sino la opresión legítima para pedir justicia y para formular discursos alternativos? En relación con la lucha frente a la injusticia Santos repite un lema con insistencia: hay que luchar contra la desigualdad cuando esta discrimina y contra la igualdad cuando esta descaracteriza.

to también sus prácticas y saberes pueden ser objeto de estudio y tratamiento por parte de la nueva epistemología. De hecho, la Epistemología del Sur es un proceso de producción de conocimientos científicos válidos a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que, en cualquier espacio, han sufrido de manera sistemática las injusticias y discriminaciones del capitalismo y del colonialismo<sup>35</sup>. Con lo que se nos presenta claramente como un concepto epistemológico y a la vez político que incorpora una valoración crítica sobre los efectos sociales de la globalización hegemónica y que lleva a cabo una apuesta fuerte por hacer los cambios necesarios para lograr la emancipación social. En este sentido, el planteamiento teórico resuelve sin problemas las prevenciones contra el carácter político de la ciencia sobre la base de las necesidades acuciantes, en términos de pobreza, desigualdad, discriminación, crisis medioambiental, desestructuración institucional, etc., que asolan el nuevo siglo. Este compromiso político, que es a la vez ético, es típico de un siglo globalizador y globalizado que, como se ha dicho pensando en los riesgos que encaran tanto las personas como los distintos pueblos de la tierra y la humanidad misma, o será ético o no será.

La impronta política de su metodología de conocimiento no preocupa en absoluto a Santos, quien es plenamente consciente de que la opresión tiene un relevante componente intelectual al que hay que responder también intelectualmente. El componente intelectual de la opresión está basado en una concepción del mundo y en un relato sobre él que ha sido construido por Occidente, y que encuentra su marco y desarrollo en los fenómenos del capitalismo, el colonialismo y el patriarcado, que a la postre serían formas de globalizar experiencias y saberes muy locales. Y frente a estos localismos con pretensiones de universalidad, para Santos es decisivo poner sobre la mesa la idea de que la diversidad del mundo es infinita, lo que determina el hecho de la dificultad de su comprensión, y sobre todo el dato de que su entendimiento no se puede llevar a cabo desde una sola perspectiva, señaladamente desde la perspectiva del conocimiento occidental, que ha sido la que con más fuerza ha tenido, y aún conserva, esa pretensión globalizadora, sino que es necesaria una perspectiva mucho más amplia, o mejor una combinación de perspectivas. E incluso con esta combinación se habría de ser consciente de

---

<sup>35</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...*, cit., pp. 43 y ss. Las prácticas y conocimientos que Santos más ha estudiado desde su primera experiencia en las favelas de Brasil, se encuentran en América Latina. Si bien luego tanto él como los investigadores de sus proyectos se ocupan de otras muchas localizaciones geográficas.

que una comprensión completa del mundo, habida cuenta de su complejidad, es en última instancia imposible<sup>36</sup>.

La insuficiencia de la imaginación sociológica del Norte hace necesario un nuevo conocimiento que cuente con nuevos instrumentos metodológicos, y aquí es donde Santos nos presenta dos nuevas formas de investigación que se inscriben en la epistemología del Sur. Estas formas son, una “sociología de las ausencias” y una “sociología de las emergencias”<sup>37</sup>. Primero, una “sociología de las ausencias” que habría de tener en cuenta lo que la epistemología del Norte ha ignorado y calificado como no-existente. Para Santos el pensamiento del Norte se caracteriza por ser un pensamiento “del abismo”, de la exclusión, en el sentido de que establece categorías y, a partir de ellas, diferencias que marcan las líneas de división entre lo que está dentro y lo que está fuera, entre lo que merece consideración y lo que no, condenando de esta forma a los fenómenos que excluye a un abismo exterior, donde no valen nada y donde no importan nada. En esa frontera exterior se habrían ubicado diversas categorías que Santos detalla. Estaría todo lo que se ha considerado *ignorante o inculto* por parte de la cultura occidental; todo lo que su visión del progreso considera como *retrasado*; lo que su clasificación social estima como *inferior*; lo que su lógica de escala desmerece como *local o particular*; y tam-

---

<sup>36</sup> Santos nos recuerda aquí a Foucault a la hora de plantear las dificultades del conocimiento en relación con la realidad, y al acabar reconociendo que la realidad es en última instancia incognoscible. Y por eso también una de las características de la “ecología de saberes” que va a proponernos será su capacidad para convivir con la ignorancia, con lo incognoscible. Cabe recordar que para Foucault la forma de relación que, como norma general, mantiene el conocimiento con la realidad no es otra que “una relación de violación”. A juicio de Foucault “el conocimiento ha de luchar contra un mundo sin orden, sin encadenamiento, sin forma, sin belleza, sin sabiduría, sin armonía, sin ley...”, y la relación entre el conocimiento y las cosas no es de continuidad natural, sino que entre ellos “sólo puede haber una relación de violencia, dominación, poder y fuerza, una relación de violación. El conocimiento sólo puede ser una violación de las cosas a conocer y no percepción, reconocimiento, identificación de o con ellas”, M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Gedisa, México 1986, pág. 24. También sobre las dificultades del conocimiento, y contra los modos simplificados de conocer, afirmando que el estudio de cualquier concepto de la experiencia humana ha de ser multifacético, cfr. E. MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. M. Pakman, Gedisa, Barcelona, 1994. Su posición es una reacción frente a los discursos hegemónicos que pretenden “controlar y dominar lo real” y olvidan que el pensamiento está animado por una tensión entre la aspiración a un saber no parcelado y el reconocimiento de lo incompleto de todo conocimiento.

<sup>37</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...*, cit., el desarrollo de estos instrumentos metodológicos puede verse en las pp. 35 y ss.

bién lo que su lógica productivista ve como *improductivo o estéril*. Y así frente a unas auténticas “monoculturas” del saber, el progreso, la jerarquía, lo universal y la productividad, se configurará un amplio campo de no-mundo, de realidades despreciadas cuya exclusión implica un empobrecimiento de la realidad y una pérdida de horizontes y de posibilidades, a la vez que genera un claro efecto de discriminación y excusión social sobre la base de las condiciones establecidas por el conocimiento<sup>38</sup>. Todos estos campos de lo que ha sido dejado fuera son reivindicados ahora como campos fértiles de estudio y análisis para la construcción de un *pensamiento postabismal*, que consistiría en un aprendizaje desde el Sur.

## 5. UN PENSAMIENTO POSTABISMAL

Es interesante destacar que el concepto del pensamiento abismal irá ganando influencia en el pensamiento de Santos, que insistirá en cómo la división que establece es de tal magnitud que “«el otro lado de la línea» desaparece como realidad”<sup>39</sup>. Lo que caracteriza este pensamiento abismal es su

---

<sup>38</sup> Y naturalmente estas formas de conocimiento establecen a la vez relaciones de poder, ya que lo considerado como excluido no son sólo formas de conocimiento o de vida, sino también sujetos que se identifican con ellas. Como hemos dicho sobre la relación entre poder y saber se aprecia claramente en el pensamiento de Santos la influencia de Foucault. De él Santos dirá que llevó a cabo el último gran intento de construir una teoría crítica moderna (para Santos merece este adjetivo más que el de postmoderna), y mostró que no hay salida emancipadora dentro del régimen de verdad imperante, ya que la propia resistencia se convierte dentro de su paradigma en poder disciplinario, en opresión consentida en cuanto interiorizada. Su mérito habría sido dar credibilidad a la búsqueda de “régimenes de verdad alternativos”. Santos lamenta que Foucault, muerto prematuramente, no pudiera llegar a contemplar las experiencias del Sur para trabajar ese nuevo marco, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., la referencia está en la pág. 21, dentro del capítulo “Des-pensar para poder pensar”, pp. 11-27. Sobre la relación entre el pensamiento de Santos y el de Foucault, cfr. M. MANDUJANO ESTRADA, *Constitución y pertinencia del cosmopolitismo subalterno: La plataforma de Boaventura de Sousa Santos como alternativa crítica contemporánea*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2014 (accesible en internet), en el epígrafe titulado “Foucault, los modos de producción del poder y las constelaciones emancipatorias”, pp. 79 y ss. Una de las insuficiencias del pensamiento de Foucault sería que al considerar que el poder está en todas partes es más difícil articular posibilidades de resistencia, mientras que para Santos hay que tener claro que el poder está allí donde hay desigualdad.

<sup>39</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Más allá del pensamiento abismal”, en *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., pp. 29-61. La referencia está en la pág. 29. Estas formas en que el pensamiento excluye nos recuerdan una vez más a Foucault, que había dicho, criticando los efectos de poder del arte clasificatorio, que pensar es *hacer tajos*, intentando poner así de mani-

capacidad de exclusión de lo otro, por la imposibilidad de la co-presencia de los dos lados de la línea.

Santos pondrá este fenómeno del pensamiento abismal en relación no sólo con el conocimiento, sino también con el derecho, llegando a importantes conclusiones: “el conocimiento moderno y el derecho moderno representan las más consumadas manifestaciones del pensamiento abismal”<sup>40</sup>. Según este planteamiento, en el derecho hay también líneas abismales. En él la línea más definitiva no es, como pudiera pensarse, la que separa lo legal de lo ilegal, sino la que separa todo el mundo de lo legal/ilegal de lo que ni siquiera tiene consideración. Como veremos la más grave y trascendente distinción no es ya entre lo que es legal y lo que es ilegal (que habría perdido buena parte de su sentido, y que por ejemplo en algunos campos estaría ahora más confundido y mezclado, como ocurriría en todo el ámbito de los denominados “ilegalismos”, y también en algunos otros ámbitos próximos al poder o a la marginalidad, donde la diferencia entre lo legal y lo ilegal se relativiza, como en el caso de la corrupción política<sup>41</sup>), sino entre lo que está sometido al derecho como legal o ilegal y lo que queda en sus márgenes exteriores, lo que es colocado en un abismo donde el derecho no existe y donde lo que ocurre nada le importa al derecho.

Santos nos presenta para explicar el fenómeno dos antecedentes que considera como ejemplos expresivos. Primero, el tratado de Cateau-Cambresis entre Francia y España en 1559, que establecerá una dualidad abismal entre territorios. A este lado de la línea se aplica la tregua, la paz y la amistad entre los dos países, al otro lado la ley del más fuerte, la violencia y el saqueo. Esta dualidad permite al rey de Francia tener una alianza con el rey de España, y al mismo tiempo estar aliado con los piratas que atacan sus barcos al otro lado de la línea<sup>42</sup>. Otro ejemplo: en el siglo XVI una línea global separa lo colonial de lo no colonial, confundiéndose lo colonial con el Estado de naturaleza, donde ni hay derecho ni existen las instituciones de la sociedad civil. Santos cita a Hobbes cuando describe a “la población salvaje de muchos lugares de

---

fiesto el carácter en ocasiones cruel del pensamiento, por ejemplo, en el orden de la exclusión. Las líneas de demarcación del pensamiento son entonces como cuchillas que seccionan y producen dolorosos y sangrientos cortes en la realidad.

<sup>40</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 30.

<sup>41</sup> Intuitivamente se percibe que la diferencia entre lo legal y lo ilegal se está relativizando frente a lo que se deja fuera del sistema.

<sup>42</sup> Cfr. Cfr. B. DESOUSA SANTOS, “Más allá del pensamiento abismal”, en *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit. p. 33.

América" y a Locke cuando se refiere a que "en el principio todo el mundo era América", para referirse a esos estados salvajes ajenos al derecho que encontrarían su ubicación en los países objeto de colonización<sup>43</sup>. Pues bien, para Santos esta distinción sería hoy tan válida como entonces, ya que a nivel global la modernidad no habría implicado la superación del estado de naturaleza, sino la convivencia del estado de naturaleza con el estado civil según un criterio de segregación claramente político, como habría ocurrido en el caso de la convivencia metrópolis/estado civil y colonias/estado natural. De hecho, en las colonias no se habría aplicado nunca la dicotomía regulación/emancipación propia de las metrópolis y su contrato social, sino que para ellas se habría establecido otra dicotomía, mucho más terrible, basada esencialmente en los términos apropiación/violencia. Santos señalará también que han habido dos grandes movimientos tectónicos en relación con la línea abismal, uno ha coincidido con el periodo de la descolonización y las independencias de después de la Segunda Guerra Mundial, que parecía destinado a disminuir los espacios del abismo al formar nuevos estados que aspiraban a funcionar según la lógica del contrato social moderno, y el otro en los años setenta/ochenta del siglo XX, que con un sentido contrario ha extendido lo abismal, ganando fuerza la dicotomía apropiación/violencia, y no sólo en la periferia, por la desestructuración o el fallo de muchos Estados, sino también dentro de los espacios metropolitanos. Y está parece ser la tendencia ahora imperante.

Otro ejemplo actual permite ver muy bien el uso de las líneas abismales en el derecho. Para Santos Guantánamo es hoy "una de las más grotescas manifestaciones de pensamiento legal abismal"<sup>44</sup>. Se trata de un espacio simplemente al margen del derecho, libre de lo legal o ilegal, al margen de cualquier regulación y control, y que pone de manifiesto muy bien el sentido que tiene para el poder la gestión de la distinción entre el derecho y el no derecho (el abismo, el reino de la arbitrariedad, del poder sin límites), distribuyendo estratégicamente los espacios en que funcionan uno u otro. Y junto a este hay otros muchos casos de espacios similares ubicados en un territorio abismal, desde los campos de refugiados en todo el mundo a los Estados fallidos, las naciones desgarradas donde se deshace el entramado institucional, como está

---

<sup>43</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 34. Las naciones colonizadas no obstante no fueron siempre zonas sin ley. Habría que distinguir por ejemplo la colonización anglosajona de la española, que dotó pronto a los territorios de ultramar de las leyes de indias. El hecho de que las leyes no se respetaran hace que el resultado fuera el mismo, pero incluso así se ha de hacer esa salvedad, al menos para distinguir a quienes las propusieron y defendieron de buena fe.

<sup>44</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 36-37.

ocurriendo en muchos países árabes, o las zonas sin ley en cualquier territorio del mundo; y también los espacios de las prisiones, las fábricas donde trabajan los explotados, los guetos, los naufragos que desde Myanmar, vagan por el océano Índico sin estar sometidos a ninguna jurisdicción, o los inmigrantes que acuden a Europa desde Asia y África<sup>45</sup>. La aparición de estos ámbitos es vinculada por Santos a lo que denomina “el retorno de lo colonial”, que se estaría produciendo en estos momentos, y que supondría la expansión en estos espacios y la imposición en ellos de una lógica de la pura apropiación y de la pura violencia, característica de la época colonial, que sustituiría ya descarnadamente a la lógica moderna del derecho, de la regulación y la emancipación<sup>46</sup>.

Así pues, frente a las exclusiones que va a establecer el pensamiento occidental en tanto que pensamiento del abismo, lo que hace la sociología de las ausencias de Santos es ampliar, respecto del panorama moderno, la realidad que contempla, con la clara intención de buscar en esa realidad ampliada posibilidades y expectativas futuras al margen del paradigma de conocimiento que las ha excluido, un paradigma dentro de cuyos límites no es posible ya pensar la alternativa<sup>47</sup>.

## 6. LA SOCIOLOGÍA DE LAS AUSENCIAS

Esta preocupación por lo excluido que muestra la “sociología de las ausencias”, nos hace recordar una expresiva frase de Vattimo, pronunciada

---

<sup>45</sup> La descripción que hace Santos de las zonas sin ley recuerda mucho el planteamiento de A. MINC, en *La nueva Edad Media. El nuevo vacío ideológico*, trad. José Manuel López Vidal, Temas de Hoy, Madrid, 1994, sobre la proliferación de espacios violentos y al margen de los Estados como fenómeno geopolítico típico de la crisis de la modernidad.

<sup>46</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Más allá del pensamiento abismal”, en *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., pág. 38. Serían nuevos espacios coloniales sometidos a un poder en bruto, nuevos estados de naturaleza donde triunfaría el que Santos denomina “fascismo social”. Pero no sólo allí se estaría manifestando la vuelta de lo colonial, también en las sociedades metropolitanas se estaría reproduciendo la situación de personas sometidas a un “no derecho”, en este caso mediante tres nuevos fenómenos ahora gestionados por el poder con el propósito de aumentar el control: la consideración de terrorista, la del emigrante sin papeles y la del refugiado, cfr. *Ibidem*, p. 39.

<sup>47</sup> Es interesante señalar que el concepto amplio que tiene Santos de la realidad se manifiesta aquí extendiéndose no sólo a lo considerado tradicionalmente como real (que en sentido más restringido se reduciría a lo racional, “sólo la racional es real”, en expresión hegeliana), sino también a lo que ha sido tradicionalmente ignorado, e incluso a lo que sin ser real actualmente puede ser pensado como posible, especialmente en atención a su necesidad. Volveremos a hablar sobre ello.

dentro de un entorno postmoderno: "(...) huellas, elementos que no han llegado a transformarse en mundo: las ruinas acumuladas por la historia de los vencedores a los pies del ángel de Klee. La piedad por esos despojos representa el único verdadero motivo de la revolución, más que cualquier proyecto presuntamente legitimado en nombre del derecho natural o del curso necesario de la historia"<sup>48</sup>. En efecto, retomar la atención por aquello que quedó al margen de la historia para devolverle su potencial creador es en buena parte el leitmotiv de esta metodología. La preocupación por todo lo que ha sido condenado al abismo es también la preocupación por los derrotados, por los humillados y los ofendidos, lo que nos recuerda además la opción preferencial por los pobres de la Teología de la liberación, la que ha sido una de las grandes aportaciones latinoamericanas al pensamiento contemporáneo<sup>49</sup>. Esta última es una conexión interesante en relación con Santos, especialmente si consideramos que fue católico practicante hasta los diecisiete

---

<sup>48</sup> G. VATTIMO, "Dialéctica, diferencia y pensamiento débil", en G. VATTIMO y P. A. ROVATTI (eds.), *El pensamiento débil*, trad. L. De Santiago, Cátedra, Madrid, 1990, p. 41. Vattimo habla de la piedad, Santos también tiene un lugar importante para los sentimientos, y subyace a su teoría un importante elemento subjetivo y pasional como resorte para el pensamiento y la acción. Este elemento es el del inconformismo, ya sea en su forma de entusiasmo o de indignación, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...*, cit., p. 42.

<sup>49</sup> Algunas de las referencias de Santos a la teología de la liberación y sus protagonistas aparecen cuando se refiere a los abogados puestos gratuitamente a disposición de las clases populares por la comisión de Justicia y Paz de la diócesis de Olinda y Recife a iniciativa del obispo Helder Câmara (B. DE SOUSA SANTOS, "Introducción a la sociología de la administración de justicia", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1985, 1, pp. 21-35, en concreto pág. 33), o luego en "If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies", cit., en concreto en la p. 29, donde se refiere a la nueva teología política emergente en los años sesenta como una teología que sirve no ya para dar sanción religiosa a unas estructuras sociales y políticas, sino como crítica del proceso social y político de la Ilustración que determinó la privatización del individuo, y en la que incluye a Gustavo Gutiérrez y Leonardo Boff. Precisamente el artículo está orientado a contemplar el papel que puede tener la teología en relación con los derechos humanos. Tema complejo ya que según Santos el planteamiento moderno europeo de los derechos humanos requiere la secularización, cuando él observa por un lado la fuerza que se deriva en ocasiones de planteamientos religiosos en el activismo pro derechos humanos, y por otro que a ciertos movimientos de resistencia frente a la opresión les subyacen en ocasiones identidades con influencia religiosa o al menos espiritual. Probablemente la idea de Santos es poner una vez más de relieve la necesidad de ampliar las bases racionales eurocéntricas de los derechos o de los movimientos de liberación. El tema será más ampliamente abordado en B. DE SOUSA SANTOS, *Si Dios fuera un activista de los Derechos humanos*, cit., donde se propone un diálogo entre los derechos humanos y las teologías políticas progresistas, como la teología de la liberación.

años, y que aún manifiesta interés por el fenómeno religioso, al menos en lo que atañe a la aportación de motivación vital y espiritualidad<sup>50</sup>.

Y a la hora de hablar de derrotados es cuando encontramos en el Sur las historias más expresivas, y especialmente, por formar parte de nuestro mundo más conocido, en América Latina. De cómo allí esta interiorizado este sentimiento de derrota nos habla muy bien la obra de Eduardo Galeano. En su libro *Las venas abiertas de América Latina* se cuenta en clave de explotación la historia del continente, y en ella aparecerán como protagonistas los héroes derrotados, las revoluciones fracasadas, las infamias y las esperanzas muertas<sup>51</sup>. Pero se trata ahora de redimir de alguna manera ese dolor y de valerse junto a esas experiencias de otras experiencias y sentimientos que también las acompañaron, ya que como dice el propio Galeano las experiencias del dolor pueden ser también presentadas como sacrificios fecundos: “la historia es un profeta con la mirada vuelta hacia atrás: por lo que fue, y contra lo que fue, anuncia lo que será. Por eso en este libro, que quiere ofrecer una historia del saqueo y a la vez contar cómo funcionan los mecanismos actuales del despojo, aparecen los conquistadores en las carabelas y, de cerca, los tecnócratas en los *jets*, Hernán Cortés y los infantes de marina, los corregidores del reino y las misiones del Fondo Monetario Internacional, los dividendos de los traficantes de esclavos y las ganancias de la General Motors. También los héroes derrotados y las revoluciones de nuestros días, las infamias y las esperanzas muertas y resurrectas: los sacrificios fecundos. Cuando Alexander von Humboldt investigó las

---

<sup>50</sup> En este sentido es también interesante cómo se aprecia la influencia de la atmósfera intelectual latinoamericana en el pensamiento del Papa Francisco, por ejemplo, en su preocupación ecológica. Precisamente su Carta Encíclica *Laudatio Sí. Sobre el cuidado de la casa común* (2015), entiende la tierra como hogar de los hombres, plantea la idea de los patrimonios comunes de la humanidad, el diálogo intercultural, la justicia entre generaciones y critica la deuda externa y el paradigma tecnocrático de la globalización y sus consecuencias de desigualdad. Al respecto podemos destacar la importancia que ha tenido para el pensamiento ecologista la figura de Leonardo Boff, el sacerdote franciscano de la teoría de la liberación.

<sup>51</sup> Cfr. E. GALEANO, *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, Madrid, 2009. El autor manifiesta una percepción dramática de la historia latinoamericana que no es muy ajena a la que ha tenido tradicionalmente la intelectualidad española sobre la suya, especialmente desde el desastre del 98, y que sólo fue redimida después de la transición democrática. Como ejemplo literario de ese sentimiento podemos citar los conocidos versos de Gil de Viedma en su poema “Apología y petición”, donde dice: “De todas las historias de la Historia/la más triste sin duda es la de España/porque termina mal...”. También sobre la historia de la dominación en América latina cfr. B. CLAVERO, *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy*, Marcial Pons, Madrid, 2002. Tener una historia así implica probablemente la necesidad de trabajar con la derrota.

costumbres de los antiguos indígenas de las mesetas de Bogotá, supo que los indios llamaban *quihica* a las víctimas de las ceremonias rituales. *Quihica* significaba puerta: la muerte de cada elegido abría un nuevo ciclo de ciento ochenta y cinco lunas<sup>52</sup>. Esta es la forma en que el autor aborda, para no morir, una historia de resistencias y derrotas, interpretándola, gracias a los recursos narrativos, como una puerta abierta a la esperanza.

Sin duda, esta idea de Eduardo Galeano, donde la esperanza pervive a los derrotados, encaja bien con el pensamiento de Santos, quién junto a las ausencias como manifestaciones de los reprimidos y olvidados, nos hablará pronto de las emergencias como motivos de esperanza. Porque tras las ausencias aparecen en su pensamiento las emergencias, y Santos, en su “sociología de las emergencias”, se ocupará de los nuevos movimientos protagonistas de los cambios, de las resistencias y de las pervivencias, de las nuevas formas institucionales, también de los nuevos panoramas jurídicos que surgen en los más variados contextos, y que presentan interés como fenómenos contra-hegemónicos, pudiendo ser indicadores esperanzadores del desarrollo de realidades alternativas. En este sentido esta sociología tiene como reto el “sustituir el vacío del futuro según el tiempo lineal... por un futuro de posibilidades plurales y concretas”, superando la falta de alternativas dentro del paradigma moderno, incapaz de presentar formas novedosas de organización distintas de las que ofrece la globalización hegemónica, una globalización que pretende imponer al mundo su futuro. Se trata con ello de investigar las alternativas que caben en el nuevo horizonte de posibilidades concretas, en esa realidad futura que forma parte del nuevo paisaje ampliado que pretende dibujar la investigación. Este empeño respecto de esas realidades emergentes tiene un doble objetivo en línea con el proyecto emancipador “por un lado conocer mejor las condiciones de posibilidad de la esperanza; por otro, definir principios de acción que promueven la realización de esas condiciones<sup>53</sup>. Es decir, ayudarnos a definir qué podemos esperar y cómo contribuir a realizarlo.

Pero tratar con esas prácticas y esos saberes hasta ahora sometidos, que son el nuevo objeto de nuestro conocimiento no va a ser fácil. No es fácil llegar a comprender aquello que hemos despreciado por ignorante, inferior,

---

<sup>52</sup> Cfr. E. GALEANO, *Las venas abiertas de América Latina*, cit., pp. 22-23.

<sup>53</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina*, cit., p. 41. La idea de la esperanza tiene en Santos clara influencia de Ernst Bloch, *El principio de Esperanza*, edición de Pedro Serna, trad. de Felipe González Vicén, Trotta, Madrid, 2004. Especialmente la Parte Cuarta (*Construcción*) *Proyecciones de un mundo mejor*, donde también se realizan interesantes observaciones sobre el tiempo y el espacio en relación con la utopía.

improductivo, atrasado, local... No es fácil entender lo que hemos colocado más allá de nuestra razón, no es fácil hablar con aquello a lo que hemos hecho enmudecer. No es fácil moverse en el abismo ni tratar como iguales a los derrotados. Por eso, dentro de la epistemología del Sur y partiendo de la base de la complejidad y variedad del mundo, Santos articula una serie de instrumentos para aproximarse a esa diversidad de conocimientos y prácticas alternativas de manera fecunda. Estos instrumentos serán la “ecología de saberes”, la “traducción intercultural” y la “hermenéutica diatópica”<sup>54</sup>.

La ecología alude a la naturaleza, al respeto, a la convivencia, a la sostenibilidad, y también a la fragilidad<sup>55</sup>. La “ecología de saberes” parte de dos presupuestos esenciales: por un lado, reconocer y respetar la existencia de múltiples nichos de saberes, diversos y plurales que conviven en el planeta, por otro asumir que todos los saberes tienen límites. Asumir estos presupuestos es una condición esencial para el nuevo conocimiento, un nuevo conocimiento que sostiene, frente al colonialismo epistemológico, que todas las prácticas de relaciones entre seres humanos y entre estos y la naturaleza (ecologías), implican formas diversas de conocimiento que han de ser respetadas, reconocidas y valoradas. Una consecuencia de ello sería la de instaurar una justicia cognitiva que reconozca los conocimientos de todas las culturas como valiosos, ya que la injusticia social debe mucho a la injusticia cognitiva que se ha negado a reconocer el valor de esas otras fuentes de conocimiento.

Junto a esta “ecología de saberes” aparece el “diálogo intercultural”, que es una consecuencia necesaria de la idea dual de que todas las culturas son a la vez respetables e incompletas, lo que hace necesario un diálogo entre ellas

---

<sup>54</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...*, cit. Conceptos desarrollados en p. 43 y ss.

<sup>55</sup> También sobre la ecología de saberes, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Los desafíos de las ciencias sociales hoy”, en *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, Muela del Diablo Editores, La Paz, Bolivia, 2008, pp. 101-120. Y luego en B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., dentro del capítulo “Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes”, pp. 29-61, donde relaciona la ecología de saberes con la superación del pensamiento abismal (la ecología de saberes requiere la co-presencia igualitaria, la simultaneidad y la contemporaneidad, así como el reconocimiento de la incompletitud) y donde aporta la noción de *acción-con-clinamen*, en referencia a posibilidades de desestabilización a partir de movimientos espontáneos e imprevistos que pueden crear situaciones positivas para la emancipación, cfr. *Ibidem*, pp. 59 y ss. Un ejemplo de cómo funciona la ecología de saberes en su pensamiento se descubre el libro ya citado del autor *Si Dios fuese un activista de los Derechos humanos*, donde practica este método para relacionar teorías no hegemónicas de los derechos humanos con teologías políticas progresistas.

para desarrollar un mejor conocimiento del mundo. Toda perspectiva es parcial, y sólo mediante el diálogo entre perspectivas es posible acercarse más al conocimiento del mundo. Este diálogo habría de incidir tanto sobre los saberes como sobre las prácticas de las distintas culturas<sup>56</sup>. A su vez el diálogo intercultural se relaciona con lo que Santos denomina una “hermenéutica diatópica”, que es el trabajo de traducción entre dos o más culturas. Las culturas no pueden hablar entre sí sin más, como no pueden hacerlo dos personas diferentes de lenguas distintas, sino que han de hacerlo en condiciones de igualdad, con las versiones culturales más abiertas<sup>57</sup> y mediante el uso de procedimientos de traducción cultural. Los significados de los conceptos deben interpretarse para compararse y aproximarse en las distintas culturas. Por ejemplo, la preocupación por la dignidad humana, tan importante en occidente para fundamentar la existencia de los derechos humanos, puede dialogar con el concepto islámico de *umma* o con el concepto hindú de *dharma*. Igualmente, la concepción de la vida productiva típica del desarrollo capitalista, podría hablar con la concepción de la *swadeshi* propuesta por Gandhi, o con la concepción de *sumak kawsay* de los pueblos indígenas andinos. O la noción de estos de *Pacha Mama* con el pensamiento ecológico occidental.

Este diálogo entre los conceptos, esta hermenéutica diatópica, tiene su aplicación también en relación con los movimientos sociales que se están produciendo en todo el mundo como resistencia frente a los fenómenos de la globalización hegemónica, ya que también se ha de establecer un diálogo internacional entre sus prácticas y saberes para articularlos como propuestas globales de emancipación. Hay que intentar establecer a partir de los variadísimos movimientos que pueden considerarse de resistencia en todo el planeta, sus relaciones, sus posibilidades de articulación y agregación, las expectativas de cooperación e internacionalización, etc., para conseguir articular prácticas globales contra hegemónicas<sup>58</sup>. Esta es la forma de tratar,

---

<sup>56</sup> Y es interesante reparar en que el trabajo de traducción intercultural es un trabajo intelectual, político y emocional, como se señala en M. MANDUJANO ESTRADA, *Constitución y pertinencia del cosmopolitismo subalterno...*, cit., p. 132. Un ejemplo curioso de diálogo intercultural lo expone Santos a partir del trabajo que unos cantantes de Rap afrobrasileños han realizado con los poemas que él mismo ha escrito, en un caso expresivo de mestizaje cultural.

<sup>57</sup> Por ejemplo, cuando propone que los derechos humanos occidentales dialoguen con las teologías políticas, descarta las versiones más conservadoras del catolicismo, el protestantismo o el Islam, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Si Dios fuera un activista de los derechos humanos*, cit., pp. 31 y ss.

<sup>58</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina*. cit., p. 50.

desde una epistemología del Sur, los fenómenos originariamente locales que surgen en entornos alternativos para hacerlos funcionar en el contexto de la globalización como instrumentos de emancipación.

## 7. APRENDER DEL SUR. LA AMÉRICA LATINA

Como hemos dicho, en su búsqueda de nuevos conocimientos y experiencias con potencial emancipador, Santos va a encontrar algunas de las más importantes referencias en el Sur. Como el mismo señala, “las prácticas transformadoras más prometedoras en los programas del cosmopolitismo y el patrimonio común de la humanidad han provenido en las últimas décadas del “Sur”, de la “periferia” o de los «márgenes» de las acciones sociales y de las perspectivas mundiales. Allí los conceptos modernos occidentales, tales como los derechos humanos, se combinan con una lucha por conservar los modos de identidad comunitaria y cultural que son extraños a la modernidad; una lucha, ciertamente, dirigida a protegerlas de los proyectos hegemónicos de la modernización. Aprender del Sur no es, por tanto, un lema vacío, es una invitación a una concepción desoccidentalizada, descentralizada, de la globalización y de lo que esta significa como proceso civilizador”<sup>59</sup>. Y en ese Sur que le interesa a Santos ocupa un lugar importante América latina.

El interés de Santos por las experiencias latinoamericanas es antiguo, y se remonta a sus primeras investigaciones de sociología jurídica con su trabajo de campo sobre el sistema normativo de la favela de Pasárgada. Seguidamente, su interés se manifestará cuando acuñe el concepto de “Nuestra América”, para referirse a la América Latina, a la que situará en las antípodas de los Estados Unidos, que define como “la última Europa dominante”. A partir de esta expresión se entenderá en buscar en las experiencias, prácticas y saberes de los pueblos y grupos sometidos del subcontinente latinoamericano elementos de resistencia emancipadora frente a las tendencias hegemónicas, economicistas y liberalizadoras de la globalización<sup>60</sup>. “Nuestra América” es presentada por Santos como un constructo intelectual y como un proyecto político, y pretende aprovechar su potencial reivindicación

---

<sup>59</sup> Cfr. el capítulo “La globalización, los Estados-Nación y el campo jurídico: ¿De la diáspora jurídica a la ecúmene jurídica?”, en B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica...*, cit., p. 324.

<sup>60</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Nuestra América. Reinventando un paradigma subalterno de reconocimiento y redistribución”, *Chiapas*, núm. 12, 2001, pp. 31-69.

tivo a partir de una realidad fundada en el mestizaje, en la mezcla de sangre europea, india y africana, compleja por sus raíces mezcladas, dotada de conocimientos originales distintos de los occidentales y perpetuamente resistente frente a la colonización.

En su estudio sobre “Nuestra América” Santos recogerá las principales experiencias de reivindicación y lucha que se producen en Latinoamérica durante el siglo XX, desde la revolución mexicana de 1910 al movimiento zapatista de 1994<sup>61</sup>. A la vez, Santos se enfrenta al fracaso de la mayoría de estas experiencias<sup>62</sup>, que se explicaría por varias razones, como la influencia de la “América europea” con la que comparte un continente que ésta considera su espacio vital; la oposición de las élites locales con intereses contrarios a los generales, con lo que las resistencias acababan tomando la forma de guerra civil; o la falta de una hegemonía dentro de los movimientos de resistencia que los dotara de una acción coordinada<sup>63</sup>. Pero pese a estos fracasos para Santos Latinoamérica sigue siendo un campo privilegiado de experiencias alternativas, ya que preexisten en ella condiciones favorables, como su misma historia de resistencias, o la existencia de conocimientos, formas de vida y maneras de entender el mundo originales y alternativas a los occidentales, o la realidad misma de un mestizaje fecundo que puede servir de referencia en un mundo global en el que la confluencia de razas, culturas, religiones y formas de vida es cada vez mayor. Y de hecho Santos continuará estudiando las experiencias latinoamericanas. Dentro de ellas ocuparan un lugar importante las nuevas prácticas jurídicas que se desarrollaran a partir de principios del siglo XXI, especialmente los recientes cambios constitucionales operados en Ecuador (2008) y Bolivia (2009), a los que va a aplicar sus conceptos meto-

---

<sup>61</sup> Pasando por el movimiento indígena encabezado por Quintín Lamé en Colombia en 1914, el movimiento sandinista en Nicaragua en los años veinte y treinta y su triunfo en los ochenta, la democratización de Guatemala en 1944, el surgimiento del peronismo en 1946, el triunfo de la revolución cubana en 1959, la llegada al poder de Allende en 1970 o el movimiento de los “sin tierra” en Brasil desde los ochenta.

<sup>62</sup> No obstante, hay que notar que cuando Santos se refiere al éxito o fracaso de las experiencias establece algunas referencias para medir el éxito de los movimientos alternativos que van más allá de la conquista del poder político en un determinado país, como son su capacidad para crear tópicos y establecer programas, su influencia para cambiar la retórica de los que deciden, o su virtualidad para promover cambios institucionales o políticas públicas.

<sup>63</sup> A este respecto para el autor las luchas indígenas, de campesinos, obreros, pequeños burgueses o negros ocurrieron siempre aisladas y con antagonismos entre unos y otros, sin una teoría de la traducción.

dológicos, inscribiéndolos en el contexto internacional de la globalización<sup>64</sup>. Esta tarea se lleva a cabo a partir de la importancia que Santos concede a estos nuevos fenómenos jurídicos, que implican para él no solo una novedad en la forma de entender el constitucionalismo, y por lo tanto el orden jurídico, sino además una aportación que puede resultar decisiva para contribuir al que debe ser el principal objetivo del investigador social de cuestiones jurídicas, que no es otro que la instrumentalización del derecho en el marco de un proceso de lucha por la emancipación de las personas.

Sin duda, el aparato conceptual de Santos crea un marco que realiza la importancia y confiere nueva potencialidad a las experiencias del “Sur”, y muy especialmente a las de América latina. Las ubica con pleno derecho en el campo de la globalización y las convierte en protagonistas de la reacción global emancipadora. Sus conceptos políticos y sus movimientos sociales servirán para la construcción de nuevos desarrollos teóricos y para el establecimiento de nuevas estrategias políticas y constitucionales. La revalorización de estas prácticas y su protagonismo global no tendrían que resultarnos una sorpresa, ya que estarían intentando responder a las grandes cuestiones planteadas actualmente por el pensamiento crítico mundial en el ámbito económico, político o medioambiental, como son los problemas de sostenibilidad ambiental, el reconocimiento de la diversidad multicultural, el aumento de las desigualdades sociales, la necesidad de mantener el poder del Estado para corregir los excesos del capitalismo, la crisis de la democracia representativa, etc. El intento de dar respuesta a estos problemas hace que la experiencia latinoamericana sea merecedora de una especial atención, especialmente ante la forma tibia con que se vienen enfrentando estos retos por parte del pensamiento y de la práctica política occidental, que por otro lado es consciente de ellos desde hace décadas sin que se la vea muy capaz de reaccionar<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Es importante destacar aquí que el estudio de Santos se refiere en principio más que a concepciones constitucionales en su conjunto a las experiencias o prácticas jurídicas concretas que se desarrolla a partir de los enunciados constitucionales, y que encajan mejor en su metodología de trabajo que puede considerarse a estos efectos como una metodología de lo fragmentario. Su pluralismo jurídico, sus aportaciones a la democracia participativa, su preocupación medioambiental, su constitucionalismo social, son algunas de las referencias.

<sup>65</sup> Al respecto, en R. MARTÍNEZ DALMAU, *El proceso constituyente boliviano (2006-2008) en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Enlace, La Paz, 2008, pág. 36, se sostiene que “... el constitucionalismo vigente en la mayor parte de los países occidentales, que hemos llamado *constitucionalismo desarrollado* pero que bien podríamos conocer, por el objeto que impulsó su última transformación, como *constitucionalismo del bienestar*, no supo

Además, la novedad y la fuerza de las experiencias latinoamericanas radicaría en que estas responderían mejor a un contexto social en el que la tensión clásica entre el capital y el trabajo como motor de cambio es sustituida en parte por otro tipo de tensiones, como la tensión entre el capital y la naturaleza, la tensión entre el individuo y la identidad cultural, o la tensión entre el colonizador y el colonizado. En occidente el paradigma de resistencia y las propuestas de emancipación habrían girado tradicionalmente en torno a la tensión clásica capital/trabajo, alrededor de la cual se articulan fundamentalmente los movimientos y debates, y a la acción crítica le cuesta deshacerse de ese paradigma, un paradigma que, sin embargo, se desdibuja cada vez más como elemento definitorio de la organización social, batido por la desestructuración del ámbito vital del trabajo y por la nueva relevancia de otras tensiones sociales, y en torno al cual es cada vez más difícil desarrollar proyectos emancipadores<sup>66</sup>. La

---

hacer frente al debilitamiento del Estado social, y se encuentra en una situación de apatía y de incapacidad de dar respuesta a muchos de los requerimientos de las sociedades actuales". En contraposición a esta situación estarían los intentos del constitucionalismo latinoamericano transformador.

<sup>66</sup> No hay duda de que el mundo del trabajo está perdiendo su centralidad en el marco del nuevo desarrollo capitalista. El derecho construyó el modelo social moderno a partir del ideal burgués del buen padre de familia, que cuida de lo suyo y de los suyos, del buen comerciante, guiado por el afán de lucro. Es el hombre diligente y trabajador. En el modelo es decisivo el factor trabajo, hasta el punto de que al perfil del burgués se habría añadido luego el del trabajador como referente social. Habermas insiste en que con la modernidad la autonomía personal y la existencia social individual, vienen ligados a las dimensiones del trabajo o la actividad profesional (J. HABERMAS, *Más allá del Estado Nacional*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 23). En un sentido parecido, para Ulrich Beck, mientras que en la sociedad griega clásica el trabajo excluía de la condición de ciudadano, por el contrario "en las sociedades modernas (el trabajo) se ha convertido en un valor nuclear e integrador, prácticamente sin alternativa ninguna" (U. BECK, *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, trad. Bernardo Moreno Carrillo, Paidós, Barcelona, 2007, pp. 22-23). La sociedad del trabajo se identifica con la sociedad del orden, y el trabajo vence a la pobreza, a la drogodependencia, a la criminalidad, etc. Se establece una visión antropológica según la cual el hombre logra su identidad en y a través del trabajo, y el ciudadano sólo se concibe como trabajador. "El capitalismo... se apoya en la convicción de que sólo quienes tienen una vivienda y un puesto de trabajo seguro, y por ende un futuro material garantizado, son (o pueden devenir en) ciudadanos capaces de apropiarse de la democracia y tornarla viva" (Ibidem, p. 25) Pero la pervivencia de este paradigma está siendo cuestionada. Para Beck el capitalismo cae en la paradoja de considerar al trabajo como eje de la sociedad y a la vez no escatima esfuerzos para destruirlo sobre la base de sus necesidades de beneficio. El moderno neoliberalismo destruye la seguridad en el trabajo y el vínculo social que el mismo capitalismo creó, y conduce, por la falta de trabajo, por el trabajo precario o eventual, a una dinámica progresiva de desestructuración y exclusión social. Y el trabajo ya

realidad latinoamericana estaría sin embargo más adaptada para responder a esas nuevas tensiones, haciéndolo desde concepciones propias más fuertes sobre la naturaleza, desde sentimientos más profundos de lo colectivo, desde necesidades más acuciantes de los derechos, o desde sus experiencias inmemoriales de resistencia a la colonización<sup>67</sup>.

Además de resaltar la importancia de estas experiencias, la teoría de Santos asume el reto de trabajar las prácticas y los saberes emergentes para hacerlos funcionar en contextos globales en los que se pueda explotar su potencial de emancipación. La experiencia del Sur no nos vale ya sólo para constatar los mecanismos de opresión, la asimetría estructural de las relaciones, la falsa relación entre etnicidad y Estado-nación, la ignorancia de tradiciones culturales y jurídicas ancestrales, etc.<sup>68</sup>. El Sur se convierte ahora, a partir de sus movimientos, de sus experiencias, del retorno de sus saberes sometidos, en una rica fuente de sugerencias con potencial creativo y emancipador. Aporta unos nuevos conocimientos, un nuevo lenguaje y una nueva atmósfera en la que pensar los problemas sociales y políticos, y con estas aportaciones nos ofrece sobre todo la posibilidad de escapar al paradigma hegemónico. La pretensión de escapar a un paradigma que de algún modo nos constituye se presenta en principio tan difícil como pudo ser la hazaña del Barón de Munchausen, cuando consiguió sacarse a sí mismo de una ciénaga tirándose de sus propios cabellos. En la realidad es algo imposible de lograr sin contar con un punto de apoyo, y es aquí donde el pensamiento del Sur y las experiencias latinoamericanas se le presentan a Santos como los recursos necesarios para lograr ese objetivo. Un objetivo que lo primero que requiere es ser conscientes de la propia parcialidad de nuestro conocimiento.

Para Santos las nuevas realidades emergentes latinoamericanas estarían aportando importantes novedades al pensamiento y a la práctica política, y especialmente al pensamiento crítico transformador, al contribuir a él con formulaciones novedosas, mestizajes inesperados y conceptos tradicionales

---

no se mantiene como factor de pertenencia ciudadana. El capital ignora estos efectos de la precarización del trabajo, pero sin duda esta crisis del mundo del trabajo va a tener importantes consecuencias en relación con cuestiones importantes como la idea de ciudadanía o la titularidad de los derechos, y puede acabar por provocar la crisis del modelo hegemónico.

<sup>67</sup> Sobre las nuevas tensiones sociales, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, cit., p. 15.

<sup>68</sup> Cfr. "La globalización, los Estados-Nación y el campo jurídico: ¿De la diáspora jurídica a la ecúmene jurídica?", en B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, cit., pp. 405 y ss. En el epígrafe titulado "Aprender del Sur".

extraídos de acervos originales de resistencia. Lo novedoso de estas aportaciones no nos ha de extrañar si se tiene en cuenta la originalidad de los movimientos que están protagonizando las luchas sociales en América Latina. Allí las luchas más transformadoras se están realizando desde realidades socioculturales muy distintas a las eurocéntricas, y sobre la base de conocimientos ancestrales, populares y espirituales ajenos a la teoría científica occidental. Y con concepciones ontológicas sobre el ser y la vida que resultan muy distintas del “presentismo” y del individualismo occidental<sup>69</sup>. Además, las luchas han sido encarnadas no por los agentes políticos tradicionales, como partidos o sindicatos, sino por campesinos, indígenas, afrodescendientes, piqueteros... cuya presencia no fue prevista por la teoría crítica<sup>70</sup>. Se organizan además según formas distintas a las contempladas por la teoría política clásica, y en ocasiones expresan sus luchas en sus lenguas nacionales, con lo que sus demandas o aspiraciones tienen entonces dificultad para ser traducidas al código habitual reformista o revolucionario. Las resistencias “no emergen en los términos familiares de socialismo, derechos humanos, democracia o desarrollo, sino de dignidad, respeto, territorio, autogobierno, el buen vivir, la Madre tierra”<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., dentro del capítulo “Des-pensar para poder pensar”, pp. 11-27, en concreto en las pp. 19-20. Aparte de aportaciones como “el buen vivir” o “la Madre Tierra”, en el mundo andino la unidad no es uno sino dos, todo es pareja, es el mundo de la dualidad. En el mundo andino el hombre no está sobre la tierra, es parte de la tierra. En el mundo andino el futuro no es adelante, el futuro es atrás y está en la historia. En el mundo andino la idea de autoridad se relaciona con la pareja y el ejercicio del poder fluye entre todos los miembros de la comunidad sin perpetuarse en nadie, cfr. F. CÁRDENAS AGUILAR, “Mirando Indio”, en M. I. CHIVI VARGAS, *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado...*, cit., pp. 17-37. La referencia está en las pp. 25-26.

<sup>70</sup> Para el caso de Bolivia, el protagonismo político de los indígenas campesinos, superando el que clásicamente habían desempeñado los trabajadores, está muy bien descrito en I. M. CHIVI VARGAS, “Constitucionalismo emancipatorio, desarrollo normativo y jurisdicción indígena”, en M. I. CHIVI VARGAS, *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado...*, cit., pp. 73-93, en concreto en las pp. 87 y ss. Allí se recoge la intervención de un representante indígena en el VIII Congreso de la Central Obrera Boliviana en 1989, que fue decisivo para la evolución del movimiento opositor en el país, donde el protagonista dice: “Somos nosotros los campesinos los que estamos defendiendo la hoja de coca, los recursos naturales, el oro, las maderas... mientras nuestros compañeros proletarios, con tal de que les den un salario justo les basta y se callan; no ven lo nacional”. A la postre puede decirse que la lucha por la emancipación se expande para convertir su objeto ya no en una lucha de clases sino en una lucha cultural.

<sup>71</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...*, cit., p. 31. Y por ejemplo los indígenas no usan la palabra socialismo, sino la palabra dignidad y la palabra respeto, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Debate sobre la Universidad en el siglo XXI”, en *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, cit. La referencia está en la p. 94.

Precisamente estas formas de resistencia podrían realizar una aportación importante al movimiento crítico también en el campo del lenguaje, al facilitarle una nueva lista de sustantivos. En este punto es donde Santos destaca cómo el pensamiento crítico eurocéntrico fue durante un tiempo propietario de un vasto elenco de sustantivos que podía utilizar como palancas de reivindicación y lucha, pero que sin embargo este movimiento se encuentra ahora, después de haber perdido la batalla de las palabras y su significado, privado de sustantivos propios, y reducido y caracterizado por el uso de adjetivos con los que califica y pretende corregir los sustantivos triunfantes, que son ya más propios de las teorías hegemónicas. Los grandes sustantivos como libertad, seguridad, desarrollo, democracia, son ya configurados por un pensamiento conservador, y al movimiento crítico sólo le queda la opción de adjetivarlos. Así, el desarrollo habría de ser para ellos desarrollo sostenible; la libertad igual, el Estado, de bienestar; los derechos, sociales; la democracia, participativa o deliberativa; etc. Pero el efecto real y negativo de esta situación, que habría supuesto tanto como refugiarse en los adjetivos, estaría en que implica aceptar como límite de los debates y propuestas lo que es posible dentro de un horizonte de alternativas marcado por la forma de entender el sustantivo, un horizonte que no es el propio del pensamiento crítico, con lo que esto implica de renuncia a la potencia transformadora de la teoría. Pues bien, frente a esta situación, en América Latina las luchas sociales estarían dedicadas ahora a “resemantizar viejos conceptos y, al mismo tiempo, a introducir sustantivos nuevos que no tienen precedentes en la teoría crítica eurocéntrica...”<sup>72</sup>, de manera que desde el Sur se estaría recobrando el terreno perdido en la lucha por el lenguaje por parte del pensamiento crítico occidental, poniendo sobre la mesa sustantivos que son patrimonio original del pensamiento crítico, como “Madre tierra” (*Pacha Mama*) o “Buen vivir” (*Suma Kawsay*). Y esta es una muestra de las posibilidades de aprender del Sur en el contexto del pensamiento emancipador. En lo que parece un curioso bucle de la historia los perdedores del Norte acuden a los perdedores del Sur en busca de recursos para volver a plantear la batalla.

## 8. NOVEDAD E IMAGINACIÓN EN LA EPISTEMOLOGÍA DEL SUR

La realidad política, social y jurídica latinoamericana se ha presentado en las últimas décadas bajo la atmósfera de la *novedad*, y esta acepción está carga-

---

<sup>72</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...*, cit., pp. 30-31. La cita está en la p. 31.

da de connotaciones interesantes y prometedoras<sup>73</sup>. Para Santos contemplar un proceso como novedoso es una opción metodológica fruto de un acto de voluntad que pretende valorar positivamente los nuevos fenómenos y dotarles de una entidad original y auspiciadora. Al respecto, para Santos se estaría viviendo en América Latina un auténtico “periodo de actos fundacionales”, que apuntan a una nueva forma de Estado y a una nueva forma de democracia<sup>74</sup>. Este momento vendría acompañado por una especial disposición por parte de las clases populares, a las que se ve por fin con disponibilidad para la “asunción de nuevas creencias colectivas”<sup>75</sup>. En este marco nos presenta por ejemplo el proyecto transformador de las Constituciones de Ecuador y Bolivia, que es visto en su sentido político profundo como un cambio cualificado, un cambio que se presenta como una novedad radical respecto del resto del constitucionalismo latinoamericano, e incluso respecto de los movimientos progresistas reformistas de todo el mundo, que simplemente buscarían devolver al Estado alguna centralidad en la economía y en las políticas sociales, pero sin comprometer la lealtad a la ortodoxia liberal internacional<sup>76</sup>. De hecho, la refundación que proponen del Estado es un reto mucho más amplio que el que asume el reformismo, y las nuevas Constituciones remiten a las posibilidades de superar el capitalismo y el colonialismo mediante una nueva imaginación política, configurándose así como algo esencialmente nuevo, y exponiendo su novedad al análisis, la crítica y la esperanza<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> La novedad del momento latinoamericano se apoyaría en datos de la realidad como la superación de las dictaduras, el cese de los conflictos armados, la menor intervención norteamericana, los nuevos gobiernos progresistas, las nuevas constituciones, la mejora de los indicadores sociales, etc. Esta novedad de los primeros años del s. XXI podría haber entrado, al menos parcialmente en crisis con los últimos cambios del panorama político. Habrá que ver su evolución.

<sup>74</sup> Pese a su entusiasmo por ese momento Santos reconoce también que el acto fundacional es “originario, incompleto y confuso”, lo que le hace dificultoso para el análisis, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Reinventando la emancipación social”, en *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, cit., pp. 13-35. La referencia está en la p. 19.

<sup>75</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., dentro del capítulo “Des-pensar para poder pensar”, pp. 11-27. En concreto en la p. 14, citando a Mercado René Zavaleta.

<sup>76</sup> Y, por ejemplo, mientras la Constitución española era reformada en el 2011 para hacer prioritario el pago de los intereses y del capital de la deuda del país, la Constitución de Ecuador disponía en 2008 que “los egresos permanentes para la salud, educación y justicia serán prioritarios” (art. 286.2).

<sup>77</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...*, cit., p. 69. Es un constitucionalismo distinto también del occidental clásico en la medida en que no es pro-

Esta novedad es la primera apuesta de la presentación de estas experiencias latinoamericanas, pero también la primera dificultad, ya que puede haber quién se resista a admitir la novedad de los procesos e intente desvalorizarlos como antiguos o como ya ensayados, en un intento de cortocircuitar su potencial expansivo. Y la polémica es importante ya que lo nuevo se presenta siempre con una fuerza especial, máxime en el actual contexto de la realidad social y política descrita con frecuencia como un *interim* de transición o cambio del que se espera que surja algo distinto. Si el pensamiento hegemónico globalizador se presenta como novedoso, como fruto de las nuevas exigencias de los tiempos, como la expansión inevitable del curso de la historia, como el futuro que acabará por imponerse, es necesario combatirlo con propuestas que no se pueden presentar como anticuadas. Una vez más, con esta apuesta por la novedad, se nos manifiesta cómo el pensamiento de Santos es esencialmente estratégico.

Otra dificultad de esta novedad es que no sabemos si llegará a cristalizar o si, por el contrario, se pudrirá antes de estar madura. Aparte de los problemas propios de su desarrollo interno, ante la novedad los procesos de resistencia externos son con frecuencia muy fuertes, como por ejemplo ocurre en relación con las experiencias constitucionales en Ecuador y Bolivia; y apostar por reconocer una novedad no quiere decir que esta vaya a tener éxito. En general, las experiencias emergentes objeto de estudio como posibles alternativas liberadoras en la epistemología del Sur están casi por definición dotadas de una fragilidad que Santos reconoce.

Pero, además, lo nuevo plantea dificultades para la teoría en el sentido de que lo nuevo sólo puede llegar a ser analizado como tal en cuanto ocurre, de manera que la teoría debe acompañar a los procesos en tiempo analítico real. En este punto la teoría contemporánea no tiene la soberbia de las teorías modernas omnicomprendivas que pretenden conocer la realidad y ser capaces de anticipar su desarrollo futuro. La teoría no actúa ahora como una vanguardia de la construcción transformadora en curso, al modo de las teorías clásicas, que habían predicho desde sus construcciones propias un devenir que ellas estaban preparadas para gestionar, sino que la teoría se presenta ahora como una "construcción de retaguardia", que examina lo que se está construyendo según se hace o una vez que acaba de hacerse (el pensamiento de la retaguardia implica también que no se puede pensar más allá de lo

---

piciado por las élites políticas, sino por la voluntad constituyente de las clases populares tras una movilización social que crea un "constitucionalismo desde abajo", cfr. *Ibidem*, p. 72.

que la sociedad puede aguantar, una lección de la historia que se hace muy bien en aprender para evitar las imposiciones sobrehumanas de la teoría). Como señaló Santos en una comparecencia en ese país andino, el nuevo ejercicio teórico “es un análisis construido al filo de la navaja con respecto a los cambios políticos en curso en varios países del continente latinoamericano, y muy especialmente en Bolivia”<sup>78</sup>. Una teoría tan apegada al momento presente adopta entonces “características extrañas”, y ya no está tanto al servicio de las prácticas futuras que potencialmente contiene, sino que sirve más bien para legitimar o no lo que está ocurriendo<sup>79</sup>; y es por esto también que desde el lado intelectual requiere el trabajo más que de un profeta o de un clarividente, de un testigo implicado, como por otro lado sabemos que prefiere considerarse Santos<sup>80</sup>.

En cuanto al papel de la imaginación, hay que destacar el importante juego que se otorga a la imaginación en la teoría de Santos, y es curioso cómo los problemas del pensamiento crítico contemporáneo se articulan en su teoría en torno a cuestiones que tienen que ver con la capacidad de imaginar<sup>81</sup>. Para Santos los recursos de la imaginación tienen que ver primero con la capacidad de imaginar el fin del capitalismo, y, como si se tratara de una competición por ver quién es el más imaginativo, distingue, dentro del pensamiento crítico, entre los que son incapaces de pensar que el capitalismo vaya a tener un final, y en consecuencia optan por una política meramente reformista, de corrección de sus excesos sin alterar sus esencias, y los que

---

<sup>78</sup> Ibidem, p. 20. Las referencias a la novedad, sus características y dificultades están en las pp. 19-20. Para Santos la teoría debe incluso “asumir la sorpresa como acto constitutivo de la labor teórica”, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., dentro del capítulo “Des-pensar para poder pensar”, pp. 11-27. En concreto en la p. 19.

<sup>79</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...* cit. pág. 32. Y es interesante constatar que algunos acontecimientos ocurridos en Bolivia y en Ecuador como la apuesta por el desarrollismo a costa de los derechos indígenas, han hecho que Santos tome una posición crítica. No obstante, en sus últimas manifestaciones se muestra comprensivo al señalar las dificultades de los procesos, como traducir conceptos no hegemónicos al lenguaje jurídico moderno, la incompatibilidad de estas Constituciones con contextos internacionales de matriz colonial y capitalista, las tensiones entre la nación cívica y las naciones culturales o la tendencia de las élites a no romper con las jerarquías de la modernidad. Por eso su propuesta es apoyar los procesos, pero exigiendo de las autoridades el mantenimiento de los compromisos contra hegemónicos, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Para uma nova visão da Europa: aprender com o Sul”, en *Sociologías*, Porto Alegre, año 18, set/ dez 2016, pp. 24-56, la referencia está en la p. 51.

<sup>80</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina...*, cit. p. 34.

<sup>81</sup> Cfr. Ibidem, pp. 25-29.

piensan que lo que es inimaginable es que el capitalismo vaya a ser eterno, e intentan imaginar cómo será el fin del capitalismo<sup>82</sup>. Y aquí, donde triunfa la imaginación, es donde encuentra espacio su teoría para promover una política transformadora.

La segunda posibilidad de la imaginación que nos presenta Santos tiene que ver con la capacidad de imaginar otro fin, el fin del colonialismo. Precisamente una buena parte del pensamiento crítico se habría bloqueado por la dificultad de pensar el fin del colonialismo y habría resuelto negar la existencia misma del colonialismo, que para ellos habría desaparecido con la independencia, de manera que ahora el anticapitalismo sería el objetivo político, y el centro de la lucha sería la lucha de clases y no otras reivindicaciones, como la reivindicación multicultural. Sin embargo, para otra vertiente de la tradición crítica, el colonialismo no sólo se mantuvo, sino que en algunos casos se agravó tras la independencia, y se habría convertido en una realidad social más vasta, casi omnipresente, que atravesaría multitud de relaciones y contextos sociales<sup>83</sup>. Es lo que Santos denomina “el colonialismo interno”.

---

<sup>82</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., dentro del capítulo “Des-pensar para poder pensar”, pp. 11-27. La coexistencia de estas dos vías, la de la reforma y la de la transformación sería una característica del actual panorama latinoamericano. Entre las formas políticas del primer modelo estarían la socialdemocracia, el keynesianismo, el Estado de bienestar y el desarrollismo, y pone como ejemplo el Brasil de Lula, una socialdemocracia de nuevo tipo, asentada no en derechos universales, sino en transferencias de capital a grupos sociales vulnerables, y que articula un nacionalismo económico mitigado con la obediencia a la ortodoxia del mercado internacional y a las instituciones del capitalismo global. En el segundo estarían Venezuela, Ecuador y Bolivia, con proyectos de transformación más innovadores.

<sup>83</sup> Que el colonialismo ha pervivido en América latina hasta nuestros días es algo que ya percibió con claridad E. GALEANO en *Las venas abiertas de América Latina*, cit. Para él la colonización no se termina con la marcha de españoles y portugueses, sino que pervive un “colonialismo postcolonial”, en una región sometida a la explotación de las potencias colonizadoras de antes y después de la independencia, una explotación articulada ahora también por medio de los organismos económicos internacionales y muy especialmente por el Fondo Monetario Internacional, dedicado a “desmontar pieza por pieza los mecanismos de la soberanía” (p. 298). Mecanismos de explotación habrían sido la explotación del oro y la plata por parte de españoles y portugueses, luego la imposición del monocultivo (caucho, café, banana, caña, cacao) que, frente a la agricultura tradicional de subsistencia o a una explotación diversificada al servicio de sus intereses propios habría hecho a estos países dependientes de los precios de los productos establecidos en las metrópolis. Y luego la explotación de las materias primas (cobre, estaño, petróleo, etc.) que seguiría impidiendo a estos países escapar del control de los mercados externos (pág. 307). Y todo ello sin olvidar como residuos del colonialismo el papel de la deuda externa, fruto en ocasiones de interesadas ayudas al desarrollo

Nos encontraríamos así con que el colonialismo habría adoptado “una gramática social muy vasta que atraviesa la sociabilidad, el espacio público y el espacio privado, la cultura, las mentalidades y las subjetividades”<sup>84</sup>. Y aquí es donde el anticolonialismo recupera su vitalidad desarrollando una nueva imaginación y un nuevo pensamiento, capaz de imaginar el fin de un colonialismo actualizado por la globalización hegemónica, para construir sus realidades alternativas.

Pero veamos algo más de cómo la imaginación está presente en la teoría. Hay que insistir en que dentro del concepto que Santos tiene de lo real hay sitio también para lo imaginario, especialmente para aquello que sin ser real ahora puede llegar a hacerse real en el futuro. De hecho, a la nueva metodología subyace lo que Santos define como “un nuevo realismo” al que le interesa más que lo real, lo necesario y lo que puede convertirse en futuro<sup>85</sup>. Lo real no está ya más sometido a las constricciones de lo fáctico, sino que está también determinado por las exigencias de la esperanza, del mismo modo que lo real no es tampoco, exclusivamente, lo racional determinado por el conocimiento occidental, sino también lo que se encuentra en las prácticas y los saberes olvidados de los perdedores. Se produce así una ampliación del concepto de lo real, y esta ampliación, que se realiza también en atención a lo necesario, se debe llevar a cabo con el auxilio de la imaginación<sup>86</sup>.

Asimismo, la imaginación es importante porque el objeto del nuevo conocimiento, es decir, lo ausente, lo que está más allá de lo incluido por el conocimiento occidental, es por su misterio un campo fértil para la imagina-

---

que obligan a comprar productos extranjeros, ni la forma en que históricamente se habrían abortado con violencia desde el exterior los intentos de levantar sus economías al margen de la influencia extranjera.

<sup>84</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, cit., p. 15.

<sup>85</sup> Cfr. B. DE SOUSA SANTOS y C. RODRÍGUEZ GARAVITO, “El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contra hegemónica”, en B. DE SOUSA SANTOS y C. A. RODRÍGUEZ GARAVITO, *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, Cuajimalpa, México, 2007, pp. 7-28, la referencia está en la pág. 21. Y la sociología jurídica crítica es aquella que no reduce la realidad a lo que de hecho existe, sino que la contempla como un campo de posibilidades, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, en su introducción al libro B. DE SOUSA SANTOS y M. GARCIA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia...* Tomo I, cit., p. 3.

<sup>86</sup> Nada nuevo por otro lado para los juristas, que conocen muy bien el potencial creador de la imaginación para el pensamiento jurídico. Al respecto cfr. J. I. MARTINEZ GARCIA, *La imaginación jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999. No obstante, hay que señalar que normalmente la imaginación es mejor recibida por los juristas cuando ya ha cristalizado.

ción, igual que las experiencias hasta ahora no consideradas son una fuente privilegiada para la fantasía, al tratarse de realidades misteriosas no colonizadas tampoco por el racionalismo moderno. En especial lo serían las prácticas y saberes de los pueblos indígenas, y, en nuestro contexto, las de los pueblos indígenas de América Latina. Hay que recordar que la gran aportación de América Latina a la literatura universal es el realismo mágico, estilo propio de unos autores contagiados por la realidad indígena, afroamericana y mestiza. Lo indígena sugiere lo mágico, lo fantástico y despierta la imaginación, a la vez que es en sí mismo, y en las fronteras de la racionalidad occidental, un pensamiento muy imaginativo. Por otra parte, el recurso a la imaginación, más allá de la realidad, permite llevar a cabo una selección de las experiencias de estos pueblos, apartando o reformulando aquello que, por su brutalidad o su violencia, debe quedar al margen de la teoría. Al respecto, la recuperación de los saberes sometidos, de las prácticas prohibidas, de las experiencias liberadoras, de las luchas de resistencia, de toda la panoplia de realidades que pueden ser utilizadas en las luchas emancipadoras ha de ser tratada también por la imaginación. La imaginación es entonces necesaria para reconstruirlas, como lo será también para convertirlas en propuestas emancipadoras.

El necesario papel de la imaginación en la recreación de la realidad de los pueblos indígenas va a tener que ver también con el grado de destrucción que ha sufrido su historia, tan desconocida como consecuencia de esta destrucción. En esta misma línea, creo que puede decirse que la visión mayoritaria que se sostiene hoy respecto de los pueblos indígenas es la que los presenta más que nada como “una mezcla de tradición, adaptación, imposición y recreación”<sup>87</sup>. Es muy expresivo señalar a este respecto que cuando Santos se refiere a la forma en que las experiencias y los saberes, antaño sometidos y ahora emergentes, de los pueblos indígenas (pueblos a los que se refiere como “el sur del Sur”), pueden contribuir con aportaciones importantes a repensar el derecho, la comunidad y el Estado, nos dice que prefiere referirse a el *neoderecho*, la *neocomunidad* y el *neoestado*, y que el prefijo *neo* lo que denota es el carácter de la aportación del sur en el sentido de mostrar que no se refiere a aprender del pasado *como realmente sucedió*, “sino más bien del pa-

---

<sup>87</sup> Como sostiene Beatriz Eugenia Sánchez en un interesante artículo sobre la justicia indígena en Colombia, justo antes de empezar a hablar del derecho indígena, cfr. B. E. SÁNCHEZ, “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”, en B. DE SOUSA SANTOS y M. GARCÍA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia...* cit., pp. 5-142. La referencia está en la p. 7.

sado como está siendo reinventado y reimaginado por quienes están legitimados para hacerlo, aprendiendo de la proyección en el pasado el futuro de autodeterminación que dichos pueblos desean vivir y dejar como herencia a sus hijos”<sup>88</sup>. Es decir, la imaginación tiene su papel a la hora de proyectar los nuevos modelos en una reconfiguración que mezcla el pasado con las esperanzas del futuro. Como se ha dicho pensando expresamente en el caso de Bolivia, “... el reconocimiento como naciones de los pueblos indígenas y originarios no es un mero reconocimiento antropológico, sino un punto de partida político de la capacidad de esos pueblos de recrear lo que fueron y de existir en nuevas condiciones que les permitan ser lo que son y lo que quieren llegar a ser dentro de su propio imaginario”<sup>89</sup>.

En general toda la nueva teoría crítica habría de articular razón e ilusión (y la imaginación es una ilusión en el sentido de que es origen de fantasías más allá de la realidad, y también en el sentido de que crea expectativas prometedoras), consciente de que conocer es a la vez imaginar, imaginar nuevas

---

<sup>88</sup> Cfr. “La globalización, los Estados-Nación y el campo jurídico: ¿De la diáspora jurídica a la ecúmene jurídica?”, en B. DE SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica...*, cit., pp. 406 y ss. Allí como aportaciones del sur destaca: sobre el *neoderecho* la importancia de los recursos argumentativos típicos de sus tradiciones jurídicas, frente a los burocráticos y los coactivos; sobre el *neoestado* una revisión de los conceptos clásicos de soberanía, así como nuevas intermediaciones entre el Estado y los ciudadanos y distinciones más equitativas de los conceptos de igualdad y diferencia; y sobre la *neocomunidad*, retomar sus componentes pre-modernos y desarrollar su carácter cada vez más desterritorializado, dando por ejemplo protagonismo a un territorio que sea cada vez más fruto de una construcción imaginativa. El tema de las nuevas territorialidades le interesa a Santos, que habla de territorialidades nuevas, algunas fugaces, pero que muestran la posibilidad de alternativas, y se refiere a los territorios indígenas, los movimientos de apropiación de barrios, las insurrecciones urbanas, los guetos... cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, cit., pp. 18 y 146. Por ejemplo, cuando habla del conflicto del pueblo u’wa Santos señala que su territorio es originariamente físico, pero que la coalición transnacional organizada para su defensa va a hacerlo inteligible para la opinión pública (lo va a traducir o recrear) transformándolo en un territorio simbólico o incluso mítico. Entonces el territorio se integra en un universo simbólico que se relaciona con territorios mentales de la modernidad romántica como el paraíso perdido o la tierra prometida, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, “Significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”, en B. DE SOUSA SANTOS y M. GARCIA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo II, cit., pp. 201-211, en concreto p. 211.

<sup>89</sup> J. C. PINTO QUINTANILLA, “Aportes a la reflexión política de la Constitución”, en M. I. CHIVI VARGAS, *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado...*, cit., pp. 57-72, la referencia está en la p. 62. La cuestión es que no puede ser una recreación de la imaginación occidental, sino de su propia imaginación. La imaginación occidental podrá usarse para trabajar la recreación respecto de ella misma.

formas de vida y de conciencia. La teoría crítica sabe que la imaginación es necesaria para escapar de las teorías que sostienen la opresión, que dominando el lenguaje de lo real se presentan a sí mismas como teorías de lo inevitable, pretendiendo excluir la alternativa al hacerla impensable o fantástica por irreal. Las teorías de la opresión son teorías del “esto es lo que hay”, que ensalzan lo real fáctico y no consideran alternativas. Por eso la teoría crítica ha de imaginar y reinventar, también a sí misma<sup>90</sup>. Y de ahí la importancia de la narrativa, de la narración que no se somete a lo real, que es capaz de escapar del discurso hegemónico de lo real. Cuando Santos propone su intercambio intercultural, su ecología de saberes, sostiene que la narrativa es un lenguaje privilegiado para este intercambio y dice que “narrar y contar historias puede constituir uno de los instrumentos más poderosos para convertir en mutuamente accesibles, inteligibles y relevantes experiencias sociales separadas por el tiempo, el espacio y la cultura”<sup>91</sup>. Santos se está refiriendo a narrativas, historias, parábolas de tradición religiosa o popular. Esa narrativa de historias humanas juega con el tiempo mezclando pasado, presente y futuro, juega con las distancias y las culturas aproximándolas gracias a su capacidad para establecer simpatías de sentimientos, es capaz de hacer una relectura de los éxitos y de los fracasos del pasado, recoge de forma expresiva los sufrimientos y las necesidades humanas, otorga nuevas energías y mantiene la esperanza, de manera que de ella puede emerger “una especie de sabiduría participada del mundo”<sup>92</sup> apta para motivar el sentido de la justicia.

Frente al peso de lo real, a un pasado en ocasiones frustrante y a un futuro que pretende estar ya determinado, en el pensamiento de Santos la posibilidad de la esperanza deriva en parte de su idea respecto del futuro, construida a partir de una consideración positiva respecto de la novedad y de

---

<sup>90</sup> Cfr. la presentación de I. FARAH al libro, B. DE SOUSA SANTOS, *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*, cit., pp. 7-11. La referencia está en las pp. 10-11. El recurso a la imaginación llega al extremo en la aportación de G. MARIACA, en uno de los debates que acompañan las ponencias. Allí cita el Carnaval como “campo ficcional extraordinario”, donde la libertad y la invención abren la puerta a posibilidades imaginativas extraordinarias, y explota sus posibilidades en relación con el problema de la interculturalidad y de la creación de identidades autodeterminadas por parte del sujeto, cfr. *Ibidem*, pág. 77 y ss. Todo ello en línea con los estudios sobre el carnaval y su potencial liberador realizados también en otros países, y en el marco de la importancia que Santos concede al *ethos* barroco latinoamericano y dentro de él al carnaval, en su teoría, cfr. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Nuestra América...”, cit., pp. 13 y ss.

<sup>91</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, cit., p.103.

<sup>92</sup> Cfr. *Ibidem*, p.101.

una amplia capacidad para releer el pasado y para imaginar futuros mejores. Todo ello reforzado por una confianza vital en los saberes y experiencias de la gente y de los pueblos. Como ocurre con el pensamiento utópico la novedad y la imaginación intentan presentar un futuro mejor frente a lo que puede augurar el principio crudo de la realidad, pero en este caso, frente al pensamiento utópico más clásico, el escenario futuro que se nos ofrece estará centrado, no en la descripción de una ciudad ideal, sino en los procesos de lucha por la emancipación que se desarrollan en el marco de un mundo en transformación.

ANGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE  
*Facultad de Derecho  
Universidad de Cantabria  
Avda. de los Castros s/n.  
39005, Santander, Cantabria.  
e-mail: angel.pelayo@unican.es*

**DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y PROTECCIÓN  
DE LOS COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD  
EN LAS CONSTITUCIONES  
DE ECUADOR DE 2008 Y BOLIVIA DE 2009**

*ANTI-DISCRIMINATORY LAW AND PROTECTION  
OF VULNERABLE GROUPS  
IN THE CONSTITUTIONS OF ECUADOR OF 2008 AND BOLIVIA OF 2009*

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ  
*Universitat de València*

Fecha de recepción: 29-3-17  
Fecha de aceptación: 16-1-18

**Resumen:** *El sujeto político que protagonizó los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador no estaba conformado por un partido obrero clásico sino por la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos en situación de vulnerabilidad. Esta naturaleza del sujeto constituyente determinó que la forma de constitucionalismo social emergente no se basara, como el europeo, en la subjetivación del trabajo y reconocimiento de derechos vinculados al trabajo-salario, sino en la visibilización de los grupos sociales hasta ahora excluidos y en su inclusión a la ciudadanía. Ello explica que se traten de textos muy ricos en referencias y mecanismos para el reconocimiento y garantía de los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios y de derecho antidiscriminatorio y donde estos derechos no adoptan la forma de derechos complementarios, como sucede en el constitucionalismo europeo, sino la forma de lo que llamaremos derechos constituyentes.*

**Abstract:** *The political subject that carried out the constituent processes of Bolivia and Ecuador was not conformed by a classic labor party but by the aggregation of multiple movements or struggles of groups in situation of vulnerability. This nature of the constituent subject determined that the form of emergent social constitutionalism was not based, like the European one, on the subjectivatioon of labor and recognition of rights linked to work-salary, but on the visibility*

*of social groups excluded until now and their inclusion to the citizenship. This paper explains how these two constitutional texts are rich in references and mechanisms for the recognition and guarantee of the specific rights of disadvantaged or minority groups and anti-discrimination law and where these rights do not take the form of complementary rights, as happens in European constitutionalism, but rather the form of what we will call constituent rights.*

**Palabras clave:** grupos en situación de vulnerabilidad, Bolivia, Ecuador, derechos humanos, derecho antidiscriminatorio

**Keywords:** groups in situation of vulnerability, Bolivia, Ecuador, Human rights, anti-discrimination law

## 1. EL SUJETO POLÍTICO, LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS Y/O MINORITARIOS COMO DERECHOS CONSTITUYENTES

En todo proceso constituyente existe una relación o concordancia entre la naturaleza del sujeto constituyente que toma el poder estatal y el tipo de democracia o Constitución política emergente en el nuevo escenario constituyente.

Para todo sujeto colectivo transformador la toma del aparato estatal no es más que el medio para convertir aquellas formas de organización y acción política que consideran más eficaces para transformar, en formas de Estado y de Derecho. Teniendo en cuenta que los distintos tipos de sujetos constituyentes posibles: como partido o coalición de partidos políticos, como identificación del pueblo-masa con un líder o como agregación de luchas y movimientos sociales<sup>1</sup>, discrepan acerca de la forma de organización y acción política más eficaz (formas más verticales o horizontales de toma de decisiones, más institucionales o autogestionarias de accionar político, etc.), podemos afirmar que en función de cuál de ellos tome el Estado, la organización de la democracia y operar político de ésta será también distinto.

El sujeto político constituyente durante los procesos de Bolivia de 2006-2009 y Ecuador 2007-2008, no se estructuró alrededor de un partido obrero clásico ni en el marco de sociedades cohesionadas, homogéneas y de pleno empleo, sino alrededor de la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos desaventajados y/o minoritarios en situación de vulnerabilidad (indígenas, mujeres, afros, trabajadores informales, campesinos, mineros,

<sup>1</sup> A. NOGUERA, *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*, Trotta, 2017, pp. 26-28.

movimientos urbanos, confederaciones de pensionistas, etc.) en el marco de sociedades con multi-fragmentación de formas de vida y trabajo. Ello ha determinado la naturaleza de las constituciones que han emergido de estos procesos y el papel que en su interior ejercen los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios y el derecho antidiscriminatorio.

A diferencia del constitucionalismo europeo donde los derechos de los grupos en situación de desventaja y/o vulnerabilidad ocupan una posición de derechos complementarios, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano ocupan una posición de derechos constituyentes.

La diferencia entre lo que denomino derechos constituyentes y derechos complementarios viene dada por el papel o función que cada derecho juega en el seno de una formación económico-social histórico-concreta.

Denomino derechos constituyentes a aquellos o aquel derecho “fundante” a partir del cual se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se vuelve la clave constitutiva e interpretativa fundamental de la organización social, política y económica. Estos son “derechos totalidad”. Se trata de derechos base alrededor de cuyo reconocimiento se construye y articula la totalidad interconectada de relaciones económico-sociales propias de la sociedad en cuestión. El derecho no solo regula lazos directos entre personas, sino que de él se desprende una regulación independiente que le sobrepasa y se constituye en criterio de ordenación de toda la sociedad. Dos de los principales ejemplos de este tipo de derechos son la propiedad en el siglo XIX<sup>2</sup> y el trabajo en el siglo XX<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Durante el Estado liberal temprano, el elemento que determinaba el acceso a todos los demás derechos era la propiedad. La legislación regulaba las relaciones individuales y atribuía a cada cual sus derechos en relación con la propiedad. La estructuración de los dos ámbitos del espacio público (Sociedad Política y Sociedad Civil) se hace en él alrededor del concepto de propiedad. La Sociedad Política era un espacio donde solo tenían sufragio activo y pasivo los individuos propietarios y la sociedad civil se concebía como aquel espacio donde los individuos propietarios desarrollaban su actividad mercantil.

<sup>3</sup> Durante el s. XX el trabajo productivo se conformó en el constitucionalismo social europeo de postguerra en el componente fundamental que constituía y estructuraba la ciudadanía política y social. Constituciones como la de la República española de 1931 empieza su primer artículo señalando “España es una República democrática de trabajadores de toda clase”, o como la de la República italiana de 1947, establece también en el art. 1: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”. El trabajo era, en el Estado social, el elemento fundante y determinante de acceso a la ciudadanía y del sistema de relaciones políticas y económicas.

Por el contrario, denominaré derechos constitucionales simples o derechos complementarios, al resto de derechos. Estos son “derechos-fragmento” que regulan relaciones simples de la realidad social constituidas por las vinculaciones de individuos a individuos o entre una pluralidad de ellos. Se trata de derechos cuyo reconocimiento es valioso en tanto implica una ampliación de libertad, pero no afecta estructuralmente a la base del sistema. Su reconocimiento despeina al sistema arrancándole paulatinamente reformas que amplían la “tolerancia” hacia los nuevos sujetos sociales, pero no lo transforman de manera estructural. Dos ejemplos de derechos conformados durante las últimas décadas como derechos constitucionales son: el derecho al aborto o el reconocimiento o equiparación jurídica con las demás de las parejas de un mismo sexo.

En consecuencia, derechos constituyentes y derechos constitucionales se diferencian en función de su interrelación con y afectación sobre el sistema político, económico y cultural de una sociedad.<sup>4</sup>

Los procesos constituyentes ocurridos en los países europeos después de la segunda guerra mundial fueron realizados con una fuerte presencia de partidos obreros clásicos en el marco de sociedades de pleno empleo donde el único exponente de asalarización era el obrero-masa con familias nucleares heterosexuales con esquemas rígidos y estables de relación patriarcal entre el ámbito doméstico y profesional. Ello hizo que la organización y extensión de la participación y la representación, así como el reconocimiento y garantía de derechos y prestaciones sociales en el interior del Estado social, se hiciera en torno al trabajo-asalariado y sus organizaciones. Las constituciones del Estado social europeo de posguerra fueron modelos trabajo-centristas donde el trabajo se concebía como categoría única y central para entender la sociedad y como lugar de integración social.

El tránsito, en las décadas de los 70 y los 80, de sociedades fordistas de pleno empleo a nuevas sociedades post-fordistas con cada vez más gente en puestos de trabajo inseguro o sin trabajo, con múltiples y plurales formas de convivencia con altos grados de monoparentalidad, con un proceso de globalización que acelera el fenómeno migratorio, etc. implicó una fragmentación de los ejes de desigualdad y la visibilización de grupos en situación de

---

<sup>4</sup> Sobre el concepto de derechos complementarios y derechos constituyentes, vid. A. NOGUERA y M. NAVAS, *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales? Estudio del modelo constitucional de Ecuador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 29-49.

vulnerabilidad que obligó a una reestructuración del modelo de protección social y al reconocimiento de derechos a estos grupos.

Sin embargo, la integración en el espacio de constitucionalidad de estos nuevos grupos, no se hace mediante la redacción de nuevas constituciones ni siquiera, de reformas constitucionales. Se hace por otras dos vías: en primer lugar, por una vía constitucional indirecta. Su integración y la prohibición de su discriminación en el constitucionalismo social europeo no se llevó a cabo mediante una mención explícita de los distintos tipos de grupos en el texto constitucional y el desarrollo de sus derechos específicos, sino por vía de la cláusula general de igualdad que estaba presente en todas las constituciones, la cual actúa como de plataforma de acceso, de asimilación, de los miembros de los grupos en situación de vulnerabilidad a los espacios, derechos y roles de "normalidad". Y, en segundo lugar, por la vía legislativa, jurisprudencial y política.

Por eso defino los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad en el constitucionalismo europeo, como derechos complementarios, porque al margen de su grado de eficacia, actúan como derechos que complementan y corrigen el modelo trabajo-centrista imperante en las Constituciones de posguerra todavía vigentes.

A diferencia de los procesos europeos de posguerra, el sujeto político constituyente en Bolivia y Ecuador no se estructuró alrededor de un partido obrero clásico o coalición de partidos sino alrededor de la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos en situación de vulnerabilidad. Esta naturaleza del sujeto de unidad popular determinó que la forma de constitucionalismo social emergente fuera totalmente distinta al modelo europeo. En concreto, determinó tres aspectos:

- A) La invisibilización jurídica de estos grupos durante décadas determinó su voluntad de visibilización explícita en el texto constitucional, lo que se expresa en el establecimiento de secciones propias de cada uno de los grupos y sus derechos en el interior de la Constitución.
- B) La desconfianza hacia las estructuras de Estado y un Poder judicial que durante décadas los había oprimido actuando al servicio de los poderosos, determinó la fijación constitucional de garantías de acceso y protección judicial, así como de criterios de interpretación jurisdiccional en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad y/o desventaja.

- C) La invisibilización política de estos grupos durante años, determinó su voluntad de asegurar espacios para su representación política que se expresa, por un lado, en la fijación de cuotas de presencia de estos grupos en los órganos de Estado y, por otro lado, en una transformación de las estructuras tradicionales de participación y relación Estado-Sociedad.

En resumen, podemos decir que el hecho de que el constitucionalismo social propio de la Constitución boliviana de 2009 o ecuatoriana de 2008 no sea la integración dentro del texto constitucional de la contradicción Capital-Trabajo asalariado mediante la subjetivación del Trabajo y reconocimiento de derechos vinculados al trabajo-salario, sino la integración del conflicto oligarquías-grupos en situación de vulnerabilidad hasta ahora excluidos de la ciudadanía, hace que los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad no sean derechos complementarios sino que constituyen el centro axiológico de la Constitución, determinando la propia naturaleza de la Constitución y convirtiéndose en derechos constituyentes.

Nos detendremos, en los próximos puntos, en cada uno de los tres aspectos señalados.

## 2. LA VISIBILIZACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS Y/O MINORITARIOS EN LA CONSTITUCIÓN: LA DISCUSIÓN ENTRE CLÁUSULA GENERAL DE IGUALDAD O MENCIÓN EXPLÍCITA DE LOS GRUPOS

Una de las discusiones clásicas en el ámbito del derecho antidiscriminatorio es la de si el reconocimiento, incorporación y protección constitucional de los grupos citados debe hacerse mediante el simple reconocimiento de una cláusula general de igualdad y de prohibición de discriminación o, si por el contrario, es mejor una mención explícita en el texto constitucional de todos y cada uno de los distintos tipos de grupos y el desarrollo de sus derechos específicos.

Por un lado, los defensores de la primera opción señalan que la explicitación de determinados grupos como vulnerables y el reconocimiento específico de derechos, puede tener como consecuencia la invisibilización de otros grupos no expresamente contemplados y que también son vulnerables. Por esa razón, una cláusula de igualdad, que contemple en forma genérica ciertas “categorías sospechosas”, junto con una definición de qué se considera

un grupo o persona vulnerable, puede resultar más garantista que una enumeración que siempre puede quedar corta.

La simple enunciación de una cláusula general de igualdad y prohibición de la discriminación sería suficiente para que los jueces pudieran llevar a cabo su función protectora de los grupos desaventajados y/o vulnerables. Los defensores de esta posición parten de una creencia en la natural inclinación de los jueces, en tanto órgano contramayoritario, hacia la protección de los grupos desaventajados y/o minoritarios.

Se trata de una creencia popularizada a partir de la afirmación de Hamilton en el *Federalista* no. 78, donde estableció: “los jueces no tienen la fuerza ni la voluntad (como los poderes Ejecutivo y Legislativo) sino simplemente su juicio”<sup>5</sup>. Ya en nuestros tiempos, John Rawls también afirmó que las cortes son “la única rama del gobierno que son una criatura de la razón, y sólo de la razón”<sup>6</sup>. También Owen Fiss ha declarado su “fe en la razón” de los jueces que, según él quedó confirmada, por ejemplo, en casos como “*Brown v. Board of Education*”<sup>7</sup>. Tal naturaleza o sensibilidad de los jueces hacia la protección de los débiles jurídicamente haría que la activación de la protección de estos grupos se realizaría a partir de la interpretación judicial. En concreto, a partir de la teoría del refuerzo a la representación.

La doctrina constitucional actual diferencia entre seis teorías de interpretación judicial de las leyes: el originalismo<sup>8</sup>, la lectura moral<sup>9</sup>, el textualis-

---

<sup>5</sup> Citado por R. GARGARELLA, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Adhoc, Buenos Aires, 2005, p. 181.

<sup>6</sup> J. RAWLS, *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 235.

<sup>7</sup> O. FISS, “A community of equals. The constitutional protection of new Americans”, en J. Cohen y J. Rogers (eds.), *The New Inequality: Creating Solutions for Poor America*, Beacon Press, Boston, 1999, p. 99.

<sup>8</sup> El originalismo surge en Estados Unidos y sostiene que lo único que ha de regir la interpretación de la Constitución es la voluntad o intención de los constituyentes (*Original Intent*). Los principales representantes del originalismo fueron, en los años setenta y ochenta, William Rehnquist (“Political Battles For Judicial Independence”. *Washington Law Review*. Vol. 50. 1975. p. 835), Edwin Meese (“Construing the Constitution”. *U.C. Davis Law Review*. Vol. 19. 1985. p. 22), Raoul Berger (*Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Harvard University Press. Cambridge Mass. 1977; y, *Death Penalties*. Harvard University Press. Cambridge Mass. 1982), y Robert Bork (“Neutral Principles an some First Amendment. Problems”. *Indiana Law Journal*. Vol. 47. 1971. p.1). (Sobre ello, ver: M. Beltrán, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Cívitas, Madrid, 1989, pp. 52-54).

<sup>9</sup> Esa estrategia exhorta a que los jueces a que se aparten de las intenciones “originales”, y que lean la Constitución como un documento que fija los principios morales funda-

mo<sup>10</sup>, el minimalismo judicial<sup>11</sup>, la teoría del refuerzo a la representación y la teoría deliberativa de la democracia<sup>12</sup>.

La teoría del refuerzo a la representación tiene sus orígenes en la nota a pie de página no. 4 del caso *United States v. Carolene Products*<sup>13</sup> del año 1938

---

mentales de justicia en una sociedad determinada. El máximo representante de esta corriente es: R. DWORKIN, "La lectura moral y la premisa mayoritarista", en HONGJU, SLYE, y KOH (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.

<sup>10</sup> La corriente textualista sostiene que sólo el texto de la constitución y de las leyes debe servir como fuente de interpretación. El máximo exponente del textualismo es Antonin Scalia, juez de la Suprema Corte de EEUU, en su obra *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press. New Jersey. 1997). (Sobre ello, vid. S. LINARES, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Civitas, Madrid, 2008, pp.110-111).

<sup>11</sup> Esta una teoría de la argumentación judicial desarrollada por Cass Sunstein. La teoría de Sustain se ubica en un punto intermedio entre el originalismo y el textualismo. El elemento central a partir del cual el juez debe interpretar la Constitución es, según esta concepción, el razonamiento analógico (C. SUSTEIN, "Political Conflict and Legal Agreement", en *The Tanner Lectures on Human Values*, November 29, Harvard University Press, 1995). (Sobre ello, vid. S. LINARES, "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes", *Isonomía*, No. 28, 2008, p. 162-163).

<sup>12</sup> Sobre esta, vid. C. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996; y, R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno, Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>13</sup> Este caso se originó debido al decomiso de una carga de leche adulterada que transportaba un camión de esta empresa. Sin embargo, la importancia constitucional del fallo no está en el cuerpo de la sentencia sino en la inclusión de una nota a pie de página en la cual se estableció que la revisión judicial de las leyes se hace respecto de su razonabilidad y, para el tema que nos interesa, en representación de las minorías discretas o insulares que no fueron consideradas cuando se sancionó la ley (Vid. B. ACKERMAN, "Más allá de *Carolene Products*", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No. 08, 2009, pp. 125-156). En la nota a pie de página, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que estas minorías tenían como rasgo fundamental el hecho de que se encontraban desprotegidas en el proceso político de una democracia, es decir, que eran grupos que carecían de la posibilidad de influir en las decisiones políticas del Estado como consecuencia de un defecto estructural de los sistemas políticos mayoritarios. Además, tal como han señalado autores como X.L. ROMERO PÉREZ ("Minorías marginadas, ocultas o invisibles", *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, No. 26, 2011) de la aproximación que hace la Corte Suprema, podría concluirse que las minorías discretas e insulares son grupos minoritarios que no están determinados previamente sino que deben identificarse en un contexto específico debido a que es probable que algunos de estos grupos logren una inclusión social mientras otros continúan con la exclusión o que, simplemente, aparezcan nuevos grupos que se ubiquen en esa situación.

Estas consideraciones realizadas al margen del caso *Carolene Products* fueron el fundamento jurídico a partir del cual los jueces estadounidenses comenzaron a graduar el examen que debían realizar al evaluar la constitucionalidad de una medida que se tachaba como dis-

en el Tribunal Supremo estadounidense, en el que los jueces utilizaron, por primera vez, la expresión “minorías discretas e insulares”.

Uno de los máximos representantes de esta corriente es John H. Ely quien defiende que la revisión judicial debe actuar, entre otras funciones, como un mecanismo destinado a fortalecer la representación y garantizar los intereses de lo que llama minorías “discretas y aisladas”, entendiéndose a éstas como grupos étnicos, religiosos, lingüísticos o culturales que no comparten espacios de convivencia con los demás grupos, no tienen intereses compartidos ni cuentan con representantes políticos para defender sus intereses<sup>14</sup>. En la protección de estos grupos, los jueces deben desconfiar de las leyes y de las intenciones del legislador caracterizadas por el empleo de categorías diferenciadoras aparentemente imparciales que tienen el propósito encubierto de perjudicar a esta clase de minorías<sup>15</sup>.

Para otros autores el concepto de minorías discretas y aisladas queda limitado ya que no es capaz de incluir y proteger a muchos otros grupos políticamente vulnerables y discriminados como discapacitados, homosexuales, travestis o transexuales, ni tampoco permite ampliar el uso de la revisión judicial para la protección de las mayorías vulnerables.

Bruce Ackerman ha defendido la idea de que son las minorías, o en algunos casos mayorías, “anónimas y difusas” las que tienen mayores dificultades para proteger sus intereses en el proceso político<sup>16</sup> puesto que mientras los miembros de minorías insulares están concentrados en zonas determina-

---

criminatoria, lo que hoy día se conoce como el test de igualdad. En la nota a pie de página se establecieron tres situaciones en las cuales el control de constitucionalidad de las leyes debía ser más estricto: 1. cuando se legisla algo que está específicamente prohibido por la ley; 2. cuando se restringen los procesos políticos y 3. cuando las leyes están dirigidas a minorías discretas e insulares. Con fundamento en esta última consideración, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha dirigido su protección judicial, en especial, frente a cinco grupos minoritarios: en razón de la raza (*Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967)), origen nacional (*Oyama v. California*, 332 U. S. 633 (1948)), extranjería (*Graham v. Richardson*, 403 U. S. 365 (1971)), tendencia sexual (*Craig v. Boren*, 429 U. S. 190 (1976)) y filiación no matrimonial (*Trimble v. Gordon*, 430 U. S. 762 (1977)) (Sobre estos ejemplos, vid. K. YOSHINO, “El closet judicial y el altar legislativo”, en Alegre, Marcelo y otros, *Derecho y Sexualidades*, SELA y Librería, Buenos Aires, 2010).

<sup>14</sup> J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 82.

<sup>15</sup> X.L. ROMERO PÉREZ, “Minorías marginadas, ocultas o invisibles”, cit.

<sup>16</sup> B. ACKERMAN, “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 713.

das que les permite crear un sentimiento de solidaridad que hace más viable la organización dentro de la minoría, fortaleciendo el grupo en los procesos electorales y defensa de sus intereses, ello no se da en el caso de las minorías o mayorías “anónimas y difusas”.

Por el otro lado, los defensores de la segunda posición, esto es de la mención explícita en el texto constitucional de todos y cada uno de los distintos tipos de grupos y el desarrollo de sus derechos específicos, señalan que sin perjuicio de que existan jueces preocupados por la protección de los derechos de los más débiles, la experiencia histórica hace difícil defender, de manera general, esta idea de existencia de una tendencia natural de los jueces a defender los derechos de los grupos desfavorecidos.

En este sentido y sin minusvalorar aquellos jueces comprometidos con esta tarea, la práctica jurisprudencial a favor de una mejora de las condiciones de los grupos minoritarios es aun limitada. La manera de solventar esta deficiencia es dejar de hacer recaer la protección de los grupos desaventajados y/o minoritarios en la simple buena voluntad de los jueces, pensando que estos van a proteger a tales grupos por el mero hecho de que la constitución se lo exige, y establecer mecanismos que favorezcan tal protección jurisdiccional.

A pesar de su fe en la razón de los jueces, Owen Fiss o John Hart Ely señalaron la necesidad de introducir mecanismos que determinaran el diseño de una estructura institucional que favorezca estos resultados<sup>17</sup>, aunque no hacen ninguna propuesta concreta en este sentido. Por su lado, Roberto Gargarella, había establecido que la potenciación del rol activo de los jueces en la protección de grupos desaventajados y/o minoritarios no es tanto un problema institucional como un “problema motivacional”, esto es, acerca de que incentivos son necesarios para que los jueces se comporten del modo en que queremos que lo hagan. Las propuestas que formula en este sentido son diversas<sup>18</sup>.

En este mismo sentido, autores como C. Aponte han señalado que el reconocimiento constitucional explícito de los derechos particulares de grupos

---

<sup>17</sup> O. FISS, “Groups and the equal protection clause”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1975, p. 154; J. H. ELY, *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

<sup>18</sup> Una de estas propuestas es la incorporación por cuota dentro de los altos tribunales de miembros de algunos de los principales grupos en situación de vulnerabilidad (R. GARGARELLA, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 170).

vulnerables genera mayores oportunidades para que estos derechos sean objeto de atención pública, de procesos de planificación estatal o de formulación de políticas y leyes<sup>19</sup>. Su mención y reconocimiento explícito en el texto constitucional permite visibilizar el grupo social en cuestión, pasando de la categoría de lo que Kenji Yoshino llama “abyecto político” a la de “sujeto político”, entendiendo por abyecto político a un grupo tan privado de su humanidad fundamental que no puede participar en el discurso cívico y por sujeto político a un grupo que a pesar de ser impopular o estar en el bando perdedor en la mayor parte de los debates hace parte del proceso democrático<sup>20</sup>.

El reconocimiento explícito del grupo tendría, en consecuencia, una función garantista. El grado de determinación o indeterminación constitucional a este respecto condicionará la libertad valorativa del legislador y los jueces constitucionales, a la hora de considerar o no relevantes las diferencias y en su virtud especificar el régimen jurídico aplicable. Concretamente, la mención explícita de los grupos y sus derechos sirve para solventar uno de los problemas principales no resueltos ni cerrados del derecho antidiscriminatorio tradicional, que es la dificultad de identificación de la categoría grupo en situación de vulnerabilidad<sup>21</sup>.

Los ordenamientos jurídicos liberales tradicionales no favorecen la identificación de la categoría grupo en situación de vulnerabilidad. A pesar de reconocer la cláusula antidiscriminatoria genérica, estos ordenamientos están atravesados por una cultura jurídica impregnada de categorías jurídicas individuales, donde existe un modelo de igualdad individualizado, escasamente preparado para implementar un concepto de igualdad basada en grupos (*group-based*) y hacer frente a aspectos estructurales de discriminación

---

<sup>19</sup> C. Aponte, refiriéndose a la Constitución venezolana de 1999, señaló que la ampliación del articulado de derechos sociales en la Constitución “no es en sí misma buena o mala, pero puede considerarse que, en el caso de la explicitación de los derechos particulares de los grupos vulnerables, se ha generado un avance representado por las mayores oportunidades para que esos derechos sean objeto de atención pública, de procesos de planificación estatal o de formulación de políticas y leyes” (C. APONTE, “Los derechos sociales y la Constitución de 1999: ¿nuevas garantías o espejismos?”, en T. MAINGON (ed.), *La cuestión social en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, CENDES, Caracas, 2000, p. 119). En igual sentido, Vid. F. PALACIOS, “La ruptura constitucional del Estado precario: los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo iberoamericano. La especificidad del modelo venezolano”, *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, núm. 14, 2006, p. 105.

<sup>20</sup> K. YOSHINO, “El closet judicial y el altar legislativo”, cit.

<sup>21</sup> Sobre esta dificultad, Vid. M. J. AÑON, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm. 39, 2013.

más complejos, como es el caso de la discriminación interseccional. Por ello, el concepto de discriminación utilizado en los textos legislativos y jurisprudenciales supone que la discriminación es un conflicto entre individuos concretos y tiende a convertir el problema en una cuestión intersubjetiva.

Por tanto, en los ordenamientos jurídicos liberales tradicionales, la identificación de grupo en situación de vulnerabilidad no deriva de la subsunción del caso en la norma (como pasa cuando estos grupos están reconocidos explícitamente en la Constitución), sino que es el legislador o el juez los que mediante su interpretación deben construir la idea de que aquella persona forma parte de un grupo en situación de vulnerabilidad y para ello deben proceder a intentar identificar si existe una historia de discriminación colectiva basada en alguno de los criterios prohibidos respecto a un derecho particular que afecta al caso que examinan. El legislador o el juez deben averiguar si el grupo ha sido excluido del acceso o del ejercicio de uno o varios derechos en el pasado, o si existe relación entre la regulación actual de un derecho o prestación y las normas o prácticas discriminatorias del pasado, etc.

En resumen, los ordenamientos jurídicos liberales tradicionales muestran muchas veces dificultades para identificar correctamente las categorías específicas relativas a quiénes son discriminados.

En cambio, la enumeración explícita en el texto constitucional de los grupos desaventajados y/o minoritarios soluciona en gran parte este problema de identificación, superando el modelo de igualdad estrictamente individualizante. Ello a la vez, proporciona niveles de protección jurídica mucho más elevada a estos grupos en tanto que se establecen estándares de revisión mucho más estrictos.

La enumeración explícita de una categoría como grupo en situación de vulnerabilidad en el texto constitucional implica la aceptación *a priori* de que existe una situación no de diferencia sino de discriminación estructural hacia éste y ello obliga a que deban existir razones de una relevancia especial para justificar distinciones basadas en ciertos motivos, clases o categorías. El reconocimiento constitucional diferenciado del grupo en cuestión, como grupo de especial protección, lleva a la existencia de una presunción de ilegitimidad de la norma, política, o acción de distinción llevada a cabo por una autoridad pública o un privado que es considerada como lo que la doctrina norteamericana llama “categoría sospechosa”, con lo que la tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad o sujeto que establece las distinciones disminuye.

Ello da lugar a que la autoridad deba presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”) para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”. En general, la exigencia a la autoridad de aporte de razones para justificar que la clasificación de sus normas no son contrarias a las normas de derechos humanos, a las constitucionales, o a ambas, se incrementa<sup>22</sup>.

En consecuencia, el nivel de tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones es mucho menor y los niveles de protección de los derechos de los grupos vulnerables mucho más garantistas.

Tanto en las constituciones de Ecuador de 2008 como de Bolivia de 2009, esta discusión se resuelve a favor de la mención explícita de los distintos grupos sociales y sus derechos. Como hemos señalado anteriormente, la causa de ello la encontramos en el hecho de que el sujeto constituyente estuviera integrado por distintos grupos sociales que históricamente han sufrido una situación de exclusión. Ello hizo que a la hora de redactar la Constitución cada uno de ellos quisiera estar visibilizado como grupo. La mención explícita de cada uno de ellos y de sus derechos cumple aquí no sólo una función garantista, sino también una función integradora y didáctica.

Así por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008 incorpora dentro del Título II (*Derechos*) un capítulo tercero (*Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria*) donde se incluyen secciones dedicadas a: Adultas y adultos mayores (Sección primera. Arts. 36-38), jóvenes (sección segunda. Art. 39), movilidad Humana (sección tercera. Arts. 40-42), mujeres embarazadas (sección cuarta. Art. 43), niñas, niños y adolescentes (sección quinta. Arts. 44-46), personas con discapacidad (sección sexta. Arts. 47-49), personas con enfermedades catastróficas (sección séptima. Art. 50), personas privadas de libertad (sección octava. Art. 51) y personas usuarias y consumidoras (sección

---

<sup>22</sup> Así se desprende claramente de sentencias como: Tribunal Supremo de Venezuela, Sentencia 1024, 3 de mayo de 2000, Magistrado Ponente José Rafael Tinoco; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05.; y Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, Fallos 321:194 (caso Calvo y Pesini, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo). En el caso *Calvo y Pesini*, donde se cuestionaba una ley provincial que impedía el ingreso a planta en los hospitales públicos provinciales a quienes no eran argentinos, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda por entender que el Estado no había acreditado una “justificación suficiente de la restricción”, considerando insuficiente, en ese caso concreto, “una dogmática afirmación de su postura” (CSJN, *Calvo y Pesini, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo*; Fallos 321:194).

novena. Arts. 52-55). Además, el capítulo cuarto está dedicado a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Arts. 56-60).

O la Constitución de Bolivia de 2009, dentro del Capítulo de derechos sociales y económicos, desarrolla de manera expresa, en secciones separadas, los derechos de grupos sociales específicos: los derechos de niñez, adolescencia y juventud (Sección V. Arts. 58 a 61), los derechos de las personas adultas mayores (Sección VII. Arts. 67 a 79), los derechos de las personas con discapacidad (Sección VIII. Arts. 70 a 72) y los derechos de las personas privadas de libertad (Sección IX. Arts. 73 a 74).

En cada uno de estas secciones se incluyen los derechos específicos para cada uno de estos grupos. Ahora bien ¿qué tipo de derechos se les reconocen? Otra de las discusiones clásicas del derecho antidiscriminatorio es la de si la incorporación de estos grupos desaventajados y/o minoritarios debe hacerse a través de derechos individuales o colectivos. En este sentido, encontramos también dos grandes posiciones extremas:

En un extremo, encontraríamos el posicionamiento que tiene sus fundamentos en la concepción moderna ilustrada de igualdad de base liberal-individualista. Esta parte de la idea de que los derechos de grupo son incompatibles con la tradición liberal. Desde este punto de vista, los individuos constituirían las unidades básicas de la teoría liberal y sus derechos y deberes no deberían depender de o variar por su pertenencia a un grupo etnocultural. La actitud del Estado liberal frente a los grupos etnoculturales debiera ser, aseguran autores como Michael Walzer, de neutralidad. Un Estado neutral no debería apoyar ni desincentivar la pertenencia a grupos etnoculturales, y de hecho no debería reconocerlos explícitamente, excepto para asegurar que sus miembros no son objeto de discriminación. La identidad cultural debería tratarse como la religión, esto es como algo que las personas son libres de cultivar en su vida privada.<sup>23</sup>

Según esta concepción, el reconocimiento de derechos de los grupos desaventajados y/o minoritarios debe ser construido sobre las bases universales de igualdad ante la ley, igual libertad e igualdad de derechos, planteando que

---

<sup>23</sup> El más claro ejemplo de nación cívica, para Walzer, lo constituyen Estados Unidos, cuya neutralidad etnocultural se refleja en el hecho de que no exista una lengua oficial constitucionalmente reconocida (M. WALZER, "Comment", en A. GUTMAN (ed.), *Multiculturalism and the Politics on Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1992, pp. 100-101; *What it Means to be an American*, Marsilio, Nueva York, 1992, p. 9. Citado por W. KYMLICKA, "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal", *Isegoría*, núm. 14, 1996, p. 8.

hay personas en la sociedad que por su situación personal, ya sean motivos físicos, económicos, étnicos, religiosos, identitarios o socioculturales, se encuentran en situación de inferioridad, siendo incapaces por sí mismos de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad, lo que justifica un proceso de especificación de derechos subjetivos individuales y tratamiento diferenciado en forma de políticas públicas. La ampliación de derechos subjetivos a determinados sujetos en el texto constitucional, no se hace aquí desde una posición de derechos colectivos ni de transformación con la sociedad liberal, sino que se ha hecho desde los derechos individuales, que actúan como plataforma de acceso, de asimilación, de los miembros de los grupos en situación de vulnerabilidad a los espacios, derechos y roles de “normalidad”, pero sin transformarlos.

En el otro extremo, encontraríamos la concepción corporativista. Según este posicionamiento defendido por autores como Charles Taylor, la vía de un grupo para evitar su marginación y defender sus derechos no debe ser integrarse como individuos, mediante el reconocimiento de derechos individuales, en la cultura o en el espacio político, económico y social mayoritario como otros individuos más, puesto que ello no es posible. Ante situaciones de desigualdad estructural de partida la asimilación no genera igualdad sino que reproduce desigualdad. Sino que debe ser la de buscar el tipo de derechos y poderes de autogobierno necesarios para mantener su propia cultura societaria, es decir, crear sus propias instituciones económicas, políticas y educativas<sup>24</sup>. La integración de los grupos en situación de vulnerabilidad en la constitución se debe hacer por la vía del reconocimiento de derechos colectivos a los sujetos colectivos. Esta concepción parte de dos ideas: la primera es que el grupo no es un mero agregado de individuos sino una entidad con existencia aparte de sus miembros a la que hay que reconocer derechos identitarios y diferenciados, puesto que el bienestar y estatus de los miembros están en gran parte determinados por el bienestar y estatus del grupo; y la segunda, es que el reconocimiento de estos derechos al grupo son, de forma inmediata o mediata, demandas de reconocimiento político y exigencias de nuevos repartos de poder en el interior del Estado, lo que en términos políticos implica un desafío a las jerarquías dominantes y una transformación de la racionalidad política y jurídica liberal dominante.

---

<sup>24</sup> Vid. Ch TAYLOR, “Nationalism and modernity”, en J. HALL (ed.), *The State of the Nation: Ernest Gellner and the Theory of Nationalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 191-218.

Seguramente, ninguna de estas dos posiciones extremas es capaz de dar solución por sí solas la integración de los grupos en situación de vulnerabilidad en el texto constitucional, puesto que no son capaces de dar respuestas a problemas como que no todos los grupos exigen el mismo tipo de integración en la Constitución, ni los mismos derechos, principalmente, porque existen distintos tipos de grupos con intereses diferentes. Si bien la integración mediante derechos colectivos es una reivindicación histórica de grupos como los indígenas, ¿puede considerarse que las personas sordas o con discapacidad son un grupo con identidad antropológica y cultural propia? Al mismo tiempo, a diferencia de lo que se acostumbra a plantear desde la perspectiva liberal, no se pueden reducir todos los derechos de los grupos a derechos individuales ni tampoco es posible reducir todos los derechos de los grupos a derechos colectivos<sup>25</sup>.

Esto obliga a tener que adoptar posiciones intermedias entre ambas. Es en este sentido que se ubican las constituciones de Ecuador y Bolivia, en las que los derechos reconocidos a los grupos desaventajados y/o minoritarios incluyen medidas de equiparación en el reconocimiento jurídico, a la vez que medidas de diferenciación.

Por un lado, las medidas de equiparación en el reconocimiento jurídico persiguen equiparar a los individuos de grupos en situación de vulnerabilidad con el resto de miembros de la comunidad política. Aquí el valor que se trata de hacer efectivo es el de la igualdad. Supone la inclusión como ciudadanos reconociéndoles todos los derechos, al igual que el resto de ciudadanos. El tipo de reconocimiento normativo que se hace para ello es: el reconocimiento de derechos individuales y la prohibición de discriminación hacia determinados grupos, el reconocimiento de excepciones y privilegios cuando lo que se busca es el reconocimiento de la diferencia para lograr esa equiparación y la adopción de políticas que incluyan medidas de acción afirmativa para hacer efectiva la equiparación de derechos.

Se trata de medidas que pueden encuadrarse en el esquema rawlsiano. A pesar de que Rawls no trató explícitamente las acciones positivas, diversos autores<sup>26</sup> ubican tales medidas como parte del principio de justa igual-

---

<sup>25</sup> Sobre estos problemas, vid. J. GARCÍA AÑON, “¿Hay derechos colectivos? Diversidad, diversidad de minorías, diversidad de derechos”, en F.J. ANSUÁTEGUI, *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 201-202.

<sup>26</sup> Th. NAGEL, “Rawls and Affirmative Action”, *The Journal of Blacks in Higher Education*, núm. 39, 2003, p. 84; M.V. RODRÍGUEZ, “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en A. FACIO y L. FRIES (eds.), *Género y Derecho*, LOM/ La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 263;

dad de oportunidades de Rawls, el cual “sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dones naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables”<sup>27</sup>.

En esta dirección, una de las novedades que presenta la Constitución ecuatoriana es que no sólo proclama derechos y establece los mecanismos procesales tradicionales para su protección, sino que establece también las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado a favor de determinados grupos sociales<sup>28</sup>. De manera separada al Título II de los Derechos, la Constitución incorpora el Título VII (Régimen del Buen Vivir) destinado a establecer el “Sistema nacional de inclusión y equidad social”. Se trata del conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo.

Para la implementación de este sistema que se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte, el texto constitucional establece que el Estado deberá “priorizar su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad” (art. 341). Asimismo, a lo largo del desarrollo de las secciones del Título, se hace referencia continua a las acciones afirmativas hacia estos grupos<sup>29</sup>.

---

J. RODRÍGUEZ ZEPEDA, “El igualitarismo radical de John Rawls”, *Isegoría*, núm. 31, 2004, p. 112; M.M. IRIBARNE, “Acción positiva”, *Eunomía*, num. 6, 2014, p. 213.

<sup>27</sup> J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 103.

<sup>28</sup> Vid. A. NOGUERA, “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, 2009, pp. 117-147.

<sup>29</sup> “El Estado (...) desarrollará planes y programas de financiamiento para vivienda de interés social, (...) con énfasis para las personas de escasos recursos económicos y las mujeres jefas de hogar” (art. 375.5); “El Estado protegerá, promoverá y coordinará la cultura física que comprende el deporte, la educación física y la recreación, como actividades que contribuyen a la salud, formación y desarrollo integral de las personas; (...) y fomentará la participación de las personas con discapacidad” (art. 381); etc.

Consiguientemente, se establecen garantías no sólo para la protección de la violación por acción pública o privada de los derechos, sino también garantías para que los miembros de los grupos en situación de vulnerabilidad puedan obligar al Estado a que cumpla con las directrices constitucionales sobre políticas públicas que se convierten en los mecanismos para hacer realmente efectivos los derechos reconocidos por la Constitución. Esta obligación para el Estado deriva del hecho de que, a diferencia de sus predecesoras, la Constitución de 2008 no ubica las garantías constitucionales dentro del Título o parte de los derechos, sino que los ubica en un Título totalmente independiente (Título III: Garantías constitucionales). Situadas dentro del mismo título de los derechos, como sucede en todas las constituciones, las garantías se convierten en instrumentos para garantizar sólo la aplicación de la carta de derechos, no del resto de la Constitución. En cambio, la separación de las garantías en un Título autónomo en el texto ecuatoriano extiende su alcance a todo el texto constitucional, no sólo a la carta de derechos sino también, por ejemplo, al Título VII (Régimen del Buen Vivir) donde se establece el “Sistema nacional de inclusión y equidad social”<sup>30</sup>.

En un sentido parecido, la Constitución boliviana de 2009 también fija directrices de políticas públicas a favor de determinados grupos sociales. En materia de trabajo, por ejemplo, el texto establece directrices especiales para la incorporación de los jóvenes al mercado laboral<sup>31</sup> y a las políticas de no discriminación e igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral<sup>32</sup>. La posibilidad de estos grupos de poder exigir al Estado el cumplimiento obligatorio de tales políticas públicas viene reforzada por el art. 48.I, que dice: “las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio”.

Por otro lado, la insuficiencia del reconocimiento de los derechos individuales para la efectiva protección de los derechos de los individuos y de los grupos exige que las anteriores se complementen con medidas de diferencia-

---

<sup>30</sup> Vid. A. NOGUERA, “El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008”, cit., pp. 124-125.

<sup>31</sup> Art. 48.VII Constitución Bolivia: “El Estado garantizará la incorporación de las jóvenes y los jóvenes en el sistema productivo, de acuerdo con su capacitación y formación”.

<sup>32</sup> Art. 48.V y VI Constitución Bolivia: “El Estado promoverá la incorporación de las mujeres al trabajo y garantizará la misma remuneración que a los hombres por un trabajo de igual valor, tanto en el ámbito público como en el privado”, “Las mujeres no podrán ser discriminadas o despedidas por su estado civil, situación de embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijas o hijos. Se garantiza la inamovilidad laboral de las mujeres en estado de embarazo, y de los progenitores, hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad”.

ción. Estas medidas son necesarias por el hecho de tratarse de un colectivo y tener unas exigencias peculiares protegibles para garantizar la diversidad. Entre las medidas de diferenciación podríamos apuntar: el reconocimiento de derechos colectivos, incluyendo tanto aquellos ejercidos por un titular individual como por un titular colectivo y las medidas de acción afirmativa cuyo destinatario no sean sólo los individuos, sino los propios grupos para hacer efectivos estos derechos diferenciados de grupo.

Ejemplo claro de ello son el reconocimiento de los derechos colectivos de los indígenas a la autodeterminación (arts. 2, 30.II.4 y 289 de la Constitución boliviana y arts. 57 y 96 de la ecuatoriana) y a sus tierras comunitarias (art. 30.II.4 de la Constitución boliviana y art. 57.4 de la Constitución ecuatoriana), o a la consulta previa libre e informada mediante procedimientos propios cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles (art. 30.II.15 de la Constitución boliviana y art. 57.7 de la ecuatoriana).

### 3. GARANTÍAS DE ACCESO Y PROTECCIÓN JUDICIAL Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL EN FAVOR DE LOS GRUPOS DESAVENTAJADOS Y/O MINORITARIOS

La fuerte vinculación, en ambos países, entre Poder judicial y élites económicas y políticas y décadas de sentencias judiciales que desprotegían a los débiles jurídicamente, había generado una fuerte desconfianza en los jueces y llevó a que cuando los grupos históricamente excluidos tomaran el Poder establecieran en la Constitución fuertes garantías de acceso y protección judicial, así como criterios de interpretación jurisdiccional para el caso de conflicto de derechos, que beneficien a los grupos sociales más débiles.

#### 3.1. Acceso y protección judicial

Las dos principales dificultades para la justiciabilidad de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad han sido seguramente:

En primer lugar, la cuestión del acceso de estos grupos a la justicia. Muchas veces y especialmente en el caso de grupos en situación de vulnerabilidad, el poder acceder a sus derechos no sólo depende del reconocimiento jurídico de los mismos, el restablecimiento de un derecho vulnerado implica tener que movilizar un conjunto de recursos económicos, intelectuales,

socio-culturales, de información y conocimiento, facilidad lingüística, etc. de los que, muchas veces, no disponen individualmente los miembros de los grupos sociales en situación de vulnerabilidad<sup>33</sup>.

Y, en segundo lugar, el régimen probatorio de la discriminación.

Estas dos dificultades requieren un cambio en los procedimientos jurisdiccionales tradicionales.

Respecto al acceso a la justicia, esta es una cuestión tratada ampliamente en el documento *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobado en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, donde se establecen determinados estándares relativos a: una asistencia de calidad, especializada y gratuita; al acceso a intérpretes o reconocimiento de lenguas de los pueblos indígenas; a la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones; a favorecer procedimientos judiciales basados en la oralidad; impulsar formas alternativas de resolución de conflictos; etc.

Todos estos estándares han sido incorporados en las constituciones de Bolivia y Ecuador o en su legislación de desarrollo, así como en la mayoría los de países del ámbito iberoamericano.

Se trata todas ellas de medidas que, sin duda, actúan como plataforma de acceso de las personas en condición de vulnerabilidad a la justicia, sin embargo, al ser medidas que tienen como sujeto de referencia al individuo impiden salvar, una vez el proceso judicial ya está en marcha, la dificultad de desigualdad estructural entre las partes, en el que una persona sola en condición de vulnerabilidad difícilmente se encuentra en condiciones de igualdad para enfrentar jurídicamente con viabilidad y posibilidades de éxito a los sectores económicos o empresariales poderosos.

Con el objetivo de encontrar solución a esta problemática, las medidas anteriores se complementan en las constituciones de Ecuador y Bolivia con el reconocimiento de acciones jurisdiccionales colectivas pensadas para tramitar demandas colectivas de protección de derechos de grupos que comparthen una situación similar.

Si bien acciones de este tipo como la acción de grupo o la acción popular ya existen desde hace varias décadas en el ámbito latinoamericano<sup>34</sup>, las

---

<sup>33</sup> M. DALY, *Acces to social rights in Europe*, Consejo de la Unión Europea, Estrasburgo, 2002, pp. 31-32.

<sup>34</sup> En países como Brasil, la acción popular está prevista en su derecho constitucional desde la Constitución de 1934, habiendo sido reeditada en todas las cartas constitucionales posteriores, excepto la de 1937, y recogida en la Constitución actual de 1988 en su artículo

nuevas constituciones a las que aquí nos referimos han introducido nuevas acciones como la acción de amparo colectivo (reconocida el art. 11.1 del texto constitucional ecuatoriano y art. 14.I.III del boliviano, o la posibilidad de que cualquier tipo de acción jurisdiccional se pueda presentar de manera colectiva, incluso por grupos informales sin necesidad de que estén inscritos formalmente en el registro<sup>35</sup>.

Con ello se procede a una sustitución de una concepción de las relaciones sociales basada en la idea civilista clásica del “*hombre contra hombre*” por otra basada en la del “*hombre más hombre*”<sup>36</sup>, lo que implica cambios en los sujetos o partes litigantes de referencia.

La mayoría de acciones procesales del derecho constitucional europeo tienen su origen en el s. XIX en el marco de una concepción atomista de las relaciones sociales donde los individuos se concebían como un conjunto de piezas autónomas y aisladas con interés propio e individual que actuaban como meros intercambiadores en el mercado. En este contexto, cualquier delimitación del contenido de su interés se resolvía en el marco de un juicio de “*hombre contra hombre*” donde ambos se encontraban en una supuesta situación de igualdad jurídica plena. Sin embargo, muchos de los textos constitucionales latinoamericanos toman consciencia de que la manera en que los sectores populares más vulnerables social y económicamente tienen para satisfacer sus intereses personales no es la vía individual del “*hombre contra hombre*” pues no estarán nunca en una situación de plena igualdad jurídica real con los poderosos, sino que es optar por su conformación en sujetos co-

---

5.LXXII. En otros países como Colombia, las acciones populares existían ya en la legislación desde la adopción del Código Civil de Bello en 1876 y se encuentran también en el Código Civil vigente, aunque las normas de procedimiento establecidas en el Código Civil para su trámite no son las más adecuadas, ya que están pensadas para dar solución a litigios en los que están en juego derechos de naturaleza individual (Sobre ello, vid. A. NOGUERA, *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010).

<sup>35</sup> La Ley Núm. 341, de Participación y control social, de 5 de febrero de 2013, de Bolivia, reconoce como actores de la participación y el control social a la sociedad civil organizada, ya sea en forma de organizaciones orgánicas y reconocidas legalmente (sindicatos, etc.), comunitarias (organizaciones, pueblos o naciones indígenas) o informales y circunstanciales (aquellos que se organizan para un fin determinado, y que cuando el objetivo ha sido alcanzado, dejan de existir) (arts. 6 y 7). Todos ellos tienen, de acuerdo con el citado art. 14.I.III de la Constitución, la posibilidad de ejercer y presentar colectivamente acciones jurisdiccionales para la protección de sus derechos.

<sup>36</sup> P. BARCELLONA y G. COTTURRI, *El Estado y los juristas*, Ediciones Coyoacán, México DF, 2009, p. 148.

lectivos, por la vía de la organización comunitaria o del “*hombre más hombre*”, que es la que puede situarlos colectivamente en condiciones de igualdad para enfrentar jurídicamente a los poderosos.

Aunque en España existen algún tipo de acciones jurisdiccionales parecidas como la legitimación activa sindical<sup>37</sup> o la legitimación activa de organizaciones y asociaciones de personas con discapacidad para actuar como parte interesada en casos de vulneración de derechos a personas de este grupo<sup>38</sup>, el reconocimiento de las acciones colectivas está muy lejos todavía de la regulación establecida en las constituciones de Ecuador y Bolivia.

En cuanto al régimen probatorio de la discriminación, la efectividad judicial de cualquier derecho es una cuestión íntimamente relacionada con su

---

<sup>37</sup> Tal como afirmó el TC en la STC 210/1994, de 11 de julio, “los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia (art. 8 PIDESC o art. 5, parte II CSE), una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que, como ya ha sostenido la doctrina de este Tribunal, no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional, “no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores en particular, sean de necesario ejercicio colectivo” (STC 70/1982, FJ 3), en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva (SSTC 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987 ó 217/1991, entre otras). Por esta razón, es posible reconocer legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén juego intereses colectivos de los trabajadores (STC 210/1994, de 11 de julio, FJ 3). Queda así clara “la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores” (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5) (E. SALAH PALACIOS, *La tutela efectiva en la jurisprudencia del TC*, Cultiva libros, Madrid, 2015, p. 123).

<sup>38</sup> Puede verse como ejemplo, el art. 26 de la Ley 11/2014, de 9 de diciembre, de accesibilidad universal de Extremadura, que reconoce legitimación activa a las organizaciones o asociaciones de personas con discapacidad, las cuales tendrán la consideración de interesados, en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los casos de acciones o omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables cuando procedan, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora.

prueba. En materia de grupos en situación de vulnerabilidad, el elemento probatorio presenta siempre dificultades, tanto en el caso de acciones individuales como colectivas.

En primer lugar y con respecto a las acciones individuales, la discriminación y la lesión de derechos fundamentales son conductas habitualmente enmascaradas en una apariencia de legitimidad, o, dicho en otros términos, se trata de conductas que nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas<sup>39</sup>. Por ejemplo, en casos donde se niega el ingreso a establecimientos o eventos abiertos al público, bajo el uso razonable y fundamentado del derecho de admisión y permanencia, a personas transexuales, de clase social popular o negras, ¿cómo se prueba que es por discriminación? En consecuencia, estas dificultades obligan a tener que adaptar la normativa sobre prueba a los aspectos, múltiples y cambiantes, de la discriminación.

Algunos de los principales mecanismos aquí son la prueba indiciaria y la inversión de la carga de la prueba. Aunque esta última está reconocida en la legislación y la jurisprudencia de la mayoría de países, las constituciones de Ecuador y Bolivia han llegado, incluso, a constitucionalizarla. Por un lado, la Constitución boliviana de 2009 establece, en su art. 48, la inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador en las relaciones laborales. Asimismo, en su art. 65 señala que en virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre, esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. Por otro lado, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece en su art. 397.1 que en caso de denuncia por daño ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

En segundo lugar y con respecto a las acciones colectivas, se trata también de acciones que presentan varios problemas probatorios, ausentes en otros procesos. Por ejemplo, en supuestos de actividades industriales o extractivistas de recursos naturales que pueden causar un daño ambiental que

---

<sup>39</sup> I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "Prueba y proceso laboral", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 4, 1994, p. 217. Sobre ello puede verse también: F. CAVAS MARTÍNEZ, *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 344; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 300.

afecta a la vida de determinados grupos de la zona y donde el daño ambiental no es perceptible o incluso no existe de momento sino que es de carácter progresivo, difuso o secuencial. En todos estos casos la prueba científica basada en experiencias empíricas de casos anteriores son apenas suficientes para predecir lo que a futuro se espera pueda o deba suceder.

Esta dificultad muchas veces de probar hace que mucho más que en el proceso individual, existe la necesidad de que el juez sustituya la prueba de la certeza por la de la probabilidad de los efectos perjudiciales, así como que se despoje de la idea tradicional de aplicación estricta de las normas sobre formalidades procesales y acuda a una interpretación avanzada donde se potencialice la reconstrucción sistemática de la Constitución como un todo, a fin de aportar una interpretación coherente con los valores, fines y objetivos sociales del Estado, de acuerdo con lo que R. Dworkin llamó una lectura moral de los casos<sup>40</sup>.

Este tipo de interpretación se puede potenciar por vía legislativa. En los sistemas jurídicos comparados podemos identificar una serie de elementos tales como la dualidad de posiciones, los principios de audiencia y contradicción o la igualdad entre las partes, etc. que deben encontrarse presentes a fin de que el proceso pueda ser considerado como tal, y que son valores que la doctrina especializada califica como “principios inherentes a la estructura del proceso”<sup>41</sup> o “principios jurídicos naturales<sup>42</sup>, comunes<sup>43</sup> y absolutos<sup>44</sup>” y que, sin duda, podemos considerar principios constitutivos del proceso. Ahora bien, al lado de estos principios coexisten otras reglas cuya satisfacción no es esencial. Se trata de determinados criterios que pueden incidir en la actividad procesal o en la forma de los actos, como por ejemplo, el principio dispositivo y/o de oficialidad, el principio de aportación de parte, de investigación de oficio, de concentración de actos, etc. Todos estos elementos son contingentes y entra dentro de la oportunidad legislativa reconocerlos de una manera u otra, sin que esa circunstancia afecte a la existencia del proceso.

---

<sup>40</sup> R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

<sup>41</sup> V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 2003, pp. 263 y ss.

<sup>42</sup> A. OLIVA SANTOS, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGA, *Derecho Procesal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 49 y ss.

<sup>43</sup> J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTON y S. BARONA, *Derecho Jurisdiccional I* (parte general), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 331.342.

<sup>44</sup> J.M. ASENCAIO, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 196.

Para diferenciar entre los elementos disponibles y no disponibles para el legislador, algunos autores usan la distinción entre “principios” y “formas” del proceso.

Por tanto, en función de cómo el legislador configure estos elementos disponibles o formas del proceso, estaremos ante modelos procesales distintos y donde el papel del juez es también distinto.

A diferencia de un “modelo de justicia del procedimiento”, imperante en España, donde el proceso se entiende como una secuencia de actos técnicos legalmente establecidos y la función del juez debe consistir únicamente en asegurar, desde una posición pasiva de imparcialidad, que tales actos se cumplen correctamente para, al final de los mismos, aplicar objetiva y técnicamente la ley en un ejercicio de técnica judicial mecánica<sup>45</sup>; se puede potenciar un modelo de “justicia de la decisión”, donde el juez juega un papel más activo en la interpretación de las pruebas y el caso y que sin duda permite salvar mucho mejor las dificultades probatorias de las acciones colectivas. Es con este objetivo que Bolivia llevó a cabo la adaptación de su Código Procesal Civil a la nueva Constitución boliviana de 2009 mediante la aprobación en diciembre de 2013 de un nuevo código (Ley 439) que entró en vigor en agosto de 2014 y sustituye al anterior de 1976. No obstante hay que señalar, que a pesar de estas reformas legislativas, se trata en muchas ocasiones de modificaciones o nuevos modelos que chocan con la cultura jurídica de los operadores jurídicos del país, dificultando, en la práctica su implementación e impidiendo que estas puedan operar en pro de una mayor facilidad probatoria de la discriminación.

### 3.2. Criterios de interpretación jurisprudencial

Conjuntamente con las medidas anteriores, la desconfianza hacia el Poder judicial y los jueces de los altos tribunales, llevó a que cuando, en los

---

<sup>45</sup> Este es el modelo procesal que inspira, en gran parte, la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil española (LEC). Como se desprende del punto VI de su exposición de motivos, el papel del juez es totalmente pasivo. Si bien la LEC de 2000 introduce algunos elementos nuevos como la oralidad, la simplificación de procesos o la incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso, es claramente continuista con el modelo procesal tipo de la LEC española de 1881. Es cierto que en artículos como el 429.1 LEC, ampliamente criticado por parte de la doctrina en España, se atribuye al juez el denominado “deber de aclaración y veracidad” que se manifiesta en la posibilidad del juez de solicitar de oficio a alguna de las partes la verificación de alguno de sus argumentos, pero ello no quita que exista en la LEC una hegemonía del dogma de que el protagonismo recae en las partes durante el proceso y no en la decisión del juez.

dos países que estamos analizando, los grupos históricamente excluidos tomaron el Poder Constituyente establecieron en la Constitución criterios de interpretación jurisdiccional para el caso de conflicto de derechos, que beneficien a los grupos sociales más débiles. La Constitución boliviana de 2009 constituye un ejemplo claro de ello.

En el texto aprobado en el pleno de la Asamblea Constituyente, en su última sesión el 9 de diciembre de 2008, el Título II se titulaba “Derechos Fundamentalísimos, Derechos Fundamentales y garantías”, aunque después de las negociaciones hechas en el Congreso entre el Movimiento al Socialismo (MAS) y los partidos de la oposición, para poder conseguir los votos necesarios con lo que el Congreso aprobara una ley de convocatoria de referendo constitucional (el MAS no tenía mayoría en el Senado), entre las cosas que se cambiaron fue el nombre de este Título II, que ha pasado a llamarse “Derechos fundamentales y garantías”.

Mediante este cambio desaparece por tanto, la diferenciación entre derechos fundamentalísimos y derechos fundamentales que el texto salido de la Asamblea establecía.<sup>46</sup> ¿Cuál era la razón de ser de esta diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales establecida por la Asamblea Constituyente? Y ¿por qué los partidos de la derecha condicionaron su voto a la retirada de esta diferenciación?

Aunque a primera vista, viendo aquellos derechos calificados como fundamentalísimos: el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15), al agua y a la alimentación (art. 16), a la educación (art. 17), a la asistencia sanitaria

---

<sup>46</sup> Si nos fijamos en el actual texto vemos que el Título II de los derechos fundamentales, empieza nombrando un conjunto de derechos civiles y sociales mezclados, sin clasificación alguna (derecho a la vida, a la integridad física, a la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda, etc.), y a continuación, en diversos capítulos, clasifica y diferencia a los derechos en distintos grupos (derechos civiles y políticos, derechos colectivos, derechos sociales y económicos, etc.), cuando lo lógico sería que los derechos nombrados de forma mezclada al inicio fueran incorporados respectivamente en su capítulo correspondiente, el derecho a la vida y a la integridad física dentro del capítulo de derechos civiles, el derecho a la vivienda dentro del capítulo de derechos sociales y económicos, etc. Ello se explica porque estos derechos que aparecen mezclados al inicio, en el texto salido de la Asamblea Constituyente se agrupaban bajo el título de derechos fundamentalísimos y a continuación venían los derechos fundamentales, clasificados en distintos grupos. Fruto de las negociaciones en el Congreso lo que se hizo fue eliminar la categoría de derechos fundamentalísimos sin recolocar lo que antes eran derechos fundamentalísimos en su lugar, por eso se mantienen sin demasiada lógica como un grupo independiente al inicio y fuera de la clasificación en grupos de derechos que fija el texto.

(art. 18), a una vivienda adecuada (art. 19) y a servicios básicos (art. 20) y los calificados como fundamentales, el resto, la diferencia podía parecer responder a la voluntad de fijar una especie de jerarquía de protección de derechos basada en la famosa teoría de la jerarquía de necesidades elaborada por A. Maslow o M. Max-Neef y desarrollada posteriormente por otros autores como M. Nussbaum y A. Sen, según las cuales debe fijarse una diferencia entre determinados “bienes” y “capacidades” que, desde lo que estos autores llaman un punto de vista “primario”, no “derivado”, ayudan a que la vida de una persona pueda ser mejor, por ejemplo, desde un punto de vista “primario”, nos dicen, los alimentos o tener una vivienda ayudan mucho más a que la vida de alguien sea mejor que un frasco de perfume<sup>47</sup>; sin embargo, de un análisis detallado del texto, observábamos que esto no es así, y que el proyecto de Constitución boliviano otorgaba un tratamiento absolutamente igual para todos los derechos. Igualdad que queda explicitada en tres puntos principales del texto: el artículo 13.I donde se establece el principio de indivisibilidad e interrelación de los derechos reconocidos en la Constitución. En el mismo artículo 13, apartado III, que para evitar cualquier duda posible que todavía pudiera haber, afirma: “La clasificación de derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. Y, en el artículo 109, el cual reconoce aplicabilidad directa e igual justiciabilidad de todos los derechos, sin distinción.

Entonces, si no existía ningún tipo de diferencia en el tratamiento que el texto daba a los derechos fundamentalísimos y a los fundamentales, ¿cuál era la razón de ser de esta clasificación? Se trataba de una distinción que debía activarse y producir efectos en la interpretación judicial en casos de conflicto de derechos constitucionales. La división en derechos fundamentalísimos y fundamentales no era más que un criterio de interpretación constitucional para el caso de conflicto de derechos constitucionales.

En consecuencia, de acuerdo con esto, las razones que se perseguían cuando la Asamblea Constituyente estableció en el texto la diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales, eran fijar criterios de interpretación para los jueces en situaciones de conflicto de derechos, que permitieran proteger los derechos de los grupos más débiles social y económicamente frente a los más fuertes.

Sin embargo, esta denominación de fundamentalísimos a un grupo de derechos, desapareció fruto de una exigencia de los partidos de oposición en

---

<sup>47</sup> M. NUSSBAUM y A. SEN (eds.), *The quality of life*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

las últimas negociaciones y revisión del proyecto constitucional, por parte del Congreso, antes del referendo constitucional. Debido a que el partido de gobierno, el MAS, no tenía mayoría en la segunda cámara, no disponía de la mayoría suficiente para poder aprobar la ley de convocatoria de referendo constitucional, lo que le obligó a tener que ceder en la reforma de algunos artículos del texto aprobado por la Asamblea Constituyente para lograr los votos de la oposición necesarios para convocar a referendo mediante ley.<sup>48</sup>

Ahora bien, la exigencia de la oposición de eliminar el concepto de derechos fundamentalísimos, respondió más al simple hecho de que les parecía un término malsonante o poco jurídico, ajeno a la tradición del constitucionalismo tradicional, que no al hecho de que entendieran realmente cual era la razón de ser y las consecuencias jurídicas de esta clasificación. Lo demuestra el hecho de que lo único que exigieron fue sustituir la palabra “fundamentalísimos” por “fundamentales” las dos veces que aparecía en el texto, pero sin cambiar la estructura ni la sistemática del título II de Derechos construido inicialmente por la Asamblea Constituyente alrededor de la lógica de tal diferenciación.

De la mera sustitución del concepto “fundamentalísimos” por “fundamentales” sin cambiar la estructura ni sistemática del Título, ha acabado resultando, en la Constitución vigente aprobada por referendo el 25 de enero de 2009, un confuso Título II, titulado: “Derechos Fundamentales y garantías”, en el interior del cual hay los siguientes capítulos: Derechos Fundamentales (Capítulo segundo -antes fundamentalísimos-), Derechos civiles y políticos (Capítulo tercero), Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (Capítulo cuarto), y Derechos sociales y económicos (Capítulo quinto y sexto).

Con la cual cosa, lo que antes eran derechos fundamentalísimos, ahora son derechos fundamentales por partida doble, por ubicarse dentro del Título II y a la vez dentro del Capítulo segundo del mismo, por tanto son *Derechos fundamentales-fundamentales*. Y, los que antes eran derechos fundamentales, ahora son derechos fundamentales por partida única, por ubicarse dentro del Título II y fuera del Capítulo segundo del mismo, por tanto son *Derechos fundamentales-no fundamentales*.

Esta nueva clasificación sólo complejiza, de manera importante valga decirlo, el entendimiento de la estructura del Título II de la nueva

---

<sup>48</sup> Ley No. 3942 de Convocatoria de Referendo Constitucional de 21 de octubre de 2008.

Constitución boliviana de 2009, pero no rompe la filosofía que persiguió la Asamblea Constituyente inicialmente, que en caso de conflicto de derechos entre un derecho clasificado como fundamentalísimo o, ahora, *fundamental-fundamental*, y un derecho fundamental o, ahora, *fundamental-no fundamental*, se deba proteger siempre el primero. Este argumento queda reforzado con el art. 196.II de la Constitución que establece: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”. Este criterio de interpretación ofrece pues, grandes potencialidades para que los jueces puedan llevar a cabo una eficaz tarea de lucha por la protección de los derechos sociales de los grupos desaventajados y/o minoritarios frente a los más fuertes<sup>49</sup>. Otra cuestión es que el choque de culturas jurídicas entre una Constitución de base neoconstitucionalista y unos jueces fuertemente formalistas y positivistas impida, en muchas ocasiones, activar esta potencialidad interpretativa que ofrece el texto constitucional.

#### 4. CUOTAS EN LOS ÓRGANOS DE ESTADO Y TRANSFORMACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DE PARTICIPACIÓN Y RELACIÓN ESTADO-SOCIEDAD

Partiendo de la idea de que cada grupo actúa a partir del autointerés y que, por tanto, la presencia de miembros de los grupos en situación de desventaja y/o vulnerabilidad en los órganos de Estado podría limitar opresiones y discriminaciones hacia éstos, el constituyente boliviano y ecuatoriano estableció fuertes cuotas para garantizar la presencia de estos grupos. Este es un enfoque que había señalado ya Hamilton en la Convención constituyente norteamericana en 1887: “Dadle todo el poder a la mayoría, y ellos oprimirán

---

<sup>49</sup> Sobre la diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales en Bolivia, vid. A. NOGUERA, “Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? el principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 21, Época II, junio 2009, pp. 117-147; A. NOGUERA, “Defensorías del Pueblo y derechos sociales en Latinoamérica: la propuesta boliviana de diferenciar entre derechos fundamentalísimos y fundamentales”, en G. ESCOBAR (ed.), *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 469-482; V. ORTIZ (coord.), *Derechos fundamentales-fundamentales. Un mapa de navegación*, CEC-Universidad Católica Boliviana, La Paz, 2012.

a la minoría. Dadle todo el poder a la minoría, y ellos oprimirán a la mayoría. Dadle entonces el poder a ambos, y así cada uno podrá defenderse de los ataques del otro". Podemos poner sólo algunos ejemplos de los existentes en ambas constituciones referidos a los indígenas o a las mujeres.

Para el caso de los indígenas, la Constitución boliviana de 2009 introduce la representación de los indígenas entre los magistrados del Tribunal Constitucional. El art. 197.I del texto boliviano dice: "El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino". Con ello se fija un modelo similar al que existe en la Constitución y la ley belga con respecto al Tribunal de arbitraje, órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional y compuesto paritariamente por jueces provenientes de las distintas comunidades lingüísticas que conforman el país (art. 142 de la Constitución belga de 1994 y art. 31 de la Ley Espacial del de Arbitraje de enero de 1989)<sup>50</sup>. O en Canadá, donde Quebec tiene garantizados tres de los nueve asientos de la Corte Suprema<sup>51</sup>.

En cuanto a la representación de los indígenas en la Asamblea Plurinacional Legislativa, como parte de las circunscripciones uninominales, la Constitución crea "circunscripciones especiales indígena originario campesinas" (art. 146.VII y 147.III), en el interior de las cuales la elección de los asambleístas se podrá hacerse mediante procedimientos y formas propias de cada comunidad (art. 11.II.3). La presencia de representantes de los pueblos indígenas, elegidos por sus procedimientos de elección de autoridades, se garantiza también en la instancia legislativa de los departamentos (art. 278.I)<sup>52</sup>, así como en el nivel municipal (arts. 284.II)<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> M.CH. GENEVIÉVE, "El tribunal de arbitraje en Bélgica: una jurisdicción constitucional", *Autonomías: Revista catalana de Derecho público*, num. 9, Barcelona, Escuela de Administración Pública de Cataluña, 1988, pp. 163-172.

<sup>51</sup> W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

<sup>52</sup> Artículo 278.I: "La Asamblea Departamental estará compuesta por asambleístas departamentales, elegidas y elegidos por votación universal, directa, libre, secreta y obligatoria; y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos".

<sup>53</sup> El artículo 284.II establece: "En los municipios donde existan naciones o pueblos indígena originario campesinos, que no constituyan una autonomía indígena originaria campesina, éstos podrán elegir sus representantes ante el Concejo Municipal de forma directa mediante normas y procedimientos propios y de acuerdo a la Carta Orgánica Municipal".

Para el caso de las mujeres, la Constitución ecuatoriana se refiere de manera explícita, también, a la obligación de paridad entre hombres y mujeres en la designación de cargos de nominación o designación de la función pública (art. 65), en la elaboración de listas electorales por parte de los partidos y movimientos políticos (arts. 65, 108, 116), en la composición de órganos estatales como la Corte Nacional de Justicia (art. 183), la Corte Constitucional (art. 434), el Consejo de Judicatura (art. 179), la Corte Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral (art. 224) o juzgados y tribunales del poder judicial (art. 176).

Paralelamente a la fijación de cuotas de estos grupos en los órganos de Estado, las constituciones de Bolivia y Ecuador operan, también, una transformación de las estructuras tradicionales de participación y relación Estado-Sociedad.

El Estado social surge fruto de un pacto entre clases e implicó la interiorización del conflicto social en el interior del Estado, creando instituciones de inclusión de la Sociedad Civil organizada en las tareas de gobernanza (tareas de formulación de políticas, de coordinación de actividades económicas y de vigilancia, de administración y aplicación de los reglamentos, etc.). Las organizaciones de la Sociedad Civil ya no sólo aportan presión exterior sino que se integran como participantes activos en las funciones esenciales del Estado.

En el constitucionalismo social europeo de posguerra, donde el sujeto Trabajo y sus derechos eran el sujeto y derechos constituyentes, estas estructuras intermedias, conocidas como instituciones neocorporativas de negociación, se estructuraban alrededor del Trabajo como sujeto sociológico y tenían una composición tripartita, esto es, conformadas por los sindicatos, las asociaciones empresariales y el Estado. En ellos se acordaban las políticas públicas de igualdad, diseñadas sobre las relaciones laborales y sobre problemas del mercado de trabajo.

Sin embargo, en las sociedades de Ecuador y Bolivia donde los débiles política y jurídicamente no adoptan la forma de obrero-masa localizado en la fábrica y la ciudadela ni organizados en sindicatos tradicionales, sino que tienen la forma de múltiples grupos que se transverbalizan a lo largo de toda la sociedad, y donde, como hemos dichos, el sujeto y los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad son el sujeto y derechos constituyentes, las estructuras intermedias de concertación se estructuran alrededor de estos últimos, estas se desfabilizan y se diluyen en lo social adoptando la forma por ejemplo de “veedurías ciudadanas, asambleas, cabildos populares, con-

sejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía” (art. 100 Constitución Ecuador), de una silla vacía en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados que ocupará una o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones (art. 101), o de consejos de participación ciudadana en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos, o los consejos ciudadanos de planificación para el desarrollo (arts. 85 y 279), etc.

En el caso boliviano, es interesante destacar, por ejemplo, el intento de retomar y reconvertir el llamado Estado Mayor del Pueblo Boliviano, espacio de coordinación de los movimientos sociales surgido en enero de 2002 para luchar contra el Estado neoliberal, en una instancia nacional de articulación entre el nuevo Gobierno y las organizaciones sociales, intento que terminó fracasando. Otras instancias de interrelación Gobierno-movimientos han sido, a nivel central, departamental y local, la celebración de audiencias con los movimientos, evaluaciones periódicas a la gestión gubernamental con presencia de los movimientos, etc. Aunque, hay que reconocer también que, en la mayoría de las veces, estos espacios se reducen a un ejercicio dialógico y de encuentro simbólico pero no en espacios efectivos de toma de decisiones<sup>54</sup>. Pero, independientemente de las deficiencias en el funcionamiento de estos órganos de concertación en Bolivia, éstos evidencian como tanto en Bolivia como Ecuador la participación y relación Estado-Sociedad no se realiza a través de instancias neocorporativas tripartitas (Estado-sindicatos-patronal) como sucede en Europa, sino a través de los espacios comunitarios fluctuantes o líquidos de concertación más propios de los movimientos sociales que articulan los grupos históricamente excluidos en estos países que no de los sindicatos y partidos socialdemócratas europeos tradicionales.

En consecuencia, la naturaleza constituyente de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad determina también, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la forma de los órganos intermedios de corresponsabilidad y concertación Estado-Sociedad Civil, determinando el diseño de la división vertical del poder, que ya no son Comités de empresas en la fábrica como en el Estado social europeo, sino consejos de participación en la esfera social.

---

<sup>54</sup> M.T ZEGADA, Y. F. TÓRREZ y G. CÁMARA, *Movimientos sociales en tiempos de poder*, Centro Cuarto Intermedio/Plural editores, La Paz, 2008, p. 70.

## 5. CONCLUSIÓN

Tal como hemos afirmado al inicio del artículo, el hecho de que el sujeto político que protagonizó los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador estuviera conformado no por un partido obrero clásico sino por la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos en situación de vulnerabilidad, hizo que las Constituciones emergentes en ambos países se caractericen por una especial visibilización de los grupos sociales hasta entonces excluidos, a la práctica, de la ciudadanía, y por la incorporación de muchas referencias y mecanismos para el reconocimiento y garantía de los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios y de derecho antidiscriminatorio.

Esta naturaleza del sujeto constituyente de unidad popular determinó que la forma de constitucionalismo social emergente fuera totalmente distinta al modelo europeo y el papel que en el interior de las Constituciones ejercen los derechos específicos de grupos desaventajados y/o minoritarios y el derecho antidiscriminatorio también.

A diferencia del constitucionalismo europeo donde los derechos de los grupos en situación de desventaja y/o vulnerabilidad ocupan una posición de derechos complementarios, en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano y boliviano ocupan una posición de derechos constituyentes. Ello se hace evidente en la posición que ocupan los derechos de los grupos vulnerables en la carta de derechos, estableciéndose secciones propias para cada uno de los grupos y sus derechos en el interior de la carta; en la fijación constitucional de garantías de acceso y protección judicial, así como de criterios de interpretación jurisdiccional en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad y/o desventaja; o, en el la fijación de cuotas de presencia de estos grupos en los órganos de Estado, así como en una transformación de las estructuras tradicionales de participación y relación Estado-Sociedad adaptada a la naturaleza fluctuante y líquida de los movimientos sociales en que se articulan políticamente los grupos desaventajados y/o minoritarios.

Este carácter constituyente de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad, hace que a diferencia de las "Constituciones del trabajo" propias de la Europa social de posguerra, pueda hablarse, para el caso de Ecuador y Bolivia, de "Constituciones de los excluidos". Por todo esto, las Constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009 son, sin duda, textos a

tener en cuenta y a analizar a la hora de realizar cualquier estudio o propuesta de derecho constitucional de los colectivos en situación de vulnerabilidad y de derecho antidiscriminatorio.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ  
*Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración.  
Edificio Departamental Occidental.  
Campus de Tarongers.  
Facultad de Derecho  
Universitat de València  
e-mail: albertnoguera78@hotmail.com.*

## EL SISTEMA PENAL Y LA LIBERTAD DE PRENSA

### THE PENAL SYSTEM AND THE FREEDOM OF THE PRESS

MARIO CATERINI  
*Università della Calabria*

Fecha de recepción: 6-11-14

Fecha de aceptación: 23-9-15

**Resumen:** *El ensayo trata de la influencia, ejercida por los medios de comunicación, sobre las políticas legislativas de los fenómenos delictivos, con especial atención a los riesgos que dicha influencia puede causar en relación con la violación de algunos principios fundamentales de los sistemas democráticos modernos, en particular con respecto al Derecho penal. El trabajo se centra en el énfasis puesto por los medios de comunicación en los riesgos y la creación engañosa de miedos colectivos, en particular los que afectan los fenómenos delictivos. Se exige un papel central de la cultura del Derecho penal a la hora de realizar un posible proceso de paideia político-criminal adecuado a las necesidades democráticas y de los medios de comunicación post-modernas, con el fin de dar forma al contenido ontológico de los niveles mínimos de conocimiento de los ciudadanos, tales como la internalización de los valores fundamentales que constituyen el ethos de las sociedades civiles contemporáneas.*

**Abstract:** *The essay is about the influence exerted by media on the legislative policies about criminal phenomena, with special reference to the risks that such influence might cause as regards the violation of some fundamental principles of modern democratic systems, that is the principles of criminal law. The work is focused on the emphasis put by media on the risks and the specious creation of collective worries, particularly those connected with criminal phenomena. A central role of criminal law culture is required for within a possible process of political-criminal paideia meeting democratic and mass media postmodern needs, in order to try to shape the ontological content of citizens' minimum levels of knowledge, such as the internalization of those fundamental values forming the ethos of today's civil societies.*

**Palabras clave:** medios de comunicación, libertad de prensa, democracia, política criminal, legalidad penal  
**Keywords:** mass media, freedom of the press, democracy, criminal policy, criminal legality

*Collective fear stimulates herd instinct, and tends to produce ferocity toward those who are not regarded as members of the herd.*

BERTRAND RUSSELL  
*Unpopular Essays*<sup>1</sup>

## 1. LA PERCEPCIÓN MEDIÁTICA DE LA INSEGURIDAD

Según un conocido aforismo, todo aquello en lo cual se cree existe, y solamente esto<sup>2</sup>. El rol de los medios masivos de comunicación en la percepción de un cierto fenómeno, resulta desde hace tiempo cada vez más determinante, y eso por supuesto vale de manera decisiva también para los riesgos relacionados con los fenómenos criminales y las exigencias de seguridad relacionadas<sup>3</sup>. El riesgo es un producto socio-cultural, bajo el aspecto de la producción

<sup>1</sup> “El miedo colectivo estimula el instinto de manada, y tiende a producir ferocidad contra aquellos que no son considerados miembros de la manada”. B. RUSSELL, *Unpopular Essays*, London, 1950, traducción española por F. Mazía, *Ensayos impopulares*, Barcelona, 2004.

<sup>2</sup> H. VON HOFMANNSTHAL, *Buch der Freunde*, 2ª ed. 1929 a cargo de R.A. Schröder, traducción española por M.Á. Vega, *El libro de los amigos. Relatos*, Madrid, 1991, p. 114; edición italiana de G. Bemporad, *Il libro degli amici*, Milán, 1985, p. 22.

<sup>3</sup> En la literatura penal el derecho a la seguridad ha sido objeto de muchas investigaciones; sin ninguna exhaustividad, en la literatura española más reciente vid. S. MIR PUIG, J.J. QUERALT JIMÉNEZ (dirs.), D. CARPIO BRIZ (coord.), *La seguridad pública ante el derecho penal*, Madrid, 2011, *passim*; M.J. JIMÉNEZ DÍAZ, *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Madrid, 2010, *passim*; A.I. PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid, 2007, *passim*; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, N. SANZ MULAS (coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Granada, 2005, *passim*; F. MUÑOZ CONDE, “El nuevo derecho penal autoritario”, en E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, M. GURDIEL SIERRA, E. CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 803 ss.; del mismo escritor, *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, p. 25 ss.; J.M. ZUGALDIA ESPINAR, “Seguridad ciudadana y Estado social de derecho”, en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruis Antón*, cit., p. 1121 ss.; M. ACALE SÁNCHEZ, “Del código penal de la democracia al código penal de la seguridad”, en F. PÉREZ

objetiva (*risk-production*) y también bajo el aspecto de la percepción subjetiva (*risk-perception*)<sup>4</sup>; en este último caso se puede decir que el riesgo lo construye la sociedad<sup>5</sup>. Buena parte de los riesgos contemporáneos, de hecho, son poco o para nada auto-evidentes y no incurren en el conocimiento directo de los ciudadanos, pero a menudo son los resultados que se derivan de un saber en cuyo ámbito se puede atribuir a los medios de comunicación de masas un rol decisivo en cuanto representan una herramienta de control social<sup>6</sup>.

---

ÁLVAREZ (coord.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 1204; M. GARCÍA ARÁN, "El retroceso de las ideas en las reformas penales de 2003", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 2005, p. 39 ss.; G. PORTILLA CONTRERAS, "Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del enemigo", *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004, pp. 43 ss.; J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículos n. 06-03, 2004; R. SAEZ VALCARCEL, "La inseguridad, lema de campaña electoral", *Jueces para la democracia*, núm. 45, 2002, p. 3 y ss. En la literatura penal italiana y alemana, entre los muchos investigaciones más importantes, vid. A. BARATTA, "Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti", *Democrazia e diritto*, 2000, 19 ss.; M. DONINI, "Sicurezza e diritto penale", *Cassazione penale*, 2008, p. 3558 y ss.; W. HASSEMER, "Sicurezza mediante il diritto penale", *Critica del diritto*, 2008, p. 15 ss.; D. PULITANÒ, "Sicurezza e diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 547 y ss.

<sup>4</sup> Sobre la percepción de los riesgos vid. L. SAVADORI, R. RUMINATI, *Nuovi rischi, vecchie paure*, Bologna, 2005, spec. p. 44 ss.; P. SLOVIC, *The Perception of Risk*, Londres, 2000, *passim*. Sobre la más conocida 'sociedad del riesgo' y la profunda alteración de la estructura del sistema penal en contradicción con sus principios fundamentales, véase F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milán, 2001, *passim*, espec. p. 387 y ss., p. 415 y ss. Para un análisis del riesgo desde una perspectiva penal en la doctrina española, ver M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, 1999, *passim*; B. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Cizur Menor, 2001; S. SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003; V. GÓMEZ MARTÍN, "Libertad, seguridad y 'sociedad del riesgo'", en M. CORCOY BIDASOLO, V. GÓMEZ MARTÍN, S. MIR PUIG (coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 59 ss.; F. NAVARRO CARDOSO, "El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador", en F. PÉREZ ÁLVAREZ (coord.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, cit., p. 1321 ss.; en la doctrina italiana más reciente ver C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, *passim*, espec. p. 4 ss., p. 168 ss.

<sup>5</sup> Cfr. U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, traducción española por J. Navarro Pérez, et al., 1ª ed., Barcelona, 1998; edición italiana *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, p. 35 ss., espec. p. 337; G. AMENDOLA, "Qualità della vita, bene comune, rischio accettabile: i topoi retorici e/o le strettoie concettuali della valutazione d'impatto ambientale", en F. BEATO (ed.), *La valutazione dell'impatto ambientale. Un approccio integrato*, Milano, 1995, p. 20 ss.

<sup>6</sup> Sobre los medios de comunicación de masas como herramientas de control social, en un sistema solo aparentemente libre, en general vid. J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (1962), traducción

Las investigaciones empíricas del *risk-analysis*, han demostrado además que el hiato entre el riesgo real (a menudo difícilmente identificable o mensurable) y el riesgo percibido, toma énfasis por la impracticabilidad de poner como objeto de investigación a sujetos 'racionales'; porque, en realidad, la información que las personas obtienen está distorsionada por la propia naturaleza del proceso a través del que se obtiene<sup>7</sup>. La percepción del riesgo, entonces, es, por muchos lados, irracional, o mejor dicho, 'arracional', ya que está influenciada por lógicas distintas de aquella de la efectiva existencia del riesgo, lógicas donde los medios masivos de comunicación tienen un peso determinante, al poder reducir o engrandecer un riesgo, dramatizarlo o disminuirlo<sup>8</sup>.

El riesgo percibido es, entonces, una construcción social de una realidad, donde a menudo la fuente reside en los medios de comunicación<sup>9</sup>. Por lo demás, el proceso de formación de tal percepción, bien mirado, no es lineal (hechos - *mass media* - ciudadanos), sino que tiene una naturaleza circular e inter-relacional, entre fuentes que se autoalimentan<sup>10</sup>. Los medios de comunicación, desde el sentido y la experiencia común, toman los riesgos que parecen interesar a los ciudadanos y, después, con su forma de representarlos, condicionan y refuerzan una cierta percepción del riesgo; percepción, que ulteriormente enfatizan los medios de comunicación, que apelan al sentido común precedentemente reforzado por los mismos medios, conformando un tornado ascendente, un círculo vicioso, a menudo difícilmente detenible<sup>11</sup>.

---

española por A. Domènech, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, 2ª ed., Barcelona, 2004, *passim*. Para los aspectos más puramente socio-criminológicos vid. D. GARLAND, *The culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, 2001, traducción española por M. Sozzo, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, 1ª ed., Barcelona, 2006, p. 152 ss.

<sup>7</sup> L. SAVADORI, R. RUMINATI, *Nuovi rischi*, cit., p. 73.

<sup>8</sup> U. BECK, A. GIDDENS, S. LASH, *Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Cambridge 1994, versión española por J. Albores, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Madrid, 1ª ed. 1997, 2ª ed. 2001, p. 13 ss.

<sup>9</sup> Sobre el fenómeno general de espectacularización del crimen, recientemente vid E.R. ZAFFARONI, M. BAILONE, "Delito y espectáculo. La criminología de los medios de comunicación", en E.R. ZAFFARONI, M. CATERINI (eds.), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Padua, 2014, 125 ss.

<sup>10</sup> G. PRIULLA, *Raccontar guai. Che cosa ci minaccia. Che cosa ci preoccupa*, Soveria Mannelli, 2005, p. 63.

<sup>11</sup> Con una particular atención al fenómeno criminal y a la capacidad de los medios de comunicación de masas que ofrecen modelos interpretativos deformantes, vid. R.V.

En esta circularidad se introduce también la ‘respuesta pública’ solicitada por la demanda ‘autopoietica’ que proviene de los medios de comunicación y de la percepción social del riesgo<sup>12</sup>. Con respecto al fenómeno criminal, esta ‘respuesta pública’ puede ser de carácter político, que reside en la discusión y formación de nuevas normas dirigidas [a menudo solo aparentemente] a afrontar el riesgo percibido, o puede ser de carácter judicial, que consiste en los procesos llevados a cabo por la magistratura, más conocido como ‘derecho viviente’, donde no raramente se fuerza la interpretación de la norma para rendir cuentas ante una presumible opinión pública. La ‘respuesta pública’, por otra parte, provoca efectos socio-políticos, que a su vez reciben una ulterior cobertura mediática y suscitan otra percepción social, que muchas veces reclama una nueva ‘respuesta pública’. Así pues, son muchos los autores de la percepción del riesgo, según un mecanismo de recíprocas interferencias, en las que el resultado final, por lo general, no depende del comportamiento de uno solo de esos actores, sino de la alianza y a veces del enfrentamiento entre ellos, donde, según los casos, algunos cubren el rol de ‘protagonista’ y otros el de simple ‘relleno’. Al final se trata de una lucha para imponer una cierta interpretación de la realidad<sup>13</sup>. Una lucha en la cual el sistema de comunicación de masas desempeña un papel fundamental, mientras que el usuario *uti singuli* no desempeña ninguno.

El poder de los medios de comunicación de masas se funda, en primer lugar, sobre la selección de las noticias (*agenda setting*)<sup>14</sup>. Mientras el derecho se conforma discriminando entre lícito/ilícito, los medios de comunicación

---

ERICKSON, “Mass Media, Crime, Law, and Justice. An Institutional Approach”, *The British Journal of Criminology*, vol. 31, 1991, p. 219 y ss.; quien sostiene que los medios de información no son capaces de crear opiniones o convicciones de la nada, sino que estimulan y desarrollan las aptitudes de los ciudadanos, siguiendo un modelo inter-relacional donde los ‘media’ ofrecen una interpretación de la realidad que se combina con la del ciudadano.

<sup>12</sup> G. PRIULLA, *Raccontar guai*, cit., p. 63.

<sup>13</sup> R. ERICSON, P. BARANEK, J. CHAN, *Negotiating Control. A Study of News Sources*, Toronto, 1989.

<sup>14</sup> Ver M. MCCOMBS, *Setting the agenda. The mass media and public opinion*, Cambridge, 2004, traducción española por Ó. Fontrudona López, *Estableciendo la agenda. El impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento*, Barcelona, 2006; T. SÁDABA, J. RODRÍGUEZ VIRGILL, “La construcción de la agenda de los medios. El debate del estatut en la prensa española”, *Ámbitos*, núm. 16, 2007, p. 187 ss. Sobre este tema, en la literatura en idioma italiano, vid. R. MARINI, *Mass media e discussione pubblica. Le teorie dell’agenda setting*, Roma-Bari, 2011; S. BENTIVEGNA (ed.), *Mediare la realtà. Mass media, sistema politico e opinione pubblica*, Milano, 2002, en particular la primera parte, con los escritos de M. MCCOMBS, D. SHAW, *La funzione di agenda-setting dei mass media*; M. BENTON, P.J. FRAZIER, *La funzione di agenda-setting dei*

al contrario, lo hacen basándose en el código información/no información<sup>15</sup>. Si es evidente que, sea lo que fuere, una selección debe existir, el problema está en los criterios seguidos<sup>16</sup>. En los sistemas capitalistas la lógica es comercial, o sea se seleccionan aquellas noticias que resultan más apetecibles, más vendibles, que por lo general coinciden con aquellas que tocan la fibra emocional, típicas de algunos fenómenos criminales<sup>17</sup>. Los *mass media* se autolegitiman en cuanto no temen otra sanción que no sea la del mercado, de los lectores/espectadores<sup>18</sup>. De este modo, la información se vuelve en una mercancía que debe producir el mayor provecho posible<sup>19</sup>. Todas las potenciales noticias que no tienen esta aptitud – y quizás son la mayor parte de ellas – son ignoradas por los medios de comunicación de masas, incluso si se trata de fenómenos o riesgos fundamentales para la convivencia civil, que decaen en un limbo mediático destinado a la absoluta marginalidad o indiferencia<sup>20</sup>.

---

*mass media ai tre livelli di "complessità" dell'informazione*; S. IYENGAR, D. KINDER, *L'effetto di agenda-setting*.

<sup>15</sup> N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Fráncfort d. M., 1981, traducción italiana por R. De Giorgi, M. SILBERNAGL, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bolonia, 1990, p. 62; Idem, *Die Realität der Massenmedien*, Opladen, 1995, p. 17.

<sup>16</sup> Se ha sostenido que la influencia más fuerte de los medios de comunicación sobre la política y sus electores no acontece mediante la imposición de contenidos ideológicos, sino a causa de los procesos selectivos de la información, inspirados en lógicas internas al propio sistema mediático; cfr. E. CANIGLIA, *Berlusconi, Perot e Collor come political outsider. Media, marketing e sondaggi nella costruzione del consenso politico*, Soveria Mannelli, 2000, p. 180.

<sup>17</sup> D. GARLAND, *The culture*, cit.

<sup>18</sup> A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, París, 1996, traducción española por M.M. Escrivá de Romaní, *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Barcelona, 1997. *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Milán, 1996, p. 75 ss.

<sup>19</sup> D. MCQUAIL, *Mass communication theory*, Londres, 1985, traducción española por P. Ducher, *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*, Barcelona, 1999, *passim*, spec. p. 287 ss., pone de relieve como, a pesar de los tantos cambios que han afectado directamente a los medios de comunicación de masas, las fuerzas en juego son siempre las mismas y persiguen siempre las mismas cosas: ganancias y poder.

<sup>20</sup> G. GIOSTRA, "Processo penale e mass media", *Criminalia*, 2007, p. 66, pone en evidencia que para la representación mediática de la justicia penal, a menudo hay una doble selección: un primer filtro por parte de los operadores que tienen ciertas y determinadas informaciones reservadas que, por distintos intereses, algunas hacen públicas y otras no; un segundo filtro por parte de la prensa. Sobre esta cuestión, vid. también T. PADOVANI, "Informazione e giustizia penale: dolenti note", *Diritto penale e processo*, 2008, p. 691; quien habla de una información 'sincrónica', que vive el "(n. d. t.): drama de las fuentes" y que "(n. d. t.): colapsa sobre la acusación, que es en realidad la única fuente y representa al mismo tiempo el baricentro hermenéutico".

A menudo sucede que las noticias más ‘rentables’ se enfatizan, se exageran y se repiten según un mecanismo de amplificación exponencial dirigido a sobre-estimular a los destinatarios de la información para evitar el síndrome de abstinencia, o de todos modos a intervenir inexorablemente, poco a poco, a medida que disminuye el componente dramático o emocional de la noticia, a favor de otros riesgos amplificados por los medios de comunicación<sup>21</sup>. La redundante enfatización mediática de los riesgos más ‘comercializables’, puede determinar la creación de alarmas sociales ‘arracionales’, una especie de pánico colectivo que a menudo no tiene un fundamento efectivo: se trata de la más conocida paradoja del miedo donde la emoción se exagera con respecto a la realidad<sup>22</sup>. Esto pasa en detrimento de los daños o perjuicios de fenómenos más importantes, pero carentes de *appeal* mediático, que necesitarían una mayor atención socio-política. Con la ulterior consecuencia de una inapropiada repartición de los recursos, puesto que la clase política cuanto más impregnada esté de cultura populista más atención prestará (en la producción normativa y en el destino de las inversiones) a los riesgos más aparentes y no a los más graves<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> D. GARLAND, *The culture*, cit., habla de una opinión pública sobre la justicia penal que se funda en una información imprecisa, emotivamente modulada, que devuelve una percepción distorsionada del efectivo fenómeno criminal.

<sup>22</sup> Sobre el tema del miedo a la criminalidad, la literatura es bastante amplia. Para una investigación filosófica reciente en España vid. A. GARCÍA RUIZ, *La gobernanza del miedo. Ideología de la seguridad y criminalización de la pobreza*, Cànoves, 2013, *passim*; Sobre el tema vid., además, R. CORNELLI, *Miedo, criminalidad y orden*, Buenos Aires, 2012, *passim*; G.V. TRAVAINI, *Paura e criminalità. Dalla conoscenza all'intervento*, Milán, 2002, *passim*, espec. p. 19 ss.; I. MERZAGORA BETSOS, G.V. TRAVAINI, “Criminalità e paura: una relazione complessa”, *Difesa sociale*, 2003, p. 51 ss.; R. CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Milán, 2008, *passim*; J. SIMON, *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, New York, 2007, traducido al español por V. de los Ángeles Boschiroli, *Gobernar a través del delito*, Barcelona, 2012, *passim*; y respecto a un reciente intento de superación del miedo mediante políticas de seguridad orientadas en un sentido democrático, véanse A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milán, 2013.

<sup>23</sup> Sobre el tema en Vid. general, ver J. ANTÓN-MELLÓN, *et. al.*, *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contra-reformas del sistema penal en España (1995-2005)*, Universidad de Barcelona, consultable en su página web <[http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/populismo\\_punitivo.pdf](http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/populismo_punitivo.pdf)>; E. LARRAURI, “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la democracia*, núm 55, 2006, p. 15 ss.; L. PERES NETO, *Prensa, política criminal y opinión pública: el populismo punitivo en España*, Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Ciència política i de Dret públic, Tesis doctoral consultable en su página web <<http://ddd.uab.cat/pub/tesis/2010/tdx-1222110-180745/lpn1de1.pdf>>; en la literatura italiana G. PRIULLA, *Raccontar guai*, cit., p. 67 ss.

En ese contexto, donde la emotividad asume un rol de parámetro de las opciones, el miedo juega un papel fundamental de control social. Desde un punto de vista sociológico, el miedo no está conectado a la posibilidad de que específicos elementos de peligro se difundan realmente en un ambiente social, sino a «la interpretación y legitimación colectiva de indicios más o menos arbitrarios de peligro como pruebas indiscutibles de una amenaza a la estabilidad o existencia de una sociedad»<sup>24</sup>. En el tránsito de los indicios arbitrarios a la prueba cierta de la existencia de un riesgo, anida la posibilidad de control social por parte de las *élites*, el poder de instrumentalizar o construir escenarios para generar miedo y obtener así consenso político. El miedo, en particular en lo que concierne a criminalidad, es una sensación muy fuerte y elemental, hasta al punto de poderse manipular y, así, difundir fácilmente en la colectividad<sup>25</sup>. Si el miedo como instrumento de persuasión de masas hoy tiene orígenes teóricos nobles y destacables<sup>26</sup>, a través de la capilaridad de los medios de comunicación de masas, domina cada vez más la escena política y condiciona las elecciones legislativas, enfocadas hacia los fenómenos que generan miedo y están orientadas a atraer consenso<sup>27</sup>.

El miedo puede ser instrumentalizado, manipulado, catalizado o incluso construido y los protagonistas, cuando eso acontece, por lo general son las

<sup>24</sup> A. DAL LAGO, "La tautología della paura", *Rassegna italiana di sociologia*, 1999, p. 9.

<sup>25</sup> Sobre el rol del miedo hacia el crimen como instrumento de *governance*, vid. J. SIMON, *Gobernar a través del delito*, cit. Además, sobre la manipulación de la inseguridad, vid. F. BARATA, "Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media ante la inseguridad ciudadana", en I. MUÑAGORRI LAGUÍA (coord.), *La protección de la seguridad ciudadana*, Oñati, 1995, p. 83 ss.; del mismo escritor, "Mass media y criminalidad en la sociedad de riesgo", *Alter. Revista internacional de teoría filosofía y sociología del derecho*, México, 2006, 2; "Alarmismos sociales y medios de comunicación", en *Perspectivas y enfoques sobre percepción de seguridad ciudadana. Artículos especializados*, Bogotá, 2010, p. 13 ss., disponible en <[www.ccb.org.co](http://www.ccb.org.co)>; R.V. ERICSON, *Crime in an insecure World*, Cambridge, 2007, *passim*.

<sup>26</sup> Para el uso político del miedo en el pensamiento de Hobbes, Montesquieu y Tocqueville, vid. C. ROBIN, *Paura. La política del dominio*, Milán, 2005, p. 41 y ss., p. 81 y ss., p. 91 y ss.

<sup>27</sup> "(n. del t.): Las élites [ ] en cuanto protectoras oficiales de la seguridad de la comunidad, deciden cuáles amenazas sean más relevantes [ ], definen la naturaleza de la amenaza, de dónde proviene y cómo debe ser combatida, movilizándolo a la población en contra"; cfr., de nuevo, C. ROBIN, *Paura*, cit., p. 199. En la perspectiva político-criminal se habla de las campañas de *law & order* para recuperar o reforzar el consenso; cfr. C.A. PALIERO, "La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 523 ss.; en general vid. sobre el rol del consenso en el Derecho penal, Idem, *Consenso sociale e diritto penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 849 ss.

élites políticas, económicas y mediáticas. No siempre es fácil individualizar al autor del injerto del recorrido circular sobredicho (percepción del riesgo – cobertura mediática – respuesta pública); podría ser el sistema económico-mediático por intereses comerciales, o también una facción política para tener consenso<sup>28</sup>. De todas formas, una vez iniciado el circuito, el rol de los medios de comunicación de masas es imprescindible en cuanto necesario para la percepción colectiva del riesgo y para generar el difundido sentimiento de miedo. Si después el poder político logra controlar los medios de comunicación – a través de sus imposiciones o concentraciones de la propiedad –, el sistema democrático se altera ulteriormente, en cuanto las fuerzas políticas logran que la opinión pública solicite las reformas que ellas mismas desean<sup>29</sup>.

## 2. EL MARKETING POLÍTICO-CRIMINAL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS

La incidencia de los medios de comunicación de masas en la política criminal en los últimos tiempos está cada vez más ligada al modo de hacer política. El declive de las contraposiciones ideológicas y el menguar del más conocido “voto militante”, de hecho, han llevado en muchos casos a la afirmación de los conocidos como partidos ‘coge todo’, los cuáles, a falta de una fractura ideológica, para tener consenso y marcar las diferencias, se entregan a técnicas cada vez más equiparables a las del *marketing* a través de un análisis del ‘mercado’ electoral<sup>30</sup>. La idea de fondo, tomada del *marketing concept* y de una filosofía estrictamente comercial, es aquella de las organizaciones políticas que, como las empresas, alcanzan mejor sus objetivos a través del *customer satisfaction*, que se obtiene colocando las necesidades de los electores, tal como aquellas de los consumidores, al inicio y no al final del proceso de producción. El ‘producto’ político está representado por ideas que se funden en los programas electorales y después en las acciones del gobierno y en las

<sup>28</sup> “(n. d. t.): ¿Para qué sirve nuestro miedo, aparte de para conseguir votos, conseguir audiencia televisiva y vender pésimos libros?” cfr. V. ZUCCONI, “Gli strumenti del terrore”, *D la Repubblica delle donne*, suplemento de *La Repubblica*, 31 de julio de 2004, p. 16.

<sup>29</sup> Sobre el tema vid. F. PALAZZO, “Mezzi di comunicazione e giustizia penale”, *Politica del diritto*, 2009, pp. 202-2003; G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., p. 66.

<sup>30</sup> La teoría de los partidos ‘coge todo’ llega de O. KIRCHHEIMER, “The Transformation of the Western European Party System”, en J. LA PALOMBARA, M. WEINER (eds.), *Political Parties and Political Development*, Princeton, 1966, p. 177 ss., ahora en G. SIVINI (ed.), *Sociologia dei partiti politici*, Bolonia, 1971, p. 177 ss., en particular p. 192.

leyes<sup>31</sup>. Estas ideas, según esta concepción, no deben ser el fruto proveniente de las ideologías, sino el resultado posterior a una investigación sobre el ‘mercado’ electoral: “es necesario darle a los electores lo que quieren”.

Desde las organizaciones *product-oriented* (partidos de masas con una fuerte connotación ideológica, dirigidos a imponer a los electores una cierta visión del mundo), se pasó a las *sales-oriented* (el partido ‘coge todo’, que sabe ‘venderse bien’, muy atento a los medios de comunicación, pero no completamente *marketed*), para terminar en algunos casos con las organizaciones propiamente *market-oriented* (dirigidas a captar las opiniones y las expectativas de los electores y traducirlas en programas políticos, votaciones, acciones de gobierno y leyes)<sup>32</sup>.

La tendencia que se ha desarrollado, sobre todo en los países occidentales, es la de partidos políticos que desempeñan cada vez menos una función ideológico-pedagógica y cada vez más un rol de captadores de intereses de opiniones y temores de los electores<sup>33</sup>. Si a primera vista una evolución semejante pudiera parecer fundamentalmente democrática, ya que la política se limitaría a ‘escuchar’ a los electores<sup>34</sup>, desde un análisis distinto se deduce que todo depende de la transparencia y la democracia de los procesos a través de los cuales se forman opiniones y temores de los ciudadanos, o sea, también y quizás sobre todo, de la transparencia y la democracia del sistema mediático<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Según la definición ofrecida por la *American Marketing Association*, las ideas son objeto de *marketing*, junto a los bienes y a los servicios. Para un análisis del producto y del mercado político, vid. A. ADELL DE BERNARDO, M. ALONSO COTO, *Marketing político 2.0*, Barcelona, 2011, *passim*; F.J. BARRANCO SAIZ, *Marketing político y electoral*, Madrid, 2010, *passim*; P. MAAREK, *Political marketing and communication*, London, 1995, traducción española por G. Multinger, *Marketing político y comunicación. Claves para una buena información política*, Barcelona, 2009; P. BUTLER, N. COLLINS, “Il marketing politico tra prodotto e processo”, en A. MELLONE, B.I. NEWMAN (eds.), *L'apparenza e l'appartenenza. Teorie del marketing politico*, Soveria Mannelli, 2004, p. 76 y ss., p. 87 y ss.

<sup>32</sup> Para la reconstrucción de la evolución de los partidos políticos, vid. J. LEES-MARSHMENT, *Political marketing and British political parties. The party's just begun*, Manchester, 2001, p. 95 y ss.

<sup>33</sup> Con referencia al *marketing* político en Italia, después del fin de la bipolaridad Este-Oeste el fenómeno más conocido como ‘tangentopoli’, vid. A. MELLONE, “Un approccio di successo? Il marketing politico e il caso italiano”, en A. MELLONE, B.I. NEWMAN (eds.), *L'apparenza*, cit., p. 183 ss.

<sup>34</sup> M. HARROP, “Political marketing”, *Parliamentary Affairs*, 1990, p. 277 ss.; M. SCAMMELL, *Designer Politics. How Elections are Won*, Londres, 1995, p. 298; A. CATTANEO, P. ZANETTO, *(E)lezioni di successo*, Milán, 2001, p. 13.

<sup>35</sup> Para algunas críticas al *marketing* político inspiradas en modelos democráticos, vid. B. FRANKLIN, *Packaging Politics. Political Communications in Britain's Media Democracy*,

Así, por un lado, se puede decir que el *marketing* político –en el que asume un rol determinante el sistema mediático como formador de opiniones y temores<sup>36</sup>–, está convirtiendo la ‘respuesta pública’, también a nivel de legislación penal, en algo cada vez más mediático, es decir, influido por las opciones llevadas a cabo por los medios de comunicación de masas<sup>37</sup>. Por otra parte, si las opciones del sistema mediático condicionan la agenda política, quiere decir que las mismas opciones políticas estarán sujetas a las lógicas que atañen al funcionamiento del sistema mediático<sup>38</sup>. Si estas lógicas, como se ha dicho antes, están íntimamente conectadas al beneficio, también el ‘producto’ político-criminal –en el sentido de las ideas transfundidas a los programas electorales y después a la legislación penal–, estará guiado por una lógica más ‘comercial’ y menos democrática<sup>39</sup>.

Las preocupaciones ligadas en general a la incidencia del *marketing* sobre la política (reducción de la agenda pública, uso de mensajes mediáticos en vez de argumentaciones, falta de ‘coraje’ político, etc.)<sup>40</sup>, se incrementan en relación a la política criminal<sup>41</sup>. Las correspondientes ideas transfundidas a

---

Londres, 2004; K.H. JAMIESON, *Dirty politics. Deception, distraction, and democracy*, Nueva York - Oxford, 1992.

<sup>36</sup> Si la ciencia social no está de acuerdo sobre la naturaleza y la amplitud del poder de los medios de comunicación de masas, dado que no resulta fácil identificar la influencia que estos tienen sobre la educación, la religión, etc., todos concuerdan con la influencia que los ‘*mass media*’ ejercen sobre la agenda política; cfr. P. BUTLER, N. COLLINS, *Il marketing politico*, cit., p. 98 ss.

<sup>37</sup> Para las implicaciones íntimas entre *marketing* político y *mass media*, distinguiendo entre *free* y *paid media*, vid. M. SCAMMEL, “Cosa insegna il marketing alla scienza politica”, en A. MELLONE, B.I. NEWMAN (eds.) *L'apparenza*, cit., p. 39; D. WRING, *Le teorie del marketing politico*, *ivi*, p. 121 ss.; N. O'SHAUGHNESSY, *Il marketing del marketing politico: un ossimoro?*, *ivi*, p. 228 ss.

<sup>38</sup> Según T.H. QUALTER, *Opinion Control in the Democracies*, Londres, 1985, p. 138, el *marketing* reduce la política a imágenes en venta.

<sup>39</sup> En la literatura italiana, para la relación entre democracia y *marketing* político, vid. L. MORI, “Il marketing politico e il consenso in democrazia”, *Iride*, 2011, p. 563 ss.; ID., “Procedure democratiche, legittimazione e consenso nell’età del marketing politico: considerazioni filosofico-politiche”, *Diritto & questioni pubbliche*, 2012, p. 711 ss. F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione*, cit., p. 203, a propósito de las leyes del mercado que regulan de modo férreo la representación del fenómeno criminal, habla de “(n. d. t.): una deriva *metodológicamente* antidemocrática”.

<sup>40</sup> M. SCAMMEL, *Cosa insegna*, cit., p. 57; P. BUTLER, N. COLLINS, *Il marketing politico*, cit., p. 85 ss.

<sup>41</sup> Para algunas consideraciones sobre la alteración del circuito democrático que deriva de las representaciones mediáticas distorsionadas, en particular de los sucesos procesales, vid. G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., p. 66.

los programas electorales y a las leyes penales, de hecho, como se sabe, dañan profundamente los bienes fundamentales de la persona y en primer lugar la libertad, que se encuentra en la cúspide de los valores constitucionales. 'Mercadear' el 'producto' político-criminal significa, entonces, comercializar, 'vender' a la persona en sus implicaciones vitales.

Las técnicas del *marketing* imponen una extrema simplificación de las cuestiones, adaptadas a los mensajes mediáticos, eliminando las argumentaciones en busca de afirmaciones breves, claras y reconocibles, propagandas que traen ventajas electorales<sup>42</sup>. Si, por un lado, se puede decir que razonando de este modo se realiza una comunicación política más cercana al lenguaje de los electores<sup>43</sup>, por el otro, el peligro es caer en un simplismo de todo punto inapropiado, *a fortiori*, en cuestiones complejas y destinadas a afectar de la manera más profunda la vida de las personas, como la política criminal. El *marketing* político empuja hacia temas restringidos, asfixiantes, solo porque son populares, fácilmente comprensibles y objeto de las expectativas de los electores mediáticamente condicionados<sup>44</sup>, en detrimento de cuestiones y argumentaciones de mayor sustancia, destinadas al oscurecimiento de los medios de comunicación de masas y políticos o a una falta de éxito<sup>45</sup>.

Al final, privilegiando a las críticas, el *marketing* político se puede reducir a una categoría incluida en el concepto de 'gobierno simbólico', coherente con la simbolización que ha caracterizado a la política criminal de las últimas décadas, donde, por falta de ideologías o, mejor dicho, a falta de opciones inspiradas en los valores fundamentales de las personas y plenamente adecuadas a los principios constitucionales, parecería que «la finalidad del poder se haya convertido en el propio poder»<sup>46</sup>. Las ideas de política criminal, sin embargo, no deberían ser consideradas sencillamente un producto que se debe crear y comercializar mediante los medios de comunicación, sino que

---

<sup>42</sup> Se trata de tránsitos informativos que funcionan como sustitutos de "segunda opción" de otros tipos de datos, más inalcanzables, cfr. S. POPKIN, M. DIMOCK, "La conoscenza dei cittadini, le scorciatoie informative ed il ragionamento politico", en S. BENTIVEGNA (ed.), *Comunicare politica nel sistema dei media*, Génova, 1996, p. 182.

<sup>43</sup> M. HARROP, *Political marketing*, cit.; M. SCAMMELL, *Designer Politics*, cit.

<sup>44</sup> Sobre la fuerte perplejidad relativa al exceso de simplificación del lenguaje político y de la información, con obvias consecuencias sobre el tema de las correctas opciones electorales, véase E. CANIGLIA, *Berlusconi*, cit., p. 191 ss.

<sup>45</sup> G. SMITH, J. SAUNDERS, "The application of marketing to British politics", *Journal of Marketing Management*, 1990, V, p. 295 ss.

<sup>46</sup> Cfr. N. O'SHAUGHNESSY, *Il marketing del marketing politico: un ossimoro?*, cit, p. 232, (n. d. t.).

deberían ser, más bien, expresiones de valores irrenunciables, incompatibles con la comercialización de la persona.

### 3. EL FENÓMENO CRIMINAL ENTRE REALIDAD Y REPRESENTACIÓN MEDIÁTICA: LAS CONSECUENCIAS RELATIVAS A LA LEGALIDAD PENAL

Para comprender mejor cómo se representa mediáticamente el fenómeno criminal y de qué modo esta representación puede incidir sobre las elecciones de *marketing* político, es necesario hacer referencia, aunque de forma sintética, a algunos resultados a los que ha llegado la investigación criminológica<sup>47</sup>.

La clara tendencia mediática que representa la criminalidad como un fenómeno mucho más presente de lo que es en realidad, aumentando su im-

---

<sup>47</sup> Sobre el tema, en la literatura en idioma español, vid. S. SOTO NAVARRO, "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 07-09, 2005. El artículo se basa en datos obtenidos por tres fuentes: noticias sobre delincuencia en el diario "El País", encuestas de opinión mensuales del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) y datos oficiales sobre la delincuencia. Del análisis realizado, concluye la autora, que el aumento considerable de la preocupación y el miedo al delito, la inclusión del problema de la inseguridad ciudadana en los primeros puestos de la agenda política del Gobierno y la subsiguiente vuelta hacia el modelo de "ley y orden", tal como la influencia de ciertos grupos de presión corporativos – en particular los sindicatos policiales y los funcionarios de prisión – son fenómenos directamente relacionados con la atención mediática y no responden a un importante y efectivo incremento de la tasa de criminalidad en España. M. GARCÍA ARÁN, "El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales", *Revista catalana de seguretat pública*, abril 2008, p. 39 ss., propone algunas consideraciones sobre la relación entre las actuales tendencias punitivistas y los discursos consolidados a través de los medios de comunicación, sin que se presuponga mayoritaria la opinión publicada ni se atribuya a los medios toda la responsabilidad de la deriva autoritaria actual del derecho penal. La incidencia de los medios se produce en dos tipos de cuestiones: la valoración cuantitativa de la inseguridad y la valoración cualitativa sobre la capacidad punitiva del sistema penal para hacerle frente. Vid, también, R. SÁEZ VALCÁRCCEL, "La inseguridad, lema de campaña electoral", *Jueces para la democracia*, núm. 45, 2002, p. 3 ss. Para las cuestiones sociológicas, en la literatura española vid. el trabajo monográfico de J.J. TOHARIA, *Opinion pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Madrid, 2001, *passim*. En general, en la ciencia penal italiana, vid. G. FORTI, M. BERTOLINO (eds.), *La televisione del crimine*, Milán, 2005, *passim*; más recientemente vid. R. BIANCHETTI, *Mass media, insicurezza sociale e recenti orientamenti di politica penale*, Milán, 2012, *passim*, espec. p. 154 ss.; y menos reciente R. GRANDI, M. PAVARINI, M. SIMONDI (eds.), *I segni di Caino. L'immagine della devianza nella comunicazione di massa*, Napoli, 1985, *passim*.

portancia en comparación a lo que demuestran los datos estadísticos oficiales, alimenta el riesgo percibido<sup>48</sup>.

La función de *agenda setting*, relativa al fenómeno criminal depura buena parte de los hechos penalmente relevantes a favor de unos pocos episodios, presentados como de alta peligrosidad delictiva. La selección mediática de las tipologías criminales es muy reducida: cuando se trata de periodismo casi exclusivamente llegan algunos delitos clásicos y violentos (por ejemplo homicidios, terrorismo, etc.), mientras que otros hechos penalmente relevantes no reciben la misma atención, menos algunos episodios (por ejemplo, crímenes sexuales o contra la infancia) que, aunque en general se eluden, cuando se tratan, resultan enfatizados desde el punto de vista de la gravedad. Los delitos contra el patrimonio, estadísticamente los más frecuentes, si bien son objeto de un buen número de noticias (sobre todo en los periódicos), en general reciben una escasa relevancia mediática por espacio y tiempo dedicado<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> G. FORTI, R. REDAELLI, "La rappresentazione televisiva del crimine: la ricerca criminologica", en G. FORTI, M. BERTOLINO (a cargo de), *La televisione del crimine*, cit., *passim*, espec. p. 12 y ss., p. 18 y ss., p. 179; R.J. GEBOTYS, J.V. ROBERTS, B. DASGUPTA, "News Media Use and Public Perceptions of Crime Seriousness", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, núm. 30, 1988, p. 3 ss. Para otras discrepancias numéricas y sobre-representaciones sustanciales (por omisión), en particular entre crónica criminal relativa a ciudadanos italianos y extranjeros, véase E. CALVANESE, *Media e immigrazione tra stereotipi e pregiudizi. La rappresentazione dello straniero nel racconto giornalistico*, Milán, 2011, p. 115 ss. El tema ha sido tratado también por C.A. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., p. 493 ss. Para el análisis del notable crecimiento de las noticias criminales en la prensa inglesa, vid. R. ROBERT, S. LIVINGSTONE, J. ALLEN, "Casino culture: media and crime in a winner-loser society", en K. STENSON, R. SULLIVAN (eds.), *Crime, risk and justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Cullompton, 2001, p. 174 ss. Para observaciones problemáticas y sintéticas sobre la diferencia entre la criminalidad 'efectiva' y 'percibida', vid. T. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale*, cit., p. 690, quien evidencia que la presunta desinformación operada por los medios de comunicación, debería ser confrontada, para verificar su efectiva consistencia, con la posible ignorancia estadística de los fenómenos criminales, con eventuales dislocaciones territoriales y gravedad de los hechos criminales, y con la 'cifra negra' de los delitos sin denunciar.

<sup>49</sup> G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione*, cit., p. 92 ss. Sobre la selección distorsionada de las noticias en tema de criminalidad, además vid. R. SURETTE, *Media, Crime, and Criminal Justice. Images, Realities, and Policies*, Belmont, 2007, *passim*. La tendencia encuentra confirmación también en otras experiencias, por ejemplo en la irlandesa, vid. M. O'CONNELL, "Is Irish Public Opinion towards Crime Distorted by Media Bias?", *European Journal of Communication*, núm. 19, 1999, p. 191 ss., quien analizó más de 2000 artículos y las distorsiones realizadas por los medios de comunicación de masas provocadas, entre otras cosas, por la inclinación que tienen aquellos a divulgar las noticias de crímenes graves, a pesar de ser éstos de poca frecuencia. Para la experiencia escocesa vid. J. DITTON, J. DUFFY, "Bias in the Newspaper Reporting of Crime News", *The British Journal of Criminology*, vol. 23, 1983,

La tendencia, entonces, es invertir el orden de las estadísticas reales, tratando hechos mucho más raros, considerados graves, y decididamente menos delitos, mucho más difundidos, pero que se consideran en sí poco relevantes, abandonando la idea del crimen como fenómeno social de amplio margen y concentrando la atención mediática sobre hechos singulares capaces de llamar la atención [y el beneficio]<sup>50</sup>. Los medios de información, además, tienden también a sobrevalorar la gravedad de algunos delitos con respecto al desvalor 'oficial' otorgado por el ordenamiento jurídico, a través de la 'conminatoria edictal' (por ejemplo, donde el alejamiento es más evidente, delitos sexuales, económicos, contra el patrimonio, imprudentes o ambientales)<sup>51</sup>.

Otro dato que emerge del análisis criminológico es que el sistema mediático focaliza el interés no solo sobre el hecho, también sobre las fuerzas de control (fuerzas de policía y magistratura) enfatizando sus roles, mas abandona, excepto en casos particulares, a víctima y autor, este último normalmente representado como 'enemigo público', sin ninguna atención a su condición social y a sus motivaciones<sup>52</sup>. La información, cuando le interesa al autor, es sobre todo por su procedencia socio-económica, partiendo del lugar común de que, en general, no es noticioso, los criminales son los marginados. A esto se enlaza también la constatación de que el uso mediático de la calificación "criminal" ocurre normalmente en hechos con víctimas individuales pero no en relación con aquellos con victimización colectiva (delitos político-administrativos, económicos, ambientales, etc.), usualmente realizados, estos últimos, por personas de una cierta posición socio-económica<sup>53</sup>.

---

pp. 159 y ss. Para la austríaca, J. GUNZ, *Kriminalberichterstattung in unseren Tageszeitungen Vergeltung oder Vorbeugung? Eine inhaltsanalytische Dokumentation*, Linz, 1980, p. 3 ss. Para la alemana, H. KURY, "Mass media e criminalità: l'esperienza tedesca", en G. FORTI, M. BERTOLINO (eds.), *La televisione del crimine*, cit., pp. 319 y ss.

<sup>50</sup> Sobre esta cuestión, de nuevo, G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione*, cit., pp. 140 y ss., p. 182, los cuales, al confrontar los datos de presencia mediática de las tipologías de delitos con las cifras expuestas en las estadísticas judiciales penales, han tenido en consideración los datos Istat (Instituto nacional de estadística italiano) relativos al año 2000. Vid., además, C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., p. 494. De nuevo, R. SURETTE, *Media, Crime*, cit., p. 63; H.J. SCHNEIDER, "La criminalité et sa représentation par les mass media", *Revue internationale de criminologie et de police technique*, núm. 48, 1995, p. 148 ss.

<sup>51</sup> Cfr. G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione*, cit., p. 140 ss., p. 158 ss.

<sup>52</sup> H.J. SCHNEIDER, *La criminalité*, cit., p. 152 ss.; J. GUNZ, *Kriminalberichterstattung*, cit., p. 40 ss.

<sup>53</sup> Cfr. G. FORTI, R. REDAELLI, *La rappresentazione*, cit., p. 68 ss., 150 ss., p. 182 ss., p. 186 ss.

En la investigación criminológica es posible encontrar datos empíricos relativos al sistema mediático que permiten confirmar la percepción falsificada del riesgo criminal y explicar muchas opciones político-criminales ‘marketizadas’, que con el tiempo han contribuido a la formación de la más conocida como legislación penal de la emergencia<sup>54</sup>. Si se forman mediáticamente instancias sociales ‘arracionales’ de represión penal, la política tiende a preparar respuestas penales usualmente simbólicas, destinadas a la tranquilidad social, atrayendo consenso, pero sin efectos o con efectos inútiles e inidóneos para orientar a los ciudadanos<sup>55</sup>. Respuestas que crean ulteriores insatisfacciones sociales y pretensiones de una represión más grave, que empujan a la política, para readquirir credibilidad, hacia respuestas punitivas desproporcionadas<sup>56</sup>. De aquí la famosa connotación hipertrófica de la legislación penal, que, estimulada por la artificiosa necesidad subjetiva de seguridad, no logra en absoluto superar la crisis de legitimación en la que ha caído el sistema penal, sino que, más bien, la agrava, convirtiéndola en una “fábrica de ilusione”<sup>57</sup>.

El sistema mediático parece amenazar las bases de la legalidad penal-constitucional, bajo más puntos de vista: una democracia solo aparente de las opciones mediáticas, las cuales, como se ha visto, influyen fuertemente

---

<sup>54</sup> En general, sobre las problemáticas relacionadas con la legislación de emergencia, vid. el fundamental y ya clásico trabajo de S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoles, 1997, *passim*.

<sup>55</sup> Sobre este tema véase también M. DONINI, “Il diritto penale di fronte al ‘nemico’”, *Cassazione penale*, 2006, p. 735 ss., que a propósito de la imposibilidad de poder controlar la utilización distorsionada de los medios de comunicación masivos, habla de una construcción periodística y/o política de “monstruos” como instrumentalización de la persona que da vida a lo que define el segundo significado del derecho penal del ‘enemigo’, o sea el uso instrumental del derecho penal del hecho en función simbólico-expresiva y de “lucha” contra el “mal” cometido por un autor normal. Más reciente vid. F. SCHIAFFO, “La creazione della insicurezza in Italia e negli USA: gli esiti istituzionali tra effetti simbolici e disastri reali”, *Critica del diritto*, 2012, pp. 52 y ss., en particular a propósito del “desastre anunciado” de la privatización en la gestión de la seguridad pública en la legislación italiana en los años del boom mediático de la criminalidad.

<sup>56</sup> Cfr. M. BERTOLINO, “Privato e pubblico nella rappresentazione mediática del crimine”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 1070 ss., ahora en G. FORTI, M. BERTOLINO (eds.), *La televisione del crimine*, cit., p. 192.

<sup>57</sup> E. MUSCO, “Consenso e legislazione penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, p. 85 ss., spec. p. 88, (n. d. t.), identifica una de las causas de la criminalización generalizada en el consenso político que se busca mediante las técnicas modernas de la comunicación medial, que hace uso también de sofisticadas manipulaciones.

y deslegitiman a la política criminal<sup>58</sup>; una consiguiente legislación que a menudo comercializa a la persona sacrificándola a los intereses del sistema mediático, según lógicas de ‘exclusión’ de las ‘clases peligrosas’, contrarias a las garantías fundamentales de un Estado social de Derecho<sup>59</sup>; una legislación que, al intentar ir en pos de una opinión pública mediatizada, produce normas en un sistema cada vez más irracional, desproporcionado, caótico y, por lo tanto, contrario a las exigencias de *extrema ratio* y de determinación del Derecho penal<sup>60</sup>.

#### 4. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE MASAS Y EL DERECHO ‘VIVIENTE’: OTROS REFLEJOS SOBRE LA LEGALIDAD PENAL

Los efectos del sistema mediático parecen ser más compatibles con un concepto de legalidad penal visto como una ‘espada’ (inspirado en la idea ‘totalitaria’ de castigar a toda costa a los autores de hechos socialmente dañinos), que con el modelo de legalidad visto como un ‘escudo’ (o sea, con una función de garantía a favor de los ciudadanos contra posibles abusos del Estado o arbitrariedades del juez), un concepto que parece ser acogido, por ejemplo, en la Constitución italiana<sup>61</sup>.

Esta tendencia conlleva otra posible insidia para la legalidad (correctamente interpretada) en el más conocido derecho ‘viviente’ o jurisprudencia

<sup>58</sup> Sobre las implicaciones de la democratización del sistema mediático y penal, vid. las fundamentales observaciones de F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione*, cit., 2009, p. 200 ss.

<sup>59</sup> C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., pp. 536-537.

<sup>60</sup> Sobre estas cuestiones generales, en la ciencia penal española, vid. A.R. CUERDA RIEZU, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, L.A. ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), vol. 1, 2001, p. 187 ss.; J.L. FUENTES OSORIO, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, art. núm. 07-16, 2005; M. GARCÍA ARÁN, J. BOTELLA CORRAL, R. REBOLLO VARGAS, *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008, *passim*; L. POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Madrid, 2013, *passim*.

<sup>61</sup> Sobre el tema vid. G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Nueva York - Oxford, 1998, traducción al español por F. Muñoz Conde, *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, 1997; traducción italiana di M. Papa, *Grammatica del diritto penale*, Bolonia, 2004, p. 324 ss. Vid. M. CATERINI, “L’interpretazione favorevole come limite all’arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell’oligarchia giudiziaria”, en P.B. HELZEL, A.J. KATOLO (eds.), *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, 2012, p. 118 ss., para razones que fundamentan la prevalencia de la legalidad como ‘escudo’, con respecto a las exigencias de punición y seguridad jurídica.

creativa<sup>62</sup>, que también asume cada vez más un rol de protagonista en las elecciones de política criminal, con una vocación, por una parte, a moverse más allá del texto legislativo, y, por otra, a ‘exprimir’ la máxima punibilidad de las normas penales<sup>63</sup>. Las investigaciones han evidenciado desde hace mucho tiempo la existencia de una especie de código paralelo de segundo nivel, que de modo latente deforma la aplicación del código oficial por parte de las agencias de control<sup>64</sup>. Por otra parte, ya se recordó que los medios de información enfatizan el rol de esas agencias, cosa que en realidad va a consolidar y a convalidar – a través de la evocación de un presunto ideal superior distorsionado de ‘justicia’ – el uso de este código de segundo nivel, en evidente contraste con el principio de legalidad.

Es lógico, entonces, que el sistema mediático pueda influir a los magistrados en la toma de decisiones, orientando no solo la verificación del he-

---

<sup>62</sup> Sobre el tema de la sujeción del juez a la ley en España, ver J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El sometimiento del juez sólo a la ley. (Por un enfoque post-positivista)”, en J.A. RAMOS PASCUA, M.Á. RODILLA GONZÁLEZ (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, 2006, p. 581 ss.; F.J. EZQUIAGA GANUZAS, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en J. MALEM, J. OROZCO, R. VÁZQUEZ (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, 2003, p. 39 ss.; E. BULYGIN, “Los jueces ¿crean derechos?”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, n. 18, 2003, p. 7 ss. Se cita también M. CATERINI, “La creatividad de la interpretación: una comparación entre el derecho penal y el arte musical”, *Derechos y Libertades*, núm. 32, 2015, p. 49 ss. Sobre la vinculatoriedad de la doctrina judicial en España, ver C. AUGER LIÑÁN, “La jurisprudencia como posible fuente de ordenamiento jurídico”, en E. BACIGALUPO ZAPATER, P.L. MURILLO DE LA CUEVA, R. TRILLO TORRES (coords.), *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución Española*, Barcelona, 2004, p. 367 ss.; J. SAMPER JUAN (dir.), *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, 2002, *passim*, en particular E. BACIGALUPO ZAPATER, *Jurisprudencia y seguridad jurídica*, p. 129 ss.; V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. Una perspectiva constitucional*, Madrid, 2002; F.J. LAPORTA, “Vindicación del precedente judicial en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, p. 267 ss.

<sup>63</sup> En estos términos, H.J. HIRSCH, “Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht”, en G. KOHLMANN (a cargo de), *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlín, 1999, p. 112 ss. Para algunos ejemplos paradigmáticos de esta creatividad jurisprudencial en sentido desfavorable, ver de nuevo M. CATERINI, *L’interpretazione favorevole*, cit., p. 113 ss.

<sup>64</sup> P. MACNAUGHTON-SMITH, “Der zweite Code. Auf dem Wege zu einer (oder hinweg von einer) empirisch begründeten Theorie über Verbrechen und Kriminalität”, en K. LÜDERSEN, F. SACK (a cargo de), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt am Main, 1975, p. 197 ss.; C.E. PALIERO, “Il principio di effettività del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 508.

cho, sino también la interpretación de las normas, hacia un resultado en vez de otro, en razón de las expectativas de la así llamada opinión pública<sup>65</sup>. Omitiendo los casos donde tal comportamiento de los magistrados pueda determinarse por la inclinación a atraer popularidad de cara a una futura carrera política, lo que interesa poner en evidencia en esta sede son las numerosas posiciones jurisprudenciales, coherentes con las expectativas de la opinión común, que, bajo el ropaje de meras interpretaciones, esconden verdaderas creaciones de normas o al menos hermenéuticas analógicas, contrarias al principio de legalidad penal.

Para tener un solo ejemplo de tal comportamiento, téngase en mente la figura del dolo eventual, de matriz jurisprudencial, como es sabido, que ha recibido el aval por parte de la doctrina<sup>66</sup>. Los efectos represivos de este derecho 'viviente', que se pueden fácilmente intuir, ya que dilatan las situaciones típicas de los casos concretos construidos por el legislador como dolosos, creando innumerables posibles situaciones típicas que derivan de

---

<sup>65</sup> M. ROMANO, "Legislazione penale e consenso sociale", *Jus*, 1985, p. 413 ss., más allá del consenso social con referencia a la creación de las normas, habla también de un consenso social "(n. d. t.): referible a la estructura dialógica-comunicativa del proceso [ ] donde el éxito final - la decisión de condena o de absolución - condiciona la comprensión social de la actividad judicial y resulta a su vez condicionada". Más investigaciones, sobre todo en los sistemas de *common law*, han verificado empíricamente las influencias de los medios masivos de comunicación sobre el proceso decisional de los jueces profesionales y de los jurados, en particular por lo que se refiere a la prueba de los hechos; véase E. COSTANTINI, J. KING, "The Partial Juror: Correlates and Causes of Prejudgement", *Law & Society Review*, vol. 15, 1981, p. 36 ss.; C.A. STUDEBAKER, S.D. PENROD, "Pretrial publicity: The media, the law, and common sense", *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 3, 1997, p. 428 ss.; T.R. TYLER, "Viewing CSI and the Threshold of Guilt: Managing Truth and Justice in Reality and Fiction", *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1050 ss.; en Italia, para los perfiles psicológicos, véase las ponencias del encuentro "Magistrati e Mass Media", organizado por el Consejo Superior de la Magistratura, Roma, 2004, en particular L. ARCURI, *Ruolo dei mezzi di comunicazione di massa nell'organizzazione delle rappresentazioni sociali e del giudizio delle persone (analisi dei processi attraverso cui i prodotti mediatici possono influenzare la decisione)*, y R. RUMIATI, *L'influenza mediática sulla decisione*.

<sup>66</sup> A. MANNA, "Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità", *Indice penale*, 2010, pp. 13-14, evidencia la creación pretoria del dolo eventual; siempre A. MANNA, "Disequilibri fra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale", *Cassazione penale*, 2011, p. 1252 ss., enfoca la figura del dolo eventual como una de las hipótesis típicas del derecho 'viviente' capaz de invertir el principio de la separación de poderes. Sobre esta cuestión, también G. FORTE, "Dolo eventuale tra divieto di interpretazione analogica ed incostituzionalità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pp. 836 ss., el cual considera la categoría del dolo eventual como una interpretación analógica en *malam partem*. Ver M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole*, cit., p. 114 ss.

ellos, caracterizadas por la conducta del eventual dolo, en muchos casos disimulando conductas en realidad caracterizadas por la imprudencia. Algunas aplicaciones prácticas parecen estar íntimamente conectadas con las expectativas de la opinión pública, amplificadas por los medios de comunicación de masas. Pensemos, por ejemplo, en la sentencia de primer grado relativa al caso ThyssenKrupp, donde la cúspide de la empresa fue condenada por homicidio doloso después de un accidente gravísimo en el lugar de trabajo<sup>67</sup>. Pensemos, aún más, en aquellos casos de siniestros viales, acontecidos con modalidades particularmente graves o alarmantes, por los cuáles han sido impuestas condenas por homicidio doloso<sup>68</sup>.

El riesgo, también a través de las decisiones judiciales, es que la ley del mercado, que domina el sistema mediático, determine una regresión a un estado sustancialmente pre-democrático, donde la opinión pública es considerada el mejor juez<sup>69</sup>.

## 5. NEW MEDIA, DEMOCRACIA Y LEGALIDAD PENAL

Los nuevos medios de comunicación interactivos están alimentando el sueño de la democracia directa, basada en la idea [peligrosa] según la cual el mejor gobernante, administrador o juez sería la opinión pública. Internet haría posible una contrarrevolución, capaz de cambiar el mundo, a través de su estructura dialógica, que consentiría el desarrollo de la crisis y de la política mediante la posibilidad reconocida por todos de expresar frecuentemente las propias elecciones mediante una especie de sistema referendario permanente<sup>70</sup>. El argumen-

<sup>67</sup> Cfr. Corte ass. Torino, sez. II, 14 noviembre 2011, n. 31095, *De Jure*, donde se admite francamente que "(n. d. t.): el dolo eventual es, de hecho, una elaboración jurisprudencial". La decisión ha sido revisada por la Corte d'assise de apelación de Turín con la sentencia del 28 de febrero de 2013, n. 6, donde, por lo demás, no se niega la figura del dolo eventual, sino, de hecho, se sostiene que los encausados actuaron con la convicción de que los eventos se habrían evitado.

<sup>68</sup> Para algunos ejemplos, aunque muy distintos, véase Corte ass. Milano, 16 de Julio de 2009, *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 757, con nota F. AGNINO, *Colpa cosciente e dolo eventuale in tema di sinistri stradali*, p. 766 ss.; G.u.p. Trib. Roma, 26 de noviembre de 2008, Lucidi, *Foro italiano*, 2009, II, c. 414 ss., con nota de G. FIANDACA, "Sfrecciare col "rosso" e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?", y de S. D'AMATO, "Dolo eventuale e guida spericolata: una sentenza 'extravagante'?", *Critica del diritto*, 2008, p. 84 ss.; Trib. Roma, sez. VIII, 16 noviembre 2007, *Giurisprudenza di merito*, 2009, p. 431, con nota de E. DI SALVO, *Colpa cosciente e dolo eventuale, diretto e alternativo*, p. 435 ss.

<sup>69</sup> A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, cit.

<sup>70</sup> A.L. SHAPIRO, *The Control Revolution. How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*, Nueva York, 1999, *passim*.

to merece todavía más interés después de los éxitos, y las iniciativas político-criminales, de organizaciones que han fundado sobre internet la filosofía de la propuesta dirigida a permitir a los ciudadanos tomar parte en primera persona en las decisiones, sin la mediación de los políticos profesionales<sup>71</sup>.

Internet podría concretar la utopía del *ágora* [virtual], donde los ciudadanos están siempre bien informados y pueden contribuir a determinar sin intermediarios las opciones políticas. Se trataría de una vocación notablemente democrática de Internet, que, probablemente, se revela un mito, ya que las nuevas tecnologías, cuando no se utilizan de manera distorsionada (por ejemplo para ratificar decisiones que vienen 'de arriba' y así legitimar voluntades autoritarias), pueden a lo sumo enriquecer, pero no sustituir, los procesos de democratización a través de los tradicionales mecanismos del conflicto socio-político<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> La referencia es en primer lugar la afirmación electoral que ha tenido en Italia el Movimiento 5 Stelle. Sobre el tema véase A. FLORIDIA, R. VIGNATI, *Deliberativa, diretta o partecipativa: quale democrazia per il Movimento 5 stelle?*, ponencia presentada en el Congreso anual de la Sociedad italiana de ciencia política, que tuvo lugar en Florencia del 12 al 14 septiembre de 2013. Según los autores, en las ideas del Movimiento se mezclan, generando más de una contradicción, tres retos diferentes a la democracia representativa: una reformadora (mediante instrumentos de democracia directa, como el referéndum y peticiones, en un cuadro que conserva la centralidad del Parlamento); una utópica (que mira a la superación de la democracia representativa por medio de los instrumentos informáticos); y un reto plebiscitario (que usa fundamentalmente la web y las plazas). Sobre el tema, véase también F. FORNARO, "Un non-partito: il Movimento 5 stelle", *il Mulino*, 2012, p. 253 ss. Los parlamentarios del M5S han presentado numerosos proyectos de ley de política-criminal: en tema de intercambio electoral político-mafioso, de prevención y combate de la corrupción, de blanqueo, auto-blanqueo y paralización de actividades financieras en el exterior, de delitos societarios, tributarios y concursales, de prohibición del desarrollo de propaganda electoral a cargo de personas pertenecientes a asociaciones mafiosas y sometidas a la medida preventiva de vigilancia especial de seguridad pública. La más conocida como 'emergencia democrática', por otra parte, y la consiguiente protesta que reclama nuevas formas de democracia directa, comprometen también al resto de Europa y de Occidente, como demuestra el éxito, cuanto menos comunicativo, de movimientos como los de los *Indignados* y de los *Occupy*.

<sup>72</sup> El tema de las relaciones existentes entre democracia y nuevas tecnologías comunicativas es objeto de una vasta literatura. En esta sede ver solo algunos trabajos principales, en español, L. WINNER, "Internet y los sueños de una renovación democrática", traducción por V. Sanz González, *Isegoría*, n. 28, 2003, p. 55 ss., que se pregunta si el solo aumento de recursos técnicos entre la población tiene una contrapartida real en la participación democrática en asuntos políticos, o más bien se trata solamente de una extendida creencia idealista sin fundamento constatado. N. CABEZUDO RODRÍGUEZ (ed.), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*, Zaragoza, 2011, *passim*, en particular L.C. AMEZÚA AMEZÚA, *Nuevas tecnologías y democracia participativa*, p. 15 ss. En italiano, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e*

Los *new-media*, si, por una parte, suponen sustancialmente problemas no muy distintos de los *media* tradicionales, conectados a la lógica comercial del beneficio y a los viejos o nuevos poderes que se esconden detrás de ellos<sup>73</sup>; por otra parte, presentan ulteriores cuestiones conectadas con el exceso de información sacada por internet, a menudo de pésima calidad, que en realidad, en su globalidad no logran transmitir ningún conocimiento útil para una mayor conciencia socio-política<sup>74</sup>. Por el momento, ha sido demostrado el fracaso, de la relación Internet = mayor democracia, siendo esta una revolución, una vez más, solamente simbólica, porque la mayor parte de los contenidos de la red viene puesta en circulación por parte de pocos ‘emisores’ según lógicas del mercado, porque todavía el acceso a las nuevas tecnologías no está generalizado; porque el caos informativo equivale a desinformación; porque el uso eficaz de los *new-media* necesita usuarios *computer-literates*, los cuales son todavía una minoría, que a menudo no tienen ni siquiera interés por el debate político-democrático<sup>75</sup>. El mito de la interactividad podría alimentar derivas plebiscitarias, según un modelo caricaturesco de democracia directa, donde se anula la argumentación y la confrontación pública, a favor de una decisión ilusoria fundada sobre la tiranía de una mayoría inexistente<sup>76</sup>.

Si, por un lado, hay que evitar la tendencia a la *cyber-fobia*, reconociendo la potencialidad democrática de los *new media*, por otro, la conciencia sobre el fulcro de la democracia reside no solo y no tanto en el momento deliberativo (votación), sino sobre todo en el proceso anterior, es decir, en la parti-

---

*le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997; P. LÉVY, *L'intelligenza collettiva. Per un'antropologia del cyberspazio*, trad. it. de D. Feroldi, M. Colò, Milán, 2002; ID., *Cyberdemocrazia. Saggio di filosofia politica*, a cargo de G. Bianco, Milán, 2008; D. DE KERCKHOVE, A. TURSI (a cargo de), *Dopo la democrazia? Il potere e la sfera pubblica nell'epoca delle reti*, Milán, 2006; D. PITTÈRI, *Democrazia elettronica*, Roma, 2007. Más recientemente L. CORCHIA, *La democrazia nell'era di internet. Per una politica dell'intelligenza collettiva*, Florencia, 2011.

<sup>73</sup> S. LOMBARDINI, “Accelerare non è fare”, en J. ACOBELLI (ed.), *Politica e internet*, Soveria Mannell, 2001, p. 62; G.O. LONGO, *Un rapporto problematico*, ivi, p. 70, que habla de una red fuertemente identificada con el mercado, del cual resalta la dimensión antidemocrática del dinero.

<sup>74</sup> S. LOMBARDINI, *Accelerare non è fare*, cit., p. 64 ss.

<sup>75</sup> R. DAVIS, *The Web of Politics. The Internets Impact on the American Political System*, 1999, *passim*; G. MAZZOLENI, “Una rivoluzione ‘simbolica’”, en J. ACOBELLI (ed.), *Politica e internet*, cit., p. 80 ss.

<sup>76</sup> N. RANGERI, “Il rischio della democrazia diretta”, en J. ACOBELLI (ed.), *Politica e internet*, cit., p. 116; D. PITTÈRI, *Democrazia elettronica*, cit.; P. CERI, “Promesse e realtà della tele-democrazia”, en P. FANTOZZI (ed.), *Politica, istituzioni e sviluppo*, Soveria Mannelli, 2001, p. 98.

cipación en la discusión, lo que requiere una correcta información sobre los temas tratados, la así llamada conciencia re-propone el tema también para los *new-media* en términos análogos a los seguidos por los *old-media*, con todas las implicaciones ya vistas. El problema, en ambos casos, es la correcta formación/información de los ciudadanos, problema que parece plantearse de manera todavía más intensa para la red internet, por el enredo de noticias y por la ausencia de reglas de garantía<sup>77</sup>.

La legitimación democrática del sistema penal, fundado sobre el principio de legalidad y en particular sobre la reserva de ley, como se sabe, debería presuponer racionalidad, cautela y extrema ponderación en la valoración del recurso a la sanción punitiva<sup>78</sup>. Pues bien, estos caracteres parecen por el momento poco compatibles con un uso político e interactivo de los *new-media* (como, por ejemplo, los *instant-referenda*, las encuestas de *marketing* político o la 'votación' de propuestas para enviar al Parlamento), según aquella estructura [aparentemente] dialógica que está representada como la mejor virtud de la red Internet<sup>79</sup>. El caos informativo de la red, los intereses económicos conectados a ella, la limitación de los *computer-literates* interesados en el debate, verosímelmente dirigidos hacia las respuestas de los ciudadanos muy poco representativas, manipuladas, reprimidas, emotivas e irracionales, que, por otra parte, según los mecanismos del *marketing* político, concretamente podrían también influir en algunas opciones de política criminal<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Sobre el tema, consultar P. FRAILE, Q. BONASTRA, "Seguridad y mapas on line del delito: la otra cara de la participación ciudadana", *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. XIV, vol. 331, 2010 pp. 5 ss.; también E.M. RESTREPO, Á.J. MORENO, "Bogotá: ¿más crimen?, ¿más miedo?", *Desarrollo y Sociedad*, núm. 59, 2007: "...el impacto de las cadenas de correo electrónico es nuevamente negativo, a la luz de los ejercicios empíricos presentados, lo cual muestra que la percepción de seguridad se ve afectada negativamente por la lectura y circulación de este tipo de información a través de Internet".

<sup>78</sup> Por todos, G. FIANDACA, "Legalità penale e democrazia", *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1251; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Turín, 2012, p. 243.

<sup>79</sup> Según P. CERI, *Promesse e realtà della teledemocrazia*, cit., más que de un traslado de poder a los ciudadanos, se trata de una ocultación del mismo, en cuanto - incluso excluyendo el uso de técnicas distorsionadoras, psicológicas o estadísticas - el traslado es ilusorio, porque la participación está sometida a manipulaciones y a una falta de responsabilidad, y las respuestas, cuando no son meros efectos de 'arrastramiento', en general, son reacciones a acontecimientos emotivos.

<sup>80</sup> M. ARTUSI, A. MAURIZZI, "Le nuove frontiere del marketing politico. Internet come strumento di costruzione e gestione del consenso", *Mercati e competitività*, 2010, p. 75 ss., ven Internet como una herramienta de implicación de las personas alrededor de un movimiento o de una idea política a través de las técnicas del *marketing*.

## 6. LA COMPETENCIA CÍVICA: INFORMACIÓN VS. CONOCIMIENTO. ¿ES POSIBLE UNA *PAIDEIA* POLÍTICO-CRIMINAL?

No solo en los países en vía de democratización, sino también en aquellos donde existen instituciones democráticas consolidadas, es indispensable un cierto grado de competencia del ciudadano para que estas funcionen correctamente, pero, en cambio, a menudo muestra graves limitaciones. Pendiente de resolución está el principio según el cual el gobierno de la cosa pública no puede pertenecer solo a una élite iluminada, sino que debe ser extendido de algún modo a todos los ciudadanos y, en consecuencia, ellos, como cada 'gobernante', deberían poseer una competencia política, entendida como conciencia del 'bien público'<sup>81</sup>. Competencia cívica, entonces, significa en primer lugar conciencia de las cuestiones, que se adquiere a través de los agentes formativos (familia, escuela, asociaciones, comunidad, etc.), entre los cuáles un rol determinante lo desempeñan los medios de comunicación<sup>82</sup>.

Para que los mecanismos democráticos operen adecuadamente, son necesarios algunos estándares mínimos de conciencia, que son progresivamente más difíciles de alcanzar a medida que aumenta el nivel de las dificultades de las cuestiones públicas. Esos estándares, por otra parte, no son tanto de cantidad, sobre todo como de calidad. Eso implica que de una mayor información no surga necesariamente una mayor competencia de los ciudadanos. Más bien, como acontece aún más con los *new-media*, la súper-abundancia de informaciones, de hecho, impide la formación de un adecuado conocimiento de los fenómenos. El cúmulo de innumerables noticias, incluso prescindiendo de una posible manipulación, hace que la colectividad esté saturada de información, pero pobre de conocimiento, adaptada, distraída, incapaz de ejercer cualquier sentido crítico<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Sobre estos temas véase R.A. DAHL, "The Problem of Civic Competence", *Journal of Democracy*, 1992, p. 45 ss., ahora en ID., *Politica e virtù. La teoria democratica nel nuovo secolo*, S. FABBRINI (ed.), Roma-Bari, 2001, p. 134 ss., el cual, además, da una definición del concepto de bien público, según una visión clásica (bien general) y una más actual y coherente con el individualismo moderno (agregación de los intereses individuales).

<sup>82</sup> "(n. d. t.): La educación consiste principalmente en la transmisión por medio de la comunicación", cfr. J. DEWEY, *Democracy and Education. An introduction to the philosophy of education*, Nueva York, 1916, edición italiana *Democrazia e educazione*, Florencia, 2000, p. 12; traducción española por L. Luzuriaga, *Democracia y educación. Una introducción a la filosofía de la educación*, Madrid, 2004.

<sup>83</sup> G. GIOSTRA, *Processo penale*, cit., p. 64.

La toma de conciencia de la criticidad y aberraciones del sistema penal-mediático, hace meditar sobre una posible *paideia* político-criminal, adecuada a las exigencias democráticas y *mass*-mediáticas postmodernas, en el intento, quizás desmedidamente pretencioso, de marcar la capacidad ontológica de los estándares mínimos de conocimientos de los ciudadanos, como interiorización de aquellos valores fundamentales que constituyen el *ethos* de la sociedad civil. Esta competencia político criminal debe conducirse también a través de los media<sup>84</sup>, debería inspirarse en una forma de ‘sociedad abierta’, en la cual «[...] la libertad de los individuos, la no violencia, la protección de las minorías y la defensa de los débiles constituyen unos valores primordiales»<sup>85</sup>.

Una *paideia* político-criminal conforme a los principios de un Estado social de Derecho, orientada hacia una lógica ‘inclusiva’, que privilegia garantías y derechos, y no ‘exclusiva’, que, por el contrario, actualmente parece caracterizar la representación mediática del fenómeno criminal<sup>86</sup>.

Esta *paideia*, no pudiendo obviamente penetrar en los detalles técnicos, al máximo podría mantenerse, mediante métodos comunicativos de simplificación del mensaje, sobre el plano valorativo de aquellos principios que constituyen la estructura fundamental de los sistemas penales modernos: legalidad, materialidad, ofensividad, *extrema ratio*, proporcionalidad, personalidad, reeducación, *favor rei*, contradicción, motivación, etc. Naturalmente, no como si los destinatarios fueran estudiantes de Derecho, simplemente como la perspectiva de una lectura consciente del fenómeno criminal, de una legitimidad de las opciones legislativas de penalización, de un análisis crítico de las decisiones judiciales. Tal perspectiva debería conducir, con el tiempo, a la interiorización colectiva de estos valores y principios, y eso, verosímelmente, mediante los mecanismos antes descritos, desencadenaría un círculo virtuoso en la política criminal y en el más conocido Derecho ‘viviente’.

La adquisición de este *ethos* político-criminal, al final, evidentemente, encuentra obstáculos que parecen ser difícilmente superables. Entre otros, en primer lugar, el sistema mediático debería abandonar o al menos contener la

---

<sup>84</sup> Sobre la dimensión educativa de los medios masivos de comunicación, recientemente véase P. AROLDI, *La responsabilità difficile. Media e discernimento*, Soveria Mannelli, 2012, p. 101 ss.

<sup>85</sup> K. POPPER, K. LORENZ, *Die Zukunft ist offen*, Múnaco - Zurich, 1985, traducción española por T. Lozoya Elzurdúa, *El porvenir está abierto*, Barcelona, 1992, p. 190.

<sup>86</sup> C.A. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., pp. 536-537.

*agenda setting* concentrada sobre la comercialidad/emotividad de las informaciones, pues resulta de todo punto menos interesante una *paideia* fundada en los valores. En segundo lugar, para permanecer en el ámbito del sistema mediático, una acción de este tipo requeriría operadores de la información dotados de un bagaje cultural adecuado, con una calificación especializada, apta para hacer posible la lectura crítica y no sensacionalista. De otra parte, la importante función de ‘perro guardián’ que la prensa debe realizar a favor de la democracia<sup>87</sup>, tiene sentido si se ejerce de modo crítico, y no siguiendo los pasos de una lógica puramente comercial, como un modo de vender cualquier producto.

Pasando a la esfera política, y con mayor razón cuando están en juego los valores más significativos de la persona, esta debería constituir un lugar de efectivo control cultural, y así tender a opciones menos ‘marketizadas’ y con más valentía, inspiradas en opciones ideológico-valorativas de fondo, que también sean capaces de cumplir un rol pedagógico. Por eso, la política debería abrirse más al mundo científico penalístico y criminológico, aceptando al menos aquellos resultados consolidados desde hace décadas por investigaciones unívocas. La doctrina, por su parte – subsistiendo la exigencia de una marcada diferenciación de política, autonomía del método, imparcialidad y desinterés, que fundan su rol democrático –, debería abandonar el comportamiento ‘aristocrático’ que a veces mantiene, e interesarse más en la política criminal, no solo asignándole un papel esencial en la reconstrucción del sistema penal, sino también mostrando una mayor disponibilidad al enfrentamiento con los medios de comunicación de masas y con las expectativas de la opinión pública, proyectándose constructivamente, más de cuanto ya lo hace, hacia estudios capaces de reducir *de lege ferenda* la irracionalidad de la legislación penal. La ciencia debería ‘ensuciarse un poco las manos’, por un lado, empeñándose en un rol activo en la *paideia* político-criminal incluso mediante los medios de comunicación<sup>88</sup>; por otro lado, en caso de que la esfera política le dé una posibilidad autónoma, en un esfuerzo de concreta implementación de propuestas legislativas concretas que, después de la aprobación, podrían efectivamente experimentarse en sus efectos prácticos

---

<sup>87</sup> TEDDHH, 24 de junio de 2004, rec. n. 59320/00, Von Hannover c. Alemania.

<sup>88</sup> Sobre el tema véase M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., quien habla de una tarea permanente de la ciencia penal de control crítico sobre los excesos irracionales de la “democracia penal”, que debería desarrollarse, en forma divulgativa, también sobre los medios de comunicación de masas, porque a otros niveles el discurso permanece en un plano especializado, sin ninguna posibilidad de poder influir sobre la opinión pública.

y exponerse también a las críticas. Esto, además, necesitaría un esfuerzo mayor de unidad por parte de la doctrina, al menos sobre las cuestiones cardinales, a falta del cual se ofrece también un pretexto a la política para torcer las reformas por las que ya está desencantada, ya que debería desempeñarse en una obra difícil y, muy probablemente, mediáticamente y electoralmente poco gratificante a corto plazo<sup>89</sup>.

Tal *paideia*, verosímelmente, contribuiría también a amortiguar el impulso creativo de la jurisprudencia, al menos en aquellos aspectos que las expectativas de la opinión pública exigen. En esto, el rol de los medios de comunicación de masas debería ser también el de una eventual crítica a la magistratura, no solo cuando en algunos casos el impulso creativo esté en contra al 'poderoso' de turno quien constituye noticia, sino también y sobre todo en el caso de que tal impulso cree verdaderas 'patentes de ilegalidad', potencialmente capaces de producir efectos sobre la generalidad de los ciudadanos.

Por supuesto, no es posible en esta sede responder a la pregunta de si una *paideia* político-criminal es realmente factible o si se debe considerar en el ámbito de las utopías ingenuas, como puede que sea. Permanece, en todo caso, una convicción: si es cierto que no todas las opciones de política criminal son legítimas, sino solamente aquellas compatibles con los principios de un Estado social de Derecho, es igualmente real que hasta cuando estos principios no sean interiorizados en el *ethos* de la sociedad, los mecanismos democráticos no podrán funcionar, de hecho, del todo correctamente y permanecerán siempre conflictos más o menos latentes entre la opinión pública, los *mass media*, la política, la magistratura y la ciencia. En este largo y com-

---

<sup>89</sup> Sobre la relación entre la ciencia penal y la política, la literatura es bastante amplia. Entre otros, véase, en varios sentidos, K. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlino, 1973, trad it. *Política criminal e sistema del diritto penale*, a cargo de S. Moccia, Napoli, 1998; G. VASSALLI, *Política criminal e sistema penale*, ne *Il Tommaso Natale*, 1978, *Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, vol. II, p. 999 ss.; S. MOCCIA, *Política criminal e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoles, 1984; F. BRICOLA, "Rapporti tra dogmatica e politica criminale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 3 ss.; F. PALAZZO, "Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 693 ss.; M. DONINI, "Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 27 ss.; más recientemente, ID., "Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1067 ss.; F. PALAZZO, "'Requiem' per il codice penale? (Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)", *Cassazione penale*, 2011, p. 4064 ss.

plejo recorrido de interiorización, un rol determinante corresponde a los medios de comunicación de masas, y podrán desempeñarlo solo a condición de abandonar, al menos en parte, la lógica estrictamente comercial.

MARIO CATERINI  
*Università della Calabria*  
*Dipartimento di Scienze giuridiche*  
*Via P. Bucci, Cubo 3/b*  
*87036 Rende (Cs)*  
*Italia*  
*e-mail: mario.caterini@unical.it*

# LA NUEVA NORMATIVA EUROPEA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

THE NEW EUROPEAN REGULATIONS ON PERSONAL DATA PROTECTION

ENRIQUE PÉREZ-LUÑO ROBLEDO  
*Universidad de Sevilla*

Fecha de recepción: 4-7-18

Fecha de aceptación: 9-10-18

**Resumen:** *El 27 de abril de 2016, la UE promulgó tres importantes textos normativos que constituyen ahora el marco de tutela de los datos personales de los ciudadanos europeos. Se trata del Reglamento General de protección de datos personales, que sustituye a la Directiva 95/46; de la Directiva para la protección de los datos personales en materia de infracciones y sanciones penales y de la Directiva sobre los datos PNR (Passenger Name Record). En este trabajo se analizan los principales aspectos de estas innovaciones normativas dirigidas a la tutela de los datos personales en el ámbito de la UE. Se analizan, asimismo, las principales garantías de los ciudadanos europeos para el acceso y control de las informaciones que les afectan, reguladas en la nueva normativa de la UE.*

**Abstract:** *On April 27, 2016, the EU enacted three significant legal texts which now provide the legal framework for the personal data protection of the EU citizens. This is about The General Data Protection Regulation (GDPR) that replaces the EU Directive 95/46; The Directive (EU) 2016/680 on the protection of natural persons with regards to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the Directive (EU) 2016/681 on Passenger Name Record (PNR). This paper will analyse the key aspects of these regulatory innovations aimed at protecting the personal data at the EU level. Similarly, it will be analysed the main guarantees for the EU citizens in order to the access and control of information that affect them addressed by the new Community legislation.*

- Palabras clave:** datos personales, derecho a la intimidad, habeas data, derechos ARCO, derecho al olvido, derechos fundamentales, derechos de oposición, Nuevas Tecnologías (NT), Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC)
- Keywords:** personal data, right to privacy, *habeas data*, ARCO rights (access, rectification, cancellation and objection), right to be forgotten, fundamental rights, right of opposition, emerging technologies, latest technologies, new technologies, Information and Communication Technologies (ICT)

## 1. PLANTEAMIENTO

En la Unión Europea (UE), desde los inicios del desarrollo tecnológico, se suscitó el interés por conjugar el aprovechamiento económico de esos avances con la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos miembros de la UE<sup>1</sup>. Esa sensibilidad por la protección de los datos personales frente a abusos informáticos tuvo como modelo, la acción tutelar del Consejo de Europa. El proceso de garantía de los datos personales en la UE, no se ha caracterizado por su progresión lineal, sino por sus continuos avances y retrocesos<sup>2</sup>.

En el marco del Derecho de la UE, tradicionalmente ha prevalecido la protección del componente económico del intercambio de datos de carácter personal, pero sin que ello haya significado un descuido de ciertas garantías de seguridad surgidas a raíz de la creación de un espacio común sin fronteras. Progresivamente la evolución del sistema jurídico europeo se ha traducido en la promulgación de la Directiva 95/46 UE específica para la protección de datos personales y la proclamación en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del derecho a la protección de datos de carácter personal, derecho que posteriormente se incluirá en dos preceptos del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa<sup>3</sup>, incluyen-

---

<sup>1</sup> A. SÁNCHEZ BRAVO, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998; Idem, *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, con "Prólogo" de A.E. Pérez Luño, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp.26 ss.

<sup>2</sup> Cfr., A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2009, passim.; M.C. GUERRERO PICÓ, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Thomson & Civitas, Madrid, 2006, pp. 55 ss.

<sup>3</sup> Cfr., M. ARENAS RAMIRO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 227 ss.

dose también en el Tratado de Lisboa de 2009 y convirtiéndose, por tanto, en derecho vigente de UE.

El 27 de abril de 2016 el Parlamento y el Consejo de la UE aprobaron tres textos normativos básicos para la protección y el tratamiento de los datos personales en el seno de la UE. Se trata del Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de protección de datos) y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; la Directiva 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo; y la Directiva 2016/681 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

## 2. ENTRADA EN VIGOR Y CARACTERES GENERALES DE LA NUEVA NORMATIVA

El primer aspecto que merece atención es el referente a la aplicación del Reglamento. En efecto, tal como prescribe su artículo 94, la derogación de la Directiva 95/46 tendrá efecto a partir del 25 de mayo de 2018. No obstante, el art. 99 del Reglamento establece que su vigencia comenzará a partir de los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, que tuvo lugar el pasado 4 de mayo de 2016, aunque en dicho artículo se reitera lo previsto en el mencionado art. 94 sobre su aplicación y plenos efectos a partir de la fecha de 25 de mayo de 2018.

Por lo que respecta a la Directiva 2016/680, conviene reseñar que su art. 63 prescribe que los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 6 de mayo de 2018, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones y las aplicarán a partir del 6 de mayo de 2018<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre la futura transposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento jurídico vid. I. COLOMER HERNÁNDEZ, "A Propósito de la compleja trasposición de la Directiva 2016/680 relativa al tratamiento de datos personales para fines penales", *Diario La Ley*, núm. 9179, 2018.

Tras más de veinte años de vigencia de la Directiva 95/46, en el que ha cumplido una función relevante para la tutela de los datos personales en el ámbito europeo, se ha culminado ahora el proceso de su necesaria renovación para adaptar la normativa de la UE a las nuevas exigencias y requerimientos de nuestro tiempo.

Para cumplir con ese reto con fecha de 17 de diciembre de 2015 el Comité de Libertades Civiles del Consejo y del Parlamento de la UE, aprobó con 48 votos a favor, 4 votos en contra y 4 abstenciones, una redacción definitiva de los textos del Reglamento y las Directivas de protección de datos. En dicha redacción los aspectos más innovadores respecto a los Proyectos aquí estudiados son los que hacen referencia a un reforzamiento de la posición de los particulares frente a los datos personales almacenados por sociedades multinacionales, con inclusión expresa de su oposición a que esos datos puedan ser utilizados o transmitidos al margen de los supuestos que han autorizado la inclusión en sus ficheros, así como el reconocimiento expreso del derecho al olvido.

Representa un rasgo novedoso de la nueva normativa su propósito de garantizar que el responsable del tratamiento de datos personales responda de la seguridad de la red y de la información, es decir la capacidad de una red o de un sistema de información para resistir, en un nivel determinado de confianza, a acontecimientos accidentales o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos personales conservados o transmitidos, y la seguridad de los servicios conexos ofrecidos por, o accesibles a través de, estos sistemas y redes, por parte de autoridades públicas, equipos de respuesta a emergencias informáticas (CERT), equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática (CSIRT), proveedores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y proveedores de tecnologías y servicios de seguridad. Con todo ello, se refuerzan también las garantías de los titulares de los datos personales frente a nuevas formas de agresión a los equipos informáticos que pudieran redundar en una vulneración de los datos que les conciernen.

### 3. EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

El Reglamento ahora aprobado, trata de arbitrar fórmulas para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos, incluidos los mecanismos para solicitar y, en su caso, obtener de forma gratuita, en particular, el acceso a los

datos personales y su rectificación o supresión, así como el ejercicio del derecho de oposición. El responsable del tratamiento también debe proporcionar instrumentos para que las solicitudes se presenten por medios electrónicos, en particular cuando los datos personales se tratan por medios electrónicos<sup>5</sup>.

Se obliga al responsable del tratamiento a responder a las solicitudes del interesado sin dilación indebida y a más tardar en el plazo de un mes, y a explicar sus motivos en caso de que no fuera a atenderlas.

El derecho de acceso, también denominado *habeas data*<sup>6</sup>, se configura en el Reglamento, como un derecho de los interesados a acceder a los datos personales recogidos que le conciernan y a ejercer la acción procesal tutelar de ese derecho con facilidad y a intervalos razonables, con el fin de conocer y verificar la licitud del tratamiento. Ello incluye el derecho de los interesados a acceder a datos relativos a la salud, por ejemplo los datos de sus historias clínicas que contengan información como diagnósticos, resultados de exámenes, evaluaciones de facultativos y cualesquiera tratamientos o intervenciones practicadas<sup>7</sup>. Todo interesado debe, por tanto, tener el derecho a conocer y a que se le comuniquen, en particular, los fines para los que se tratan los datos personales, su plazo de tratamiento, sus destinatarios, la lógica implícita en todo tratamiento automático de datos personales y, por lo menos cuando se base en la elaboración de perfiles, las consecuencias de dicho tratamiento. Si es posible, el responsable del tratamiento debe estar facultado para facilitar acceso remoto a un sistema seguro que ofrezca al interesado un acceso directo a sus datos personales<sup>8</sup>.

Este derecho no debe afectar negativamente a los derechos y libertades de terceros, incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual y,

---

<sup>5</sup> Cfr.: A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, "La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea", *Derechos y Libertades*, núm. 38, 2018, pp. 107 ss. Vid., también: B. ADSUARA VARELA, "El ciudadano frente al Reglamento", en el vol. col., *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 163 ss.; J. APARICIO, "Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas. Limitaciones", en *ibidem*, pp. 409 ss.

<sup>6</sup> E. PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, *El procedimiento de habeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2017, *passim*.

<sup>7</sup> J. M. PÉREZ GÓMEZ, "Especialidades en el sector sanitario", en el vol. col., *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, cit., pp. 195 ss.

<sup>8</sup> Cfr.: A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, "La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea", cit., pp. 129 ss.

en particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos. No obstante, estas consideraciones no deben tener como resultado la negativa a prestar toda la información al interesado. Si trata una gran cantidad de información relativa al interesado, el responsable del tratamiento debe estar facultado para solicitar que, antes de facilitarse la información, el interesado especifique la información o actividades de tratamiento a que se refiere la solicitud.

Conviene recordar como un antecedente de la actual normativa reglamentaria de la UE, una importante sentencia sobre el derecho de acceso. Se trata del caso Haralambie contra Rumania<sup>9</sup>. En este supuesto el Tribunal de Estrasburgo establece y desarrolla lo que podría considerarse como núcleo básico del *habeas data* europeo. En efecto, en esta decisión se plantea, y constituye su centro de gravedad, el derecho de acceso que correspondía al ciudadano rumano Haralambie a los archivos policiales, en los que constaban informaciones personales que afectaban a su vida privada y habían sido recabados durante la etapa del régimen comunista. Tras la instauración del Estado de Derecho las autoridades policiales no sólo no destruyeron esos datos, sino que dificultaron su acceso al ciudadano concernido.

El TEDH, a partir del artículo 8 de la Convención y del Convenio 108, consideró que toda persona tiene derecho a acceder a los datos personales que le conciernen y a solicitar la rectificación de los erróneos, y en su caso, a la cancelación de aquellos que hubieran sido indebidamente registrados o hubiera pasado el tiempo que legitimaba su tratamiento. El TEDH reconoce así el *derecho al olvido* de aquellas informaciones que, aunque pudieron ser legalmente recabadas en un determinado momento, pasado el tiempo han perdido la razón que legitimaba su tratamiento. De este modo, ninguna persona puede ser “prisionera de su pasado”, en particular, cuando esos datos pretéritos pueden condicionar su situación presente, sin causa, razonable que lo justifique.

En esta sentencia, además, los magistrados de Estrasburgo señalaron que las informaciones policiales sobre las que se deseaba ejercitar la acción de *habeas data*, habían sido elaboradas con fines de control ideológico, para amedrentar a la población y garantizar su actitud sumisa ante un sistema político totalitario. Todo lo cual condujo a una sentencia que reconocía plenamente el derecho de acceso invocado por el demandante.

---

<sup>9</sup> STEDH de 27 de octubre de 2009, Haralambie contra Rumania, Rec. n. 21737/03.

Al igual que en el diseño planteado en la Propuesta de Reglamento, en el texto definitivo, el *habeas data* aparece regulado en el art. 15, con ligeras variantes respecto a su redacción anterior. Se halla incluido en la Sección 2 (Información y acceso a los datos personales) del Capítulo III en el que se consagran los: “Derechos del interesado”. La redacción definitiva de este artículo es la siguiente:

“Derecho de acceso del interesado

1. El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información:
  - a) los fines del tratamiento;
  - b) las categorías de datos personales de que se trate;
  - c) los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular destinatarios en terceros u organizaciones internacionales;
  - d) de ser posible, el plazo previsto de conservación de los datos personales o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
  - e) la existencia del derecho a solicitar del responsable la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento de datos personales relativos al interesado, o a oponerse a dicho tratamiento;
  - f) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
  - g) cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, cualquier información disponible sobre su origen;
  - h) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.
2. Cuando se transfieran datos personales a un tercer país o a una organización internacional, el interesado tendrá derecho a ser informado de las garantías adecuadas en virtud del artículo 46 relativas a la transferencia.

3. El responsable del tratamiento facilitará una copia de los datos personales objeto de tratamiento. El responsable podrá percibir por cualquier otra copia solicitada por el interesado un canon razonable basado en los costes administrativos. Cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, y a menos que este solicite que se facilite de otro modo, la información se facilitará en un formato electrónico de uso común.
4. El derecho a obtener copia mencionado en el apartado 3 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros”.

Los principales rasgos innovadores que se aprecian en la nueva redacción del artículo, se refieren, básicamente, a los siguientes aspectos. Se añade en el apartado c) del nuevo texto una referencia expresa a las “organizaciones internacionales” como destinatarias de la transferencia de datos.

En el apartado d) del texto definitivo se sustituye la exigencia de un plazo taxativo de conservación de los datos personales, por la mera posibilidad de establecer ese plazo, exponiendo los criterios para determinar dicho plazo.

En el apartado f), la Propuesta preveía el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control y los datos de contacto de la misma. En el Reglamento aprobado se suprime la necesidad de aportar los datos de contacto de la autoridad de control.

En el apartado h) se hace alusión expresa a que el responsable del tratamiento informe de la posibilidad de que los datos del interesado puedan utilizarse para la toma de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles.

En el apartado 2 del mencionado art. 15 del Reglamento 2016/679, se incluye una cláusula de garantía muy importante que hace referencia a que cuando se transfieran datos personales a un tercer país o a una organización internacional, el interesado tendrá derecho a ser informado de las garantías adecuadas en virtud del artículo 46, en el que dichas garantías se especifican, relativas a la transferencia. Con ello, se refuerza el dominio de los titulares de datos personales sobre los mismos y se extiende la tutela de su *habeas data* al conocimiento de cualquier transferencia de sus datos a nivel internacional<sup>10</sup>.

Esta garantía ha podido ser motivada en su redacción por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de fecha 6 de octubre de 2015, referente al denominado caso “Europa vs Facebook”.

---

<sup>10</sup> J. APARICIO, “Derechos del interesado”, en el vol. col., *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, cit., pp. 363 ss.

Los antecedentes de este supuesto parten de la denuncia del ciudadano europeo Max Schrems contra Facebook por vulnerar la reglamentación europea de protección de datos personales que fue presentada ante la Agencia de Protección de Datos de la República de Irlanda.

Motivó esta demanda el hecho de que Maximillian Schrems, ciudadano austriaco, era usuario de Facebook desde 2008. Como ocurre con los demás usuarios que residen en la UE, los datos proporcionados por Schrems a Facebook fueron transferidos total o parcialmente de la filial irlandesa de dicha red social a servidores situados en territorio de los Estados Unidos, donde fueron objeto de tratamiento. El demandante consideró que dicho tratamiento vulneraba la protección europea de sus datos personales.

Dicha Agencia la desestimó por entender en su Decisión de 26 de julio de 2000 que la Comisión Europea había considerado que, en el marco del régimen denominado de “puerto seguro”, Estados Unidos garantiza un nivel adecuado de protección de los datos personales transferidos.

El demandante, tras la denegación de la Agencia, la reprodujo ante el Tribunal Supremo (High Court) Irlandés. Dicho Tribunal planteó, con fecha 17 de julio de 2014, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de la UE relativa a la interpretación de la legislación europea al respecto.

En su Sentencia el Tribunal de Luxemburgo ha establecido que el artículo 25, de la Directiva 95/46 de protección de datos, debe interpretarse en el sentido de que una Decisión adoptada en virtud de la referida disposición, como la Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América, por la que la Comisión Europea constata que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado, no impide que una autoridad de control de un Estado miembro de la UE, a la que se refiere el artículo 28 de esa Directiva, examine la solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de los datos personales que la conciernen que se hayan transferido desde un Estado miembro a ese tercer país, cuando esa persona alega que el Derecho y las prácticas en vigor en éste no garantizan un nivel de protección adecuado.

La principal consecuencia que dimana de la Sentencia aquí aludida, en cuanto se refiere a la tutela de la protección de datos, en relación con su transferencias a terceros países, es que reconoce un derecho de los ciudada-

nos europeos para acceder y controlar sus datos personales incluidos en los ficheros de empresas que operan en Europa, aunque sus sedes radiquen en territorio extra europeo.

Estas garantías han sido básicamente asumidas en el texto definitivo del Reglamento, en el seno del precitado apartado 2 del artículo 15.

Un aspecto novedoso de la redacción del Reglamento, antes no incluido en la Propuesta, consiste en la posibilidad de que el responsable pueda percibir a partir de la segunda copia de los datos personales objeto de tratamiento facilitados a los interesados, un canon razonable basado en los costes administrativos de dichas copias. Con ello se pretende evitar la petición abusiva de copias por parte de los titulares. Estos tienen derecho a la información, pero no a que se les suministren cuantas copias deseen, a costa del responsable del tratamiento.

Una importante limitación incluida en el Reglamento se refiere a que el derecho a obtener la copia de los datos personales objeto de tratamiento por parte de los interesados, no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros.

El Reglamento inscribe el *habeas data* en el marco de los derechos ARCO, estableciendo una regulación sistemática y armonizada de estos derechos y de su ejercicio ante los nuevos desarrollos tecnológicos, en especial, ante la enorme difusión de las redes sociales. Así, basándose en el artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46, el artículo 16 establece el derecho del interesado a la rectificación.

El artículo 17 establece el derecho del interesado al olvido y de supresión. Asimismo elabora y especifica el derecho de supresión que se establece en el artículo 12, letra b), de la Directiva 95/46 y establece las condiciones del derecho al olvido, incluida la obligación del responsable del tratamiento que haya difundido los datos personales de informar a los terceros sobre la solicitud del interesado de suprimir todos los enlaces a los datos personales, copias o réplicas de los mismos. También integra el derecho a que se restrinja el tratamiento en determinados casos, evitando la ambigüedad del término “bloqueo”<sup>11</sup>.

La actualidad y repercusión mediática del denominado “caso Google”, Sentencia del 13 de mayo de 2014 del Tribunal de Justicia de la UE, ha moti-

---

<sup>11</sup> Cfr. J. APARICIO, “Derechos del interesado”, en el vol. col., *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, cit., pp. 393 ss.

vado un especial interés del legislador europeo en la regulación del “derecho al olvido”, que ha hallado puntual acogida en el nuevo Reglamento.

Dicha sentencia tuvo origen en la reclamación que el Sr. Costeja González presentó contra La Vanguardia Ediciones y frente a Google Spain y Google Inc. (en adelante “Google”), ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). Su reclamación se basaba en que, cuando un internauta introducía su nombre en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico La Vanguardia del año 1998, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social.

Dicha reclamación fue desestimada por la AEPD en lo que afectaba a La Vanguardia y en cambio fue estimada en relación con Google. Esta empresa americana interpuso dos recursos ante la Audiencia Nacional que, tras acumularlos, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la UE unas cuestiones prejudiciales sobre la aplicabilidad del Derecho Comunitario a este supuesto.

En relación con dichas cuestiones, la sentencia del tribunal de la UE estableció que la actividad llevada a cabo por los motores de búsqueda debe calificarse como “tratamiento de datos personales” cuando la información a la que acceden contenga datos personales. De conformidad con la legislación europea (Directiva 95/46), la actividad de un motor de búsqueda consistente en hallar información publicada o puesta en internet por terceros, indexada de manera automática, almacenada temporalmente y puesta a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado debe calificarse como “tratamiento de datos”, y dicho motor deberá ser considerado “responsable del tratamiento”.

El Tribunal de Luxemburgo consideró que, siempre que concurren ciertos requisitos y previa solicitud del interesado, el responsable de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de datos obtenida, tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de la persona concernida, todos los datos personales de dicha persona, vinculados a páginas web publicadas por terceros y que contienen información relativa a esa persona, incluso en el supuesto de que esos datos no se borren previa o simultáneamente de esas páginas web y aún cuando la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

El Tribunal Europeo consideró que la persona concernida tiene derecho a que la información que le afecta y publicada legalmente por terceros no

se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en una lista de resultados, debido a que esos datos o información pueden perjudicarlo o que, simplemente, el interesado desee que esos datos e información se olviden tras un determinado lapso de tiempo. Un supuesto distinto es que, por razones concretas (tales como la naturaleza de los datos publicados o la condición de la persona afectada), la injerencia en el derecho del afectado esté justificada por el interés preponderante del público a conocer y tener acceso a esa información. Por ello, Google tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, se ha apresurado a habilitar un procedimiento para que los interesados puedan ejercitar su derecho de oposición, pero justifican las excepciones a acceder a dicho derecho en función de fines de interés público o social. Entre los ejemplos puestos por la empresa californiana, se alude a la denegación cuando se trate de datos relativos a estafas financieras, negligencia profesional, condenas penales o corrupción de funcionarios públicos... Con estos ejemplos la empresa norteamericana justifica las restricciones ante determinadas demandas, en función a situaciones que producen alarma social y que, por tanto, la opinión pública rechaza el "olvido" de esos comportamientos.

La importancia de esta sentencia para la garantía del *habeas data* europeo, estriba en su contribución a la tutela del derecho de oposición y, por tanto, de un derecho "al olvido", en el seno de todos los Estados que forman parte de la UE. Como se tuvo ocasión de exponer en las páginas dedicadas a la delimitación conceptual del *Habeas data*, esta categoría, en su acepción amplia no se limita al reconocimiento del derecho al acceso, sino que se extiende a los denominados derechos "ARCO" (Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición), por ello, toda la temática relativa al derecho de oposición y, consiguientemente, al denominado derecho al "olvido", se inscribe de pleno en el ámbito teórico y en la incidencia práctica del *habeas data*.

No huelga tampoco recalcar, que esta sentencia especifica quien tiene la responsabilidad y la obligación, de retirar la información o los enlaces a informaciones que puedan ser lesivas para las personas y que, además, carezcan de relevancia informativa.

El Tribunal de la UE se planteó, también, si el derecho del perjudicado llega al punto de generar la obligación de retirar la información publicada en la fuente o si aquel derecho alcanza solamente a la obligación del motor de búsqueda de no posibilitar enlaces a aquellas fuentes o noticias que perjudiquen el derecho del recurrente, aun cuando dicha información sea totalmen-

te lícita. En este aspecto, la sentencia opta por la segunda interpretación. Por ello, la sentencia obliga al motor de búsqueda a “ocultar” siempre que concurren ciertas circunstancias y previa solicitud del interesado, no poniendo a disposición del resto de internautas aquella información que contenga datos personales. En principio, dicha obligación no será extensible al responsable de la fuente de información publicada, pues éste, si los datos publicados son veraces y lícitos, se halla amparado por el derecho de libertad de expresión e información. Con ello, el Tribunal de Luxemburgo coincide con la resolución de la AEPD, que como se ha indicado *supra* sancionó a Google, pero no a La Vanguardia.

Inspirándose en esta sentencia, el Reglamento establece que los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un “derecho al olvido” si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento.

Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño. Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Para una mayor garantía jurídica del “derecho al olvido” en el entorno *on-line*, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén elaborando tales datos

personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales.

El artículo 20 introduce el derecho del interesado a la portabilidad de los datos, es decir, a transferir datos de un sistema de tratamiento electrónico a otro, sin que se lo impida el responsable del tratamiento. A modo de condición previa y con el fin de seguir mejorando el acceso de las personas físicas a sus datos personales, establece el derecho de obtener del responsable esos datos en un formato electrónico estructurado y de uso habitual.

El artículo 21 establece el derecho de oposición del interesado. Se basa en el artículo 14 de la Directiva 95/46, con algunas modificaciones, especialmente por lo que respecta a la carga de la prueba y su aplicación en el marketing directo.

El artículo 22 se refiere al derecho del interesado a no ser objeto de una medida basada en la elaboración de perfiles, a los que ya se ha aludido *supra*. Con modificaciones y salvaguardias adicionales, se basa en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 95/46 en materia de decisiones individuales automatizadas, y toma en consideración la Recomendación del Consejo de Europa sobre la elaboración de perfiles<sup>12</sup>.

Como es norma habitual en el Derecho comparado de protección de datos, el ejercicio de los derechos ARCO, no se halla exento de algunos límites y restricciones. La legitimidad de estas limitaciones, debe establecerse de manera clara e inequívoca, para evitar que la remisión a ellas pudiera servir de *alibi* para prácticas restrictivas injustificadas de la libertad informática o para vaciarla de contenido.

El artículo 23 aclara la facultad otorgada a la Unión o a los Estados miembros de mantener o introducir restricciones a los principios establecidos en los derechos de los interesados previstos en los artículos 12 a 22. Esta disposición se basa en el artículo 13 de la Directiva 95/46 y en las obligaciones que emanan de la Carta de Niza y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Vid., Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2010) 13.

<sup>13</sup> J. APARICIO, "Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas. Limitaciones", en el vol. col., *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, cit., pp. 409 ss.

En la medida en que en una sociedad democrática sea necesario y proporcionado para salvaguardar la seguridad pública, incluida la protección de la vida humana especialmente en respuesta a catástrofes naturales u ocasionadas por el hombre, la prevención, investigación, y el enjuiciamiento de infracciones penales o de violaciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas, otros intereses públicos de la Unión o de un Estado miembro, especialmente un importante interés económico o financiero de la Unión o de un Estado miembro, o la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros, el Derecho de la Unión o la legislación de los Estados miembros pueden imponer restricciones a determinados principios y a los derechos de información, acceso, rectificación y supresión o al derecho a la portabilidad de los datos, al derecho a oponerse, a las medidas basadas en la elaboración de perfiles, así como a la comunicación de una violación de datos personales a un interesado y a determinadas obligaciones afines de los responsables del tratamiento.

Inspirado en el artículo 28, apartado 4, de la Directiva 95/46/CE, el artículo 77 del Reglamento, establece el derecho de cualquier interesado a presentar una reclamación ante una autoridad de control. Asimismo especifica los organismos, organizaciones o asociaciones que pueden presentar una reclamación en nombre del interesado o, en caso de violación de los datos personales, con independencia de la reclamación de un interesado.

El artículo 78 se refiere al derecho de recurso judicial contra una autoridad de control. Se basa en la disposición general del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 95/46/CE. Establece específicamente un recurso judicial por el que se obliga a la autoridad de control a actuar a raíz de una reclamación y aclara la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté establecida la autoridad de control. Asimismo ofrece la posibilidad de que la autoridad de control del Estado miembro en el que resida el interesado, ejercite, en nombre del interesado, una acción ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en el que esté establecida la autoridad de control competente.

Desde el punto de vista procedimental, debe hacerse referencia a los artículos 79, 80 y 81 del nuevo Reglamento que establece normas comunes para los procedimientos judiciales, incluidos los derechos de los organismos, organizaciones o asociaciones de representar a los interesados ante los tribunales, el derecho de las autoridades de control a ejercitar acciones legales y de los órganos jurisdiccionales a ser informados sobre los procedimientos para-

lelos en otro Estado miembro, y pudiendo suspender en tal caso el procedimiento<sup>14</sup>. Los Estados miembros están obligados a garantizar la celeridad de las actuaciones judiciales<sup>15</sup>.

El artículo 82 establece el derecho a indemnización y responsabilidad. Se basa en el artículo 23 de la Directiva 95/46/UE, amplía este derecho a los daños y perjuicios causados por los encargados del tratamiento y aclara la responsabilidad de los corresponsables y coencargados del tratamiento.

El artículo 85 obliga a los Estados miembros a adoptar exenciones y excepciones a las disposiciones específicas del Reglamento cuando resulte necesario para conciliar el derecho a la protección de los datos de carácter personal con el derecho a la libertad de expresión. Se basa en el artículo 9 de la Directiva 95/46/UE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la UE en la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia*.

El Reglamento obliga a los Estados miembros a establecer salvaguardias específicas para el tratamiento y acceso del público a documentos oficiales (artículo 86), así como las condiciones para categorías especiales de datos, entre ellos los referentes a datos laborales (artículo 88) y tratamiento del número nacional de identidad (artículo 87). Conviene tener presente al respecto la polémica suscitada en la doctrina y en la jurisprudencia sobre protección de datos, por toda la temática referida al “identificador único”, es decir, a la posibilidad de utilizar con fines de control social los documentos de identidad<sup>16</sup>.

Son también objeto de garantías especiales y excepciones en cuanto al régimen general de su tutela, el tratamiento de datos personales con fines históricos, estadísticos y de investigación científica (artículo 89). Asimismo

---

<sup>14</sup> Este texto se funda y trae causa del artículo 5, apartado 1, de la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, DO L 328 de 15.12.2009, p. 42, Y el artículo 13, apartado 1, del Reglamento citado anteriormente en este trabajo, (UE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4.1.2003, p.1.

<sup>15</sup> En función del artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2000/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (“Directiva sobre el comercio electrónico”), DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión vid. A.E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2010, pp. 378 ss.

se establecen normas específicas sobre protección de datos de las Iglesias y Asociaciones religiosas (artículo 91)<sup>17</sup>.

Se ha realizado una exposición detallada de los artículos del Reglamento referidos a la garantía de la protección de datos, que conforman el marco normativo en el que dicha institución se engloba y debe ser interpretada, de conformidad con un método sistemático de interpretación. Por ello, estos artículos aquí reseñados, constituyen el ámbito normativo básico para la aplicación de las garantías para la tutela de la protección de datos personales en el seno de la UE.

#### 4. LA DIRECTIVA 2016/680 DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS RELATIVA A INFRACCIONES Y SANCIONES PENALES

La Directiva 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, permite el establecimiento de un marco de protección de datos que garantiza un alto nivel de protección de los derechos de los individuos a la vez que se respeta la naturaleza específica del ámbito de cooperación policial y judicial en materia criminal.

Su finalidad principal se cifra en conseguir que los datos personales utilizados dentro del ámbito de cooperación policial y judicial en materia criminal, sean tratados de modo que se garantice un nivel adecuado de seguridad y confidencialidad, en particular impidiendo el acceso sin autorización a dichos datos o el uso no autorizado de los mismos y del equipo utilizado en el tratamiento, teniendo en cuenta el desarrollo técnico existente y la tecnología, los costes de ejecución con respecto a los riesgos y la naturaleza de los datos personales que deban protegerse.

El derecho de acceso a los datos personales, se encuentra reconocido en esta Directiva en su Capítulo III, referente a los derechos del interesado. A

---

<sup>17</sup> Cfr. J. FERNÁNDEZ ACEVEDO, "Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento", en el vol. col., *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, cit., pp. 671 ss.

diferencia de lo que se había planteado en la Propuesta de esta Directiva, en la que el derecho de acceso venía regulado en su art. 12, en el texto definitivo aparece en el art. 14, formulado en los siguientes términos:

“Derecho de acceso del interesado a los datos personales

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 15, los Estados miembros reconocerán el derecho del interesado a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en caso de que se confirme el tratamiento, acceso a dichos datos personales y la siguiente información:

- a) los fines y la base jurídica del tratamiento;
- b) las categorías de datos personales de que se trate;
- c) los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes hayan sido comunicados los datos personales, en particular los destinatarios establecidos en terceros países o las organizaciones internacionales;
- d) cuando sea posible, el plazo contemplado durante el cual se conservarán los datos personales o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar dicho plazo;
- e) la existencia del derecho a solicitar del responsable del tratamiento la rectificación o supresión de los datos personales relativos al interesado, o la limitación de su tratamiento;
- f) el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control y los datos de contacto de la misma;
- g) la comunicación de los datos personales objeto de tratamiento, así como cualquier información disponible sobre su origen”.

Las principales diferencias que se aprecian en el texto de la Directiva, con respecto a la redacción contenida en la Propuesta, versan sobre los siguientes aspectos:

- 1) En el texto definitivo al aludir al tratamiento, se añade la expresión “base jurídica”.
- 2) Se añade en el apartado c) del nuevo texto una referencia expresa a las “organizaciones internacionales” como destinatarias de la transferencia de datos.
- 3) En el apartado d) del texto definitivo se sustituye la exigencia de un plazo taxativo de conservación de los datos personales, por la mera posibilidad de establecer ese plazo, exponiendo los criterios para determinar dicho plazo.

El nuevo marco regulatorio europeo establecido por esta Directiva pretende asegurar una protección de datos consistente y de alto nivel para mejorar la confianza mutua entre las autoridades policiales y judiciales de los diferentes Estados miembros de la UE, contribuyendo así a una mayor libertad de flujo de datos y una efectiva colaboración entre las autoridades policiales y judiciales<sup>18</sup>.

El artículo 15 establece que los Estados miembros podrán adoptar medidas legislativas que restrinjan el derecho de acceso, si así lo exige la naturaleza específica del tratamiento de datos en los ámbitos policial y de la justicia penal, y sobre la información del interesado relativa a una restricción de acceso.

En el art. 16 se establecen los distintos supuestos y modalidades del ejercicio del derecho de rectificación o supresión de datos personales y limitación de su tratamiento. A su vez, en el art. 17 se prescribe que, cuando se restrinja el acceso directo, el interesado debe ser informado de la posibilidad de recurrir al acceso indirecto a través de la autoridad de control, que debe ejercer el derecho en su nombre y ha de informar al interesado del resultado de sus verificaciones.

Desde el punto de vista procesal posee también interés incuestionable cuanto dispone el artículo 18 en relación con la tutela del derecho de acceso, respecto con datos utilizados en procedimientos penales. En dicho texto se prescribe que los Estados miembros dispondrán que los derechos de información, acceso, rectificación, supresión y limitación del tratamiento reconocidos en la Directiva, se ejercerán de conformidad con las normas nacionales de enjuiciamiento cuando los datos personales figuren en una resolución judicial o en un registro tratado en el curso de investigaciones y procedimientos penales.

En este artículo se establece, por tanto, que cuando los datos personales se sometan a tratamiento en el transcurso de investigaciones y procedimientos penales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión y restricción del tratamiento pueden ejercerse de conformidad con las normas nacionales relativas a los procedimientos judiciales.

En el artículo 29 se establecen medidas tendentes a garantizar la seguridad de los datos. Entre ellas, tiene especial incidencia para el objeto de esta

---

<sup>18</sup> Cfr. M. B. SÁNCHEZ DOMINGO, "La protección de datos personales en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial consideración a las transferencias de datos a terceros países y organizaciones internacionales según la directiva 2016/680", en *Revista de estudios europeos*, núm. 69, 2017, pp. 17 ss.

investigación, lo previsto en el artículo 29.2, cuando prevé que en lo referente al tratamiento automatizado de datos, cada Estado miembro dispondrá que el responsable o el encargado del tratamiento, a raíz de una evaluación de los riesgos, implementará medidas destinadas a:

- Art.29.2.a) denegar el acceso a personas no autorizadas a los equipamientos utilizados para el tratamiento de datos personales (control de acceso a los equipamientos);
- Art.29.2.e) garantizar que las personas autorizadas a utilizar un sistema de tratamiento automatizado de datos solo puedan tener acceso a los datos para los que han sido autorizados (control del acceso a los datos);

Por último, la Directiva al enumerar las funciones de las autoridades de control prescribe, en su artículo 46, la obligación de los Estados miembros de establecer las funciones de esas autoridades. De modo especial, se alude en dicho artículo a la necesidad de que se regule la admisión a trámite y la investigación de las reclamaciones y el fomento de la sensibilización de la opinión pública sobre riesgos, normas, garantías y derechos. Cuando se deniegue o restrinja el acceso directo, una función propia de las autoridades de control en el contexto de esta Directiva es el ejercicio del derecho de acceso por cuenta de los interesados y de verificación de la licitud del tratamiento de datos.

La Directiva pretende, que cuando los Estados miembros hayan adoptado medidas legislativas que restrinjan, total o parcialmente, el ejercicio del *habeas data*, el interesado tenga derecho a solicitar que la autoridad nacional de control competente verifique la licitud del tratamiento. El interesado debe ser informado de este derecho. Cuando el acceso sea ejercido por la autoridad de control a petición del interesado, este debe ser informado del curso de su solicitud, por la autoridad de control, como mínimo, de que se han llevado a cabo las verificaciones necesarias y del resultado en cuanto a la licitud del tratamiento en cuestión.

Reiterando cuanto se dispone en el Reglamento sobre el principio de tratamiento leal de los datos personales, la Directiva tiende a consagrar como garantía del interesado, que sea informado, entre otras cosas, de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines, del plazo de conservación de los datos, de la existencia del derecho de acceso, rectificación o supresión y del derecho a presentar una reclamación. Cuando los datos se obtengan de los interesados, estos también deben ser informados de si están obligados a facilitarlos y de las consecuencias, en caso de que no lo hicieran.

No es ocioso reiterar que esta Directiva, al igual que el Reglamento, hallaron su fundamento en el artículo 16, apartado 2, del Tratado de Lisboa, que es una nueva base jurídica específica para la adopción de normas relativas a la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal por parte de las instituciones, órganos y organismos, y por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y de normas relativas a la libre circulación de estos datos.

En definitiva, esta nueva Directiva de la UE, se propone garantizar un nivel uniforme y elevado de protección a las personas físicas titulares de los datos. Al propio tiempo, desea conjugar esta finalidad garantista con el reforzamiento de la confianza mutua entre las autoridades policiales y judiciales de los distintos Estados miembros y facilitando la libre circulación de datos y la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales<sup>19</sup>.

## 5. LA DIRECTIVA 2016/681 SOBRE DATOS DEL REGISTRO DE NOMBRES DE LOS PASAJEROS (PNR)

En la misma fecha que el Reglamento y la Directiva ya analizados, la UE promulgó la Directiva 2016/681 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. Este texto normativo tiene su antecedente en el “Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, que data del año 2010 y fue elaborado por el Consejo Europeo.

El objeto de esta nueva Directiva consiste entre otras cosas, en garantizar la seguridad, proteger la vida y la seguridad de los ciudadanos y crear un marco jurídico para la protección de los datos PNR en lo que respecta a su tratamiento por las autoridades competentes<sup>20</sup>.

En este texto se establecen algunas garantías básicas en materia de protección de datos. Entre ella, reviste especial interés la que en el ámbito del

---

<sup>19</sup> Sobre la futura transposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento jurídico vid. I. COLOMER HERNÁNDEZ, “A Propósito de la compleja trasposición de la Directiva 2016/680 relativa al tratamiento de datos personales para fines penales”, cit.

<sup>20</sup> Para una valoración general de esta Directiva vid. M. A. CATALINA BENAVENTE, “La Directiva Europea (UE) 2016/681, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de los datos por en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia grave (1)”, *Diario La Ley*, núm. 8801, 2016.

tratamiento de los datos PNR, hace referencia a que los Estados miembros velarán para que el responsable de la protección de datos tenga acceso a todos los datos tratados por la UIP (unidad única de información sobre los pasajeros). Si el responsable de la protección de datos considera que el tratamiento de un dato cualquiera no ha sido lícito, podrá remitirlo a la autoridad nacional de control (art. 6.7).

La Directiva establece, en su art. 10.1, que Europol tendrá derecho a solicitar datos PNR o el resultado del procesamiento de dichos datos a las UIP de los Estados miembros dentro de los límites de sus competencias y para el desempeño de sus funciones.

Tiene especial relevancia, a efectos de la tutela de los datos personales, cuanto proclama el art. 12. En cuyo apartado 1 se prescribe que: “Los Estados miembros se asegurarán de que los datos PNR proporcionados por las compañías aéreas a la UIP se conservan en una base de datos de la Unidad durante un plazo de cinco años a partir de su transmisión a la UIP del Estado miembro en cuyo territorio tenga su punto de aterrizaje u origen el vuelo”.

Este artículo aparece como una cláusula que corrobora el interés de la UE por garantizar el derecho al olvido estableciendo un plazo máximo para la conservación de los datos. Para reforzar esta garantía en el apartado 2 de dicho art. 12 se dispone que al finalizar un plazo de seis meses desde la transmisión de datos PNR mencionada en el apartado 1, todos los datos PNR deberán ser despersonalizados mediante enmascaramiento de los siguientes elementos que podrían servir para identificar directamente al pasajero al que se refieren los datos PNR:

- a) nombre(s) y apellido(s), incluidos los de otros pasajeros que figuran en el PNR y número de personas que figuran en el PNR que viajan juntas;
- b) dirección y datos de contacto;
- c) todos los datos sobre el pago, incluida la dirección de facturación, en la medida en que contengan información que pueda servir para identificar directamente al pasajero al que se refiere el PNR, o a cualquier otra persona;
- d) información sobre viajeros asiduos;
- e) observaciones generales, en la medida en que contengan información que pueda servir para identificar directamente al pasajero al que se refiere el PNR, y
- f) toda la API (información anticipada sobre los pasajeros) recopilada.

Señala también el apartado 3 del art. 12 que al finalizar el período de seis meses mencionado en el apartado 2, solo se permitirá la divulgación de los datos PNR completos cuando:

- a) se crea razonablemente que es necesario a los efectos establecidos en el artículo 6, apartado 2, letra b), y
- b) haya sido aprobado por:
  - i) una autoridad judicial, u
  - ii) otra autoridad nacional competente para verificar si se cumplen las condiciones para la divulgación conforme al derecho nacional, con sujeción a la información y revisión a posteriori del responsable de la protección de datos de la UIP.

Asimismo se contempla en el apartado 4 del art. 12 que los Estados miembros se asegurarán de que los datos PNR sean suprimidos de modo permanente al finalizar el período a que se refiere el apartado 1. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de aquellos casos en que se hayan transferido datos PNR específicos a una autoridad competente y se estén utilizando en el marco de un asunto específico a efectos de prevenir, detectar, investigar o enjuiciar los actos de terrorismo o delitos graves, en cuyo caso la conservación de los datos por la autoridad competente se registrará por el derecho nacional.

La disposición más importante de esta Directiva en relación con la garantía del *habeas data* se haya incluida en su art. 13. En dicho artículo se establece la plena garantía de los derechos ARCO consagrados por las normas de la UE y de los Estados que la integran (art. 13.1). Por tanto el *habeas data* está plenamente consagrado en este artículo. Se desprende de ello que medidas de seguridad y el tratamiento de la información policial con vistas a evitar posibles acciones criminales, en ningún momento podrán menoscabar las garantías de protección de datos establecidas en el marco de la UE.

En el apartado 4 de dicho art. 13 se afirma también que los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos PNR que revele el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las creencias religiosas o filosóficas, la pertenencia a un sindicato, la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona. En el caso de que la UIP reciba datos PNR que revelen tal información, los suprimirá inmediatamente.

En definitiva, se ofrece una garantía general del sistema consistente en la obligación de los Estados de la UE para velar por que sus UIP apliquen las medidas y los procedimientos técnicos y organizativos adecuados para

garantizar el elevado nivel de seguridad correspondiente a los riesgos que entrañen el tratamiento y las características de los datos PNR (art. 13.7).

## 6. CONCLUSIÓN

Las nuevas normas europeas de protección de datos, son el resultado de un largo y arduo proceso de elaboración. En particular, el *iter legis* del Reglamento ha sido especialmente problemático, por afectar a valores e intereses públicos y privados que rebasan el ámbito europeo, para adquirir una dimensión planetaria. El texto final ha debido superar las tentativas de mediatización de determinados *lobbies* ya que su contenido afecta a intereses de importantes grupos de presión multinacionales. La redacción de su normativa ha sido fruto de acuerdos, transacciones y compromisos por parte de las instancias europeas que han intervenido en su elaboración y aprobación. Por tal motivo, no han faltado valoraciones críticas sobre la calidad normativa de dicho Reglamento. Se ha denunciado que: “el Reglamento es complejo, burocrático y en muchos puntos confuso. De difícil comprensión para el ciudadano medio en lo que debiera ser una norma que debiera haberse inspirado en la claridad como eje imprescindible para la autodeterminación informativa y la seguridad jurídica”<sup>21</sup>.

Estas consideraciones críticas, aunque se hallan fundamentadas, no deben dejar paso al pesimismo respecto a la futura eficacia del nuevo marco europeo de tutela de los datos personales. Determinadas formulaciones imprecisas y equívocas de esta norma, podrán ser ulteriormente enmendadas por los desarrollos legislativos de las normativas nacionales europeas. Tampoco puede omitirse la importancia de los jueces y tribunales que al aplicar esta normativa en los casos concretos pueden contribuir a subsanar algunos de sus planteamientos. No huelga recordar que, como se ha indicado en ocasiones, el Derecho informático debe gran parte de su desarrollo a su dimensión “pretoriana”, es decir, que han sido los jueces quienes han contribuido de forma decisiva a actualizar y corregir determinadas normas reguladoras de esta materia y a colmar las lagunas que continuamente se producen en ese *perpetuum mobile* en que la protección de los datos personales consiste<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> J. LOPEZ CALVO, “Un Reglamento poliédrico que necesita un acercamiento poliédrico”, en el vol. col., *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos*, cit., pp. 81-82.

<sup>22</sup> Cfr., A. E. PEREZ LUÑO, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M. Losano y M. F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, Madrid, pp. 57 ss.

Como balance de las nuevas disposiciones de la UE en materia de protección de datos puede afirmarse que el Parlamento y el Consejo europeos han tratado de establecer unas medidas y mecanismos de garantía de los datos personales tratando que las mismas no se vean afectadas por la necesidad de los Estados de responder a los atentados terroristas y las actividades de la criminalidad internacional organizada. La grave inquietud cívica y política que motivaron los últimos atentados terroristas perpetrados en Europa por organizaciones vinculadas al fundamentalismo islámico han creado un síndrome de alarma entre los ciudadanos de Europa. Hace algunos años el sociólogo alemán Ulrich Beck<sup>23</sup> definió a las sociedades actuales como “sociedad del riesgo”. En los momentos actuales parece que nos hallamos ante una situación en la que podría hablarse de unas “sociedades del miedo”. Esta nueva circunstancia obliga a los poderes públicos europeos a tomar medidas de protección y seguridad, pero ese tipo de medidas no puede vaciar de contenido las garantías de la libertad que constituyen el fundamento axiológico de la propia UE. Por ello, en los textos aquí analizados se advierte esa búsqueda de un equilibrio adecuado entre las medidas de seguridad que requieren las sociedades actuales para luchar contra el terrorismo y la criminalidad y la tutela de las libertades que, en las sociedades tecnológicas europeas, tiene un capítulo de decisiva importancia en la garantía de los datos personales.

El otro aspecto importante de la normativa reseñada, es el que atañe a la preocupación constante de la UE por mantener una normativa jurídica de protección de datos actualizada, que responda a la constante evolución tecnocientífica. La UE ha sido sensible al impacto que sobre los derechos y libertades ejercen las Nuevas Tecnologías NT y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación TIC<sup>24</sup>. En 1995 cuando se publica la directiva 95/46 UE las principales amenazas para la vulneración de los datos personales, fueron asumidas por ese texto normativo, en el que se quiso dar una respuesta jurídica a esos retos liberticidas. En el tiempo transcurrido desde aquella fecha

---

<sup>23</sup> U. BECK, *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, Trad. Cast., Paidós, Barcelona, 2008.

<sup>24</sup> Sobre las relaciones entre las NT y las TIC y los derechos humanos existe hoy una amplia bibliografía. Síntoma ejemplar de esas investigaciones es la obra realizada en el seno del Programa CONSOLIDER, a cargo de Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en la que colaboran: Susana ALVAREZ, Miguel ALVAREZ ORTEGA, Ana GARRIGA, Rafael GONZALEZ-TABLAS, Fernando LLANO ALONSO y Cristina PAUNER. Vid, también, A.E.PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012.

los avances tecnológicos y científicos han supuesto nuevas amenazas contra los derechos y libertades de los ciudadanos europeos, que han tenido proyecciones en la esfera de los datos personales. En el tiempo presente fenómenos tales como determinados programas de la neurociencia pueden invadir los estratos mas reservados de la persona. Además, existen ya experiencias de *Big-Data*, que permiten un uso y un control masivo de informaciones referentes a un número ilimitado de personas y a un número ilimitado de situaciones<sup>25</sup>. Ese almacenamiento masivo de datos personales, que a través de los algoritmos, pueden permitir todo tipo de tratamientos representan un gran reto para la tutela jurídica de dichos datos. Asimismo, en fecha muy reciente, para el estudio de las realidades y posibilidades de la robótica se ha acuñado un *Robot-Law*, que se ocuparía de la interacción entre los seres humanos y los robots y de la incidencia de la robótica en el ámbito de los derechos y libertades<sup>26</sup>, en cuyo ámbito debe situarse la garantía de los datos personales.

A partir de ahora se abre el banco de prueba para comprobar en que medida la nueva normativa europea de protección de datos personales resulta eficaz para responder a los retos actuales de la tecnociencia. El legislador europeo, ha diseñado mediante las tres disposiciones normativas, a cuyo estudio se han dedicado estas reflexiones un marco jurídico, amplio y flexible, aunque no exentos de algunas deficiencias a las que se ha tenido ocasión de aludir, con el deseo de que resulte idóneo para la regulación, en el presente y en el inmediato futuro, de los principales impactos tecnológicos en los datos personales de los ciudadanos de la UE. Conjeturar sobre el éxito de esa pretensión es algo que escapa a la finalidad de este ensayo.

ENRIQUE PÉREZ-LUÑO ROBLEDO  
*Departamento de Derecho Procesal*  
*Universidad de Sevilla*  
*Avda. La Enramadilla, 18-20*  
*41018. Sevilla*  
*e-mail: eperezluno@us.es*

---

<sup>25</sup> A. GARRIGA DOMINGUEZ, *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2015; Id., “La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, cit., pp.108 ss.

<sup>26</sup> R. DE ASIS, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2015.

# LA GARANTÍA JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD: ENTRE LA PROTECCIÓN INDIRECTA Y LA JUSTICIABILIDAD AUTÓNOMA

THE JUDICIAL GUARANTEE OF THE RIGHT TO HEALTH:  
BETWEEN THE INDIRECT PROTECTION AND THE SPECIFIC  
JUSTICIABILITY

MARÍA DALLI\*  
Universitat de València

Fecha de recepción: 25-1-17

Fecha de aceptación: 12-6-17

**Resumen:** *El objetivo principal de este trabajo es el estudio de los mecanismos de garantía judicial del derecho a la salud. Se estudian, de un lado, aquellos que protegen este derecho a través de la vía de la interrelación con otros derechos, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del sistema interamericano. De otro lado, se tratan los sistemas que reconocen una justiciabilidad autónoma al derecho a la salud, destacando la litigación en países como Brasil o Colombia, y las críticas que ello ha recibido. Ante estas reservas, como las inequidades encontradas en el acceso a los tribunales y la excesiva intervención judicial, como objetivo último se plantean algunas respuestas, entre otras, la garantía del acceso a la justicia, la articulación de reclamaciones colectivas y las medidas de diálogo inter-institucional.*

**Abstract:** *The main objective of this work is to analyse the current judicial guarantees of the right to health. It studies, on the one hand, those systems that enforce this right by relating it to other human rights, such as the European Court of Human*

---

\* Investigadora postdoctoral en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, con fondos de la Generalitat Valenciana y del Fondo Social Europeo. La investigación se realizó en su mayor parte como beneficiaria de una ayuda predoctoral de la convocatoria 'Atracció del Talent' VLC-CAMPUS de la Universidad de Valencia. El artículo se enmarca asimismo en el proyecto 'Transformaciones de la justicia: autonomía, inequidad y ejercicio de derechos', DER2016-78356-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

*Rights or the Inter-American system. On the other hand, systems that recognise specific justiciability for the right to health, such as the constitutional systems in Brazil or Colombia, are also studied. The litigation of the right to health in these countries has been criticised, due to the inequities found when accessing the courts and the high number of cases. In this sense, the last objective is to suggest possible solutions, e.g. enforcing access to justice, increasing the number of collective complaints as well as the measures of inter-institutional dialogue.*

**Palabras clave:** derecho a la salud, justiciabilidad, indivisibilidad, garantías judiciales, diálogo judicial  
**Keywords:** right to health, justiciability, indivisibility, judicial guarantees, judicial dialogue

## 1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas un sector de la doctrina ha venido reclamando la igual consideración de todos los derechos humanos en un plano de igualdad, defendiendo así los derechos sociales, como el derecho a la salud, como auténticos derechos fundamentales<sup>1</sup>. Si se atiende al plano internacional de protección de los derechos, es posible identificar algunos avances importantes. Por ejemplo, la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permite una protección específica de este tipo de derechos a través del mecanismo de denuncias individuales<sup>2</sup>. Otros mecanismos que protegen de forma específica el derecho a la salud son los que se articulan por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales. El papel de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos también es relevante a este respecto.

En el plano estatal, algunos ordenamientos jurídicos que reconocen los derechos sociales y el derecho a la salud como derechos fundamentales se encuentran en, Bolivia Brasil, Bulgaria, Colombia, Ecuador, Estonia, Hungría, Polonia, Sudáfrica o Venezuela<sup>3</sup>. De forma especial destaca la inclusión de la

<sup>1</sup> En este punto cabe destacar, entre otros, a Abramovich, Courtis, Añón y Pisarello. V. ABRAMOVICH; Ch. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004. M. J. AÑÓN, "Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 15-41. G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

<sup>2</sup> Naciones Unidas, "Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

<sup>3</sup> A. NOGUERA, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

salud en el catálogo de derechos fundamentales de algunas constituciones latinoamericanas aprobadas en las últimas décadas. Asimismo, Sudáfrica incluyó los derechos sociales en su Constitución aprobada tras el *apartheid*, con el fin de reducir las desigualdades<sup>4</sup>. En definitiva, la litigación del derecho a la salud ha adquirido especial relevancia en algunos países latinoamericanos, como Brasil o Colombia, así como, aunque en menor medida y de diferente forma, en India y Sudáfrica. Sin embargo, otra vía para reforzar la protección del derecho a la salud puede venir dada de forma indirecta, esto es, a través de la interrelación con otros derechos civiles y políticos cuando estos se protegen con mayores garantías, en la línea de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos. A este respecto destaca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y, asimismo, el sistema interamericano de protección de los derechos.

Este trabajo, pues, repasa los mecanismos de garantía judicial del derecho a la salud existentes en la actualidad, en los planos internacional y regionales de protección, así como se destacan algunos casos de sistemas estatales paradigmáticos, siendo posible identificar en todos ellos la opción por la justiciabilidad autónoma del derecho a la salud o bien la vía de la protección indirecta. El primer apartado hace referencia a los sistemas regionales europeo e interamericano, como ámbitos de protección regional que ofrecen vías de protección del derecho a la salud a través de la interrelación con otros derechos. Asimismo se estudiará el caso español y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a este respecto. En un segundo apartado, se explicarán los mecanismos existentes en la actualidad que ofrecen una garantía específica del derecho a la salud, destacando la litigación del derecho en algunos países latinoamericanos.

Tras presentar estas cuestiones, el último apartado resume las críticas que se han dirigido hacia la litigación judicial del derecho a la salud, principalmente las inequidades en el acceso a los tribunales y la excesiva intervención judicial en la regulación sanitaria. El objetivo último será, pues, plantear respuestas o soluciones a estas críticas. Esencialmente, estas provienen de la garantía del acceso a la justicia, la articulación de reclamaciones colectivas y la puesta en marcha de medidas que fortalezcan el diálogo inter-institucional y otras formas de revisión débiles, para evaluar medidas regresivas que afecten al derecho a la salud más allá de su contenido esencial.

---

<sup>4</sup> C. FLOOD, A. GROSS, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", *Health and Human Rights*, vol. 16, núm. 2, 2014, 62-72, pp. 64-69.

## 2. LA PROTECCIÓN INDIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD: INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS DERECHOS

En el ámbito europeo de protección del derecho a la salud cabe diferenciar entre la Unión Europea y el Consejo de Europa, esto es, entre las posibilidades que ofrecen la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup>. La Carta Social europea y su órgano de supervisión, el Comité Europeo de Derechos Sociales, posibilitan una protección específica de este derecho, por lo que será tratado en el siguiente apartado<sup>6</sup>. Así pues, si bien la Carta de Derechos Fundamentales reconoce el derecho a la salud en el artículo 35, ello se hace ‘en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales’, lo que disminuye la fuerza vinculante de este derecho. De esta forma, el alcance y las implicaciones de tal artículo resultan inciertas<sup>78</sup>. Si bien los derechos civiles sí que se acompañan de mayores garantías, por ejemplo, el derecho a la vida (artículo 2.1), la integridad física y psíquica (artículo 3.1), la igualdad (artículo 20) y la prohibición de discriminación (artículo 21.1), en el ámbito de la Unión Europea no existe un mecanismo específico de protección frente a la vulneración de los derechos como sí existiría en el Consejo de Europa. En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este caso la protección del derecho a la salud ha venido dada por la articulación de mecanismos de protección indirecta. Así, al no reconocer el Convenio Europeo de Derechos Humanos directamente derechos sociales, se hace necesario interrelacionar el derecho a la salud con derechos civiles, o bien alegar que en el acceso a servicios de salud se ha producido una situación de discriminación prohibida por el Convenio<sup>9</sup>. El TEDH ha vinculado el derecho a la salud con la prohibición de la tortura o tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)

---

<sup>5</sup> Unión Europea, “Carta de Derechos Fundamentales”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 83, 30 de marzo de 2010, pp. 239-403. Consejo de Europa, “Convenio Europeo de Derechos Humanos”, 1950.

<sup>6</sup> Consejo de Europa, “Carta Social Europea (revisada)”, Estrasburgo, 1996.

<sup>7</sup> Unión Europea, “Carta de Derechos Fundamentales”, artículo 35.

<sup>8</sup> D. BISWAS; B. TOEBES.; A. HJEM; H. ASCHER; M. NORREDAM, “Access to health care for undocumented migrants from a human rights perspective: a comparative study of Denmark, Sweden, and the Netherlands”, *Health and Human Rights*, vol. 14, núm. 2, 2012, p. 56.

<sup>9</sup> R. M. MESTRE I MESTRE, “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, 113-132, p. 123 y ss.

y con el respeto a la vida personal y familiar (artículo 8)<sup>10</sup>. Por ejemplo, un supuesto es el de los extranjeros afectados por órdenes de expulsión, cuando la ejecución de esta puede empeorar gravemente el estado de salud<sup>11</sup>. Sin embargo, en otros casos, no se ha considerado que tenga lugar una violación del derecho cuando la expulsión se lleva a cabo a países donde la asistencia sanitaria está disponible, aunque no sea asequible, esto es, accesible económicamente<sup>12</sup>. Otro ejemplo que sí se ha considerado como violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes es el de la no prestación de la asistencia necesaria a personas arrestadas heridas o enfermas<sup>13</sup>. Asimismo, un caso relevante fue el de la denegación de las pruebas necesarias a una mujer embarazada que podrían haber habilitado el acceso a un aborto legal, lo que fue considerado por el Tribunal como trato inhumano y degradante<sup>14</sup>.

Por otra parte, el sistema interamericano de derechos humanos también ha ofrecido protección al derecho a la salud a través de la garantía de otros derechos civiles. En este sentido, si bien se reconoce el derecho a la salud, la justiciabilidad del mismo queda reducida. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI), reconoce un derecho al bienestar<sup>15</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos incluye en el artículo 26 la obligación de progresividad de los Estados en materia social<sup>16</sup>. De forma más específica, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, conocido como el Protocolo de San Salvador, reconoce los derechos sociales, así como el derecho a la sa-

---

<sup>10</sup> H. SINDING, A. KJELLEVOLD, P. STEPHENS, "Undocumented' migrants' access to health care services in Europe", en H. SINDING, S. GLOPPEN; A. MAGNUSSEN; E. NILSSEN, (eds.), *Juridification and social citizenship in the welfare state*, Edward Elgar Publishing, Inc., Reino Unido, 2014, p. 168.

<sup>11</sup> Tribunal Europeo de Derechos humanos, *D. v. the United Kingdom*, 30240/96, de 2 de mayo de 1997.

<sup>12</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *N. v. The United Kingdom*, núm. 26565/05, 2008.

<sup>13</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hurtado v. Suiza*, núm. 17549/90, 1994; *Riviere v. France*, núm. 33834/03, 2006.

<sup>14</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *R. R. v. Poland*, núm. 27617/04, 2011. GOSTIN, L. O., *Global Health Law*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2014, p. 261 y ss.

<sup>15</sup> Organización de los Estados Americanos (OAS), "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

<sup>16</sup> Organización de los Estados Americanos (OAS), "Convención Americana sobre Derechos Humanos", Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José (Costa Rica), Noviembre de 1969, artículo 26.

lud en el artículo 10<sup>17</sup>. No obstante, no todos los derechos reconocidos en el Protocolo pueden ser protegidos por la vía de las denuncias individuales, solo los derechos del artículo 8.a) y del artículo 13 (el derecho a la sindicación y el derecho a la educación, respectivamente) de acuerdo con el artículo 19.6<sup>18</sup>. Por esta razón, pues, la justiciabilidad del derecho a la salud viene, de nuevo, dada en mayor medida a través de la interrelación del derecho con otros derechos fundamentales. El órgano jurisdiccional que se encarga del cumplimiento de los derechos reconocidos en el sistema interamericano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma, como ocurre en el sistema europeo a través del TEDH, la Corte Interamericana ha conocido de casos en materia de derechos sociales, como el derecho a la salud, a través de la protección de otros derechos como la prohibición de la tortura, el derecho a la vida o a la integridad personal<sup>19</sup>. Así, en 1999 la Corte extendió el ámbito de protección del derecho a la vida a la garantía del acceso a las condiciones necesarias para una existencia digna<sup>20</sup>. Principalmente, destacan los supuestos de protección del derecho a la salud para las personas internas en establecimientos penitenciarios o asimismo para miembros de grupos considerados vulnerables como los niños o los migrantes. Por ejemplo, el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, o el de *Cinco pensionistas vs. Perú*<sup>21</sup>. Como caso reciente de protección de la vida y de la integridad personal de personas internas en centros penitenciarios destaca el de *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*<sup>22</sup>. En la sentencia *Suárez Peralta vs. Ecuador*, la Corte confirmaba, una vez más, la responsabilidad del Estado de supervisar la actividad de las clínicas de sanidad

<sup>17</sup> Organización de los Estados Americanos (OAS), "Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988. Artículo 10.

<sup>18</sup> M. Y. ROBLES, "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, 2016, 199-246, pp. 201 y 202.

<sup>19</sup> M. Y. ROBLES, "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)", cit., pp. 207 y 208. M. VENTURA, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, pp. 107-108.

<sup>20</sup> Caso de los *Niños de la Calle (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 144. L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, cit., pp. 261 y ss.

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001; *Cinco pensionistas vs. Perú*, 2003.

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, 2016.

privada<sup>23</sup>. Por lo demás, una vía de protección directa del derecho a la salud podría venir dada a través del artículo 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Como señala Robles, habría posibilidad de invocar este precepto, el cual reconoce la obligación de desarrollar progresivamente las normas en materia social, para impulsar una mayor justiciabilidad del derecho a la salud<sup>24</sup>.

En definitiva, en el ámbito supranacional, principalmente por lo que se refiere al sistema interamericano y al TEDH, la protección judicial del derecho a la salud viene posibilitada por la garantía judicial que se da a derechos civiles relacionados. De forma parecida, el Tribunal Constitucional español puede, a través del recurso de amparo, apreciar la vulneración de derechos vinculados con el ámbito de la salud. El derecho a la protección de la salud se reconoce en el artículo 43 de la Constitución, sin embargo, no es susceptible de ser protegido a través del amparo constitucional<sup>25</sup>. Así, como es sabido, la Constitución reconoce los derechos sociales como ‘principios rectores de la política social y económica’, los cuales solo pueden ser alegados en sede de jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que establezcan las leyes que los desarrollen<sup>26</sup>. Por tanto, los únicos derechos sociales que pueden ser objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional son el derecho a la educación, el derecho de huelga y el derecho de sindicación. Por lo demás, más allá de la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra normas que puedan ser contrarias al texto constitucional, por lo que se refiere a los mecanismos de protección de los derechos en sede constitucional, esto es, el recurso de amparo, únicamente cabe vincular el derecho a la salud con otros derechos fundamentales.

Así pues, de nuevo, en el ordenamiento jurídico español se puede vincular la salud con otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución), a la dignidad (artículo 10.1) y a la igualdad y a la prohibición de discriminación (artículo 14) o a la tutela judicial efectiva (artículo 24). En la práctica, de forma principal se han dado casos que han protegido los derechos sociales a través de la prohibición de discriminación y de la tutela judicial efectiva. En esta línea, vincular la prohibición de discriminación con un derecho social permite identificar, por ejemplo, si las condiciones de ac-

---

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Suárez Peralta vs. Ecuador*, 2013.

<sup>24</sup> Destaca la actividad en este sentido del juez Ferrer Mac-Gregor. El debate se dio en el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, 2015. M. Y. ROBLES, “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)”, cit., pp. 203 y 210.

<sup>25</sup> Constitución española, 1978, artículo 43.

<sup>26</sup> Constitución española, 1978, Capítulo III del Título I.

ceso a los servicios públicos son discriminatorias<sup>27</sup>. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, especialmente, sobre casos de discriminación en el acceso y en las condiciones de trabajo, por ejemplo, por razón de sexo<sup>28</sup>. Más allá de la prohibición de discriminación y de la tutela judicial efectiva, la protección de los derechos sociales por la vía indirecta en sede constitucional ha sido escasa. El mayor número de pronunciamientos se producen en relación con el ámbito laboral, alegando, por ejemplo, la vulneración del derecho a la libertad religiosa<sup>29</sup>. En relación con el derecho a la salud, se ha protegido este derecho por conexión con el derecho a la integridad física, cuando existe un peligro grave para la misma<sup>30</sup>. Por lo demás, se ha reclamado la protección de la salud en casos de contaminación acústica invocando los derechos a la integridad física (artículo 15), a la vivienda (artículo 47) y la intimidad personal y familiar (artículo 18)<sup>31</sup>. Igualmente, otras posibilidades de protección indirecta de los derechos sociales en el caso español podrían derivar de la interpretación de estos derechos a partir del artículo 10.2 de la Constitución, en relación con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España. El artículo 9.2 también ofrece un parámetro interpretativo al reconocer la igualdad material. Asimismo, se ha señalado que podría entenderse el artículo 53 de la Constitución, de forma que se refiere a la utilización de la jurisdicción ordinaria para el contenido adicional de los derechos sociales, mientras que su contenido esencial sí podría ser alegado ante el Tribunal Constitucional<sup>32</sup>.

Sin embargo, la sentencia 139/2016, del Tribunal Constitucional, de 21 de julio, que decidió sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, puso de manifiesto las limitaciones actuales de la protección de la salud en sede constitucional<sup>33</sup>. La citada regulación vinculaba el acceso a las presta-

---

<sup>27</sup> M. DÍAZ, "El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales", *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2012, enero-junio 2012, p. 8.

<sup>28</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 145/1991, de 1 de julio, y STC 41/1999, de 21 de marzo.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional, STC 19/1985, de 13 de febrero.

<sup>30</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 35/1996, de 11 de marzo; STC 119/2001, de 24 de mayo; STC 5/2002, de 14 de enero y STC 33/2011, de 28 de marzo.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional, STC 119/2001, de 24 de mayo.

<sup>32</sup> G. PISARELLO, "Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva", en M. J. ANÓN, (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 68-70.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional, STC 139/2016, de 20 de abril. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de abril de 2012, núm. 98.

ciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud con el ámbito de la Seguridad Social, exigiendo las condiciones de ‘asegurado’ o de ‘beneficiario’. Por lo que se refiere a los extranjeros sin autorización de residencia procedentes de terceros Estados, únicamente se les reconocía una asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, así como la asistencia al embarazo, parto y postparto, y la atención a menores de edad<sup>34</sup>. En la actualidad, el recientemente aprobado Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, ha pasado a reconocer las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud a todas las personas con nacionalidad española y a todas las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español<sup>35</sup>. Los inmigrantes en situación irregular pueden tener acceso a la asistencia sanitaria requerida, en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que no tengan la obligación de acreditar la existencia de cobertura por otra vía, no puedan exportar su derecho de cobertura sanitaria desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado al pago<sup>36</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, antes mencionada, analizó la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, después de que numerosas Comunidades Autónomas presentaran recursos de inconstitucionalidad contra la misma. En concreto, la sentencia siguió el recurso interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra<sup>37</sup>. En primer lugar, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la salud es un derecho de configuración legal, estando el legislador legitimado para diseñar las condiciones de acceso al derecho. En cuanto a los derechos de los extranjeros en España,

---

<sup>34</sup> Más información sobre las implicaciones y consecuencias que supuso el mencionado Real Decreto-ley 16/2012 puede encontrarse en: C. LEMA, “La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad”, en M. J., BERNÚZ y M. CALVO (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 221-258; M. DALLI, “Universal Health Coverage for Undocumented Migrants: the Spanish Case”, *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 25 núm. 2, 2018. Asimismo, Á. SOLANES, “La salud como derecho en España: Reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y Libertades*, núm. 31, junio 2014, pp. 127-162; A. MORA, “El derecho a la salud de las personas inmigrantes y su nueva regulación en el Estado español”, en J. DE LUCAS, M. J. AÑÓN. (eds.), *Integración y derechos. A la búsqueda de indicadores*, Icaria, Barcelona, 2013, pp. 67-102.

<sup>35</sup> Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de julio de 2018, núm. 183. Artículo primero. Se modifica así el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>36</sup> Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, artículo primero. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, artículo 3 ter.

<sup>37</sup> Recurso de inconstitucionalidad núm. 4123/2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra, 2012.

la sentencia sigue la denominada teoría tripartita, en la línea de la jurisprudencia anterior<sup>38</sup>. Siendo la salud uno de los derechos de configuración legal, el legislador tiene libertad para regular el reconocimiento de este derecho para la población extranjera, atendiendo a una serie de límites. Sin embargo, los límites a los que ha de quedar sujeto el legislador, como los tratados internacionales de derechos humanos, se interpretan por el Tribunal de forma que se entiende que los mismos no imponen la obligatoriedad de garantizar servicios sanitarios a las personas sin residencia legal. Por ejemplo, se hace referencia al artículo 13.4 de la Carta Social Europea, que garantiza asistencia médica únicamente a los residentes legales, sin tener en cuenta, sin embargo, que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha extendido el ámbito de aplicación de este derecho en su jurisprudencia y ha llegado incluso a considerar que otro artículo de la Carta Social, el 11, que protege la salud, sí se vulnera por el Real Decreto-ley 16/2012<sup>39</sup>. Así, el Tribunal Constitucional entiende que la ‘universalidad’ del derecho a la salud no implica una asistencia sanitaria ‘gratuita’ o sin costes<sup>40</sup>. En resumen, la sentencia consideró constitucional el Real Decreto-ley 16/2012, salvo por lo que se refería a la determinación por reglamento del límite de ingresos por debajo del cual también cabía considerar a las personas sin vinculación con la Seguridad Social como aseguradas. Por el contrario, el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a la sentencia constituye un buen ejemplo de lo que podría haber sido una protección del derecho a la salud a través de la indivisibilidad entre los derechos y de la interpretación a la luz de los tratados internacionales<sup>41</sup>.

No obstante esta sentencia del Tribunal Constitucional español, se han tratado algunos ejemplos de la protección que puede brindarse al derecho a la salud cuando este no viene blindado de garantías judiciales, y todavía puede abrirse un espacio a la justiciabilidad a través de la garantía de otros derechos civiles

---

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional, STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3º y 4º), STC 94/1993, de 22 de marzo (FJ 2º), STC 236/2007, de 10 de diciembre, (FJ 4º), y STC 242/1994, de 20 de julio (FJ 4º). Un análisis de esta jurisprudencia puede consultarse en J. DE LUCAS, “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en I. CAMPOY (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 89-97.

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional, STC 139/2016, de 20 de abril, (FJ 10º). Comité Europeo de Derechos Sociales, Consejo de Europa, Conclusiones XX-2 (2013), p. 13.

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional, STC 139/2016, de 20 de abril, (FJ 8º).

<sup>41</sup> Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, III. 3.

interrelacionados. Así pues, la salud afecta a una diversidad de derechos. Cabe atender a la Observación General n.º 14 (OG n.º 14) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), que explica este derecho reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>42</sup>. La OG n.º 14 menciona la importancia de la salud para el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación<sup>43</sup>. Todo ello supone una manifestación clara del principio de indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos. Este principio ha sido explicado por Añón haciendo referencia a diferentes formas de relación entre los derechos<sup>44</sup>. Mientras que la indivisibilidad vendría a ser la forma más fuerte de relación y bidireccional, según la cual un derecho sería indispensable para otro y viceversa, la interdependencia se refiere más bien a relaciones de apoyo entre los derechos, en el sentido de que el avance en el cumplimiento de uno refuerza el funcionamiento del otro.

Así, todos los derechos son igualmente importantes y por ello deben recibir un igual trato<sup>45</sup>. El principio de indivisibilidad e interdependencia ha sido ampliamente reconocido en el marco internacional, y es posible encontrar fácilmente numerosas referencias al mismo. Por ejemplo, la Proclamación de Teherán de 1968, resultado de la primera conferencia internacional de derechos humanos, establecía que 'los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles'<sup>46</sup>. En la segunda conferencia mundial celebrada en Viena en 1993 se añadía que 'todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí'<sup>47</sup>. Años más

---

<sup>42</sup> Naciones Unidas, "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", 1966. Comité DESC, "Observación General n.º 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I), 2000.

<sup>43</sup> Comité DESC, "Observación General n.º 14", *cit.*, párr. 3.

<sup>44</sup> M. J. AÑÓN, "Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas" en M. REVENGA, P. CUENCA (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 194.

<sup>45</sup> A. NOGUERA, "¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo", *Derechos y libertades*, núm. 21, Época II, junio de 2009, p. 130.

<sup>46</sup> Conferencia Internacional de Derechos Humanos, "Proclamación de Teherán", A/CONF./32/4Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13.

<sup>47</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, "Declaración y programa de acción de Viena", A/CONF.157/23, Viena, 25 de junio de 1993, párr. 5.

tarde, una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2006 confirmaba este principio, pues todos los derechos humanos 'deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso'<sup>48</sup>.

### 3. LITIGACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN LOS TRIBUNALES

En el ámbito de las Naciones Unidas, se encuentra actualmente vigente el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permite la presentación de denuncias por posibles vulneraciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, como el derecho a la salud<sup>49</sup>. Hasta su entrada en vigor, las posibilidades de alegar supuestas violaciones del derecho a la salud provenían, por ejemplo, de la interrelación del derecho con algunos derechos civiles, protegidos por organismos como el Comité de Derechos Humanos o el Comité contra la Tortura<sup>50</sup>. También existía la posibilidad de alegar una posible violación del derecho a la salud en relación con un factor prohibido de discriminación, de acuerdo con los mecanismos de quejas previstos en instrumentos como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>51</sup>. En la actualidad, si el Estado en cuestión ha ratificado el Protocolo Facultativo al PIDESC, entonces las personas o grupos de personas que se hallen bajo su jurisdicción pueden presentar una queja o denuncia al Comité DESC, si consideran que han sido víctimas de una vulneración del derecho a la salud, reconocido en el artículo 12 del Pacto. Ahora bien, es necesario el cumplimiento de algunos requisitos, según los artículos 3 y 4 del Protocolo<sup>52</sup>. En primer lugar, se deben haber utilizado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. Además, el Comité puede declarar la inadmisibili-

---

<sup>48</sup> Asamblea General (Naciones Unidas), Resolución A/Res/60/251, 3 de abril de 2006, preámbulo párr. 3.

<sup>49</sup> Naciones Unidas, "Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

<sup>50</sup> Ch. COURTIS, "Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave", *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, núm. 5, 2009, p. 49.

<sup>51</sup> Asamblea General (Naciones Unidas), "Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965", resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Artículo 14.

<sup>52</sup> Naciones Unidas, "Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", artículos 3 y 4.

dad de las comunicaciones que: a) No se hayan presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo; b) Se refieran a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha; c) Se refieran a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional; d) Sean incompatibles con las disposiciones del Pacto; e) Sean manifiestamente infundadas, no estén suficientemente fundamentadas o se basen exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación; f) Constituyan un abuso del derecho a presentar una comunicación, o g) Sean anónimas o no se hayan presentado por escrito.

Por otra parte, en el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Europeo de Derechos Sociales, a diferencia del TEDH, sí ofrece una protección específica de estos derechos, al controlar el cumplimiento por parte de los Estados de la Carta Social Europea. En concreto, el artículo 11 reconoce el derecho a la protección de la salud, y el derecho a la asistencia social y médica se incluye en el artículo 13<sup>53</sup>. Lougarre ofrece un exhaustivo análisis de este derecho y su desarrollo por parte del Comité<sup>54</sup>. Como se ha comentado anteriormente, la jurisprudencia del mismo ha protegido el derecho a la salud de forma extensa, incluso más allá del alcance previsto en la propia Carta. Así, el Comité ha expresado la necesidad de que la atención a la salud incluya a los colectivos vulnerables, como los inmigrantes en situación irregular, respecto de los cuales el apartado 4º del artículo 13 impone restricciones<sup>55</sup>.

Cabe señalar, asimismo, el sistema africano de protección de los derechos humanos. La Carta Africana o Carta de Banjul reconoce derechos sociales y, entre ellos, el derecho a la salud se incluye en el artículo 16<sup>56</sup>. La jurisprudencia

---

<sup>53</sup> Consejo de Europa, "Carta Social Europea (revisada)", Estrasburgo, 1996.

<sup>54</sup> C. LOUGARRE, "What does the right to health mean? The interpretation of article 11 of the European Social Charter by the European Committee of Social Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, núm. 3, 2015, pp. 326-354.

<sup>55</sup> Comité Europeo de Derechos Sociales, "Conclusions 2005, Statement of Interpretation of Article 11", §5, p. 10. Comité Europeo de Derechos Sociales, "Conclusions 2004, Statement of Interpretation of Article 11", §5, p. 10.

<sup>56</sup> Organización para la Unidad Africana (OUA), "Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981", XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

dencia de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos ha entendido el derecho a la salud como esencial para la realización de otros derechos y ha apreciado violaciones de las obligaciones estatales de respetar, proteger y cumplir el mismo<sup>57</sup>. Además, se entiende que los Estados tienen obligaciones inmediatas en la garantía de los derechos sociales<sup>58</sup>. También ha hecho referencia constante la obligación de progresividad<sup>59</sup>. En este sentido, los derechos sociales gozan, en el sistema africano, de mayores posibilidades de protección judicial que en otros sistemas regionales. Por ejemplo, en la sentencia *Constitutional Rights Project and Media Rights Agenda v. Nigeria*, la Comisión Africana consideró que el Estado nigeriano había violado su obligación de proteger la salud de una persona detenida de acuerdo con el artículo 16 de la Carta<sup>60</sup>.

En relación con la justiciabilidad estatal del derecho a la salud, inmediatamente la atención ha de centrarse en sistemas como el brasileño, el colombiano o los de otros países latinoamericanos, así como en los casos de India y de Sudáfrica. Por ejemplo, en Sudáfrica se posibilita la litigación constitucional del derecho a la salud. En este sentido, destaca el caso *Treatment Action Campaign*, en el que la Corte Constitucional estimó la vulneración del derecho al no garantizarse el acceso a los medicamentos y tratamientos necesarios para evitar que la enfermedad del VIH-SIDA fuera transmitida de madres a hijos<sup>61</sup>. Por su parte, la Corte Suprema india confirmó la necesidad de garantizar el acceso a los tratamientos retrovirales<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> J. A. ODER, "Litigating the Right to Health Before the African Commission on Human and Peoples' Rights: the Record So Far", *African Yearbook of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2008, pp. 130 y ss.

<sup>58</sup> A. CHIDI ODINKALU, "Analysis of Paralysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 23, núm. 2, 2001, p. 349.

<sup>59</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Purohit and Moore v. The Gambia*, comunicación 241/2001.

<sup>60</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Constitutional Rights Project and Media Rights Agenda v. Nigeria*, 31 de octubre de 1998, comunicaciones 105/93, 130/94, 128/94 y 152/96.

<sup>61</sup> Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, SA 721, 2002. J. HASSELGÅRD-ROWE, E. MPINGA, "Justiciability of the Right to Health in South Africa and Switzerland through the Lens of its Normative Components", *International Human Rights Law Review*, 3, 2014, p. 14.

<sup>62</sup> Corte Suprema de India, *Voluntary Health Association of Punjab (VHAP) v. The Union of India and Others*, núm. 349, 2006. L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, cit., p. 265.

El blindaje constitucional de la salud en Sudáfrica y en India es fuerte, si bien la litigación en sede judicial en relación con este derecho es más modesta que la que se produce en algunos países latinoamericanos<sup>63</sup>. En este punto destacan Argentina, Chile, Costa Rica, Perú, Uruguay, pero especialmente Colombia y Brasil. Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, en 2010 se estimaron 240.000 casos en Brasil, y en Colombia se darían 95.000 casos en el mismo año<sup>64</sup>. Este modelo de litigación viene principalmente caracterizado por un alto número de demandas individuales, que alegan vulneraciones del derecho a la salud, reclamando el acceso a tratamientos y medicamentos. Además, habitualmente se produce la estimación de la mayoría de estas demandas, lo que conlleva elevados costes administrativos.

#### 4. CRÍTICAS A LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD Y POSIBLES SOLUCIONES

Las críticas que ha recibido el alto nivel de litigación del derecho a la salud en algunos sistemas constitucionales se derivan, principalmente, de dos circunstancias. De un lado, las desigualdades que se producen en el acceso a los tribunales y con ello, se alega, en el disfrute del derecho a la salud. De otro lado, el alto grado de intervención judicial en la regulación sanitaria.

Así pues, se ha señalado que la estimación de las demandas individuales para acceder a medicamentos y tratamientos caros, en situaciones de limitaciones de recursos, resulta en inequidades en la salud. El elevado número de casos sobre el acceso a tratamientos que requieren de un alto coste, como los que implican la utilización de nuevas tecnologías, ha supuesto un impacto financiero. En Brasil, la litigación del derecho a la salud en 2010 supuso que la totalidad de los pagos en medicamentos ascendiera a 550 millones de dólares, y las litigaciones sobre el régimen contributivo en Colombia en 2009 supusieron un coste de 300 millones de dólares<sup>65</sup>. En relación con ello, se ha señalado que esta intervención judicial en Colombia ha derivado en un

---

<sup>63</sup> C. FLOOD, A. GROSS, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", cit., p. 69.

<sup>64</sup> L. CUBILLOS, M. L. ESCOBAR, S. PAVLOVIC, R. IUNES, "Universal health coverage and litigation in Latin America", *Journal of Health Organization and Management*, vol. 26, núm. 3, 2012, pp. 390-395.

<sup>65</sup> L. CUBILLOS, M. L. ESCOBAR, S. PAVLOVIC, R. IUNES, "Universal health coverage and litigation in Latin America", cit., p. 395.

problema financiero para el gobierno, el cual además estaría perdiendo su capacidad para negociar los precios de los medicamentos con las compañías farmacéuticas, hospitales y otros proveedores<sup>66</sup>.

Asimismo, se denuncian las inequidades encontradas en el acceso a los tribunales. Por ejemplo, el mayor nivel de litigación en Buenos Aires no proviene de las áreas más necesitadas y en Brasil ello tiene lugar en los Estados con un mayor índice de desarrollo humano<sup>67</sup>. En especial, Ferraz ha alertado de las consecuencias del denominado ‘modelo brasileño’ de litigación del derecho a la salud. El autor señala que la estimación de demandas individuales que reclaman el acceso a medicamentos a un alto coste puede suponer un peligro para el sostenimiento de la universalidad del sistema, debido a la escasez de recursos<sup>68</sup>. Así, se considera que la mayoría de los litigantes no padecen dificultades económicas. Para ello, se tienen en cuenta los indicadores siguientes: indicadores indirectos, que señalan que la mayoría de litigantes utilizan servicios privados de asesoramiento legal y que la reclamación se produce en relación con la utilización de servicios sanitarios privados. También indicadores directos, que refieren a las áreas de las que provienen los demandantes, las cuales, como se comentaba anteriormente, no se trata de aquellas más necesitadas<sup>69</sup>.

Ello, sin embargo, lo que parece revelar es que el problema urgente a solucionar son las dificultades que se enfrentan en las áreas más marginadas para acceder a los tribunales. Este un problema, pues, de acceso a la justicia, como contenido esencial de la tutela judicial efectiva. Este derecho se reconoce en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, estando el derecho al recurso contenido en el artículo 2.3º.a) del PIDESC<sup>70</sup>. Se trata, así, del derecho a defender los derechos, exigencia del Estado de

---

<sup>66</sup> E. LAMPREA, “Colombia’s right-to-health litigation in a context of health care reform”, en C. M. FLOOD, A. GROSS (eds.), *The right to health at the private/public divide: A global comparative study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 131-158.

<sup>67</sup> O. L. M. FERRAZ, “Brazil: health inequalities, rights and courts”, pp. 76-102, y P. BERGALLO, “Argentina: achieving fairness despite routinization”, pp. 43-75, en A. E. YAMIN, S. GLOPPEN (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011, p. 87 y p. 55, respectivamente.

<sup>68</sup> O. L. M. FERRAZ, “The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequalities?”, *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 2, 2009, p. 34.

<sup>69</sup> O. L. M. FERRAZ, “The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequalities?”, cit., p. 39.

<sup>70</sup> Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, París, 1948. Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 1966.

Derecho por el que cualquier interés legítimo debe ser poder defendido ante un juez, esto es, justiciable<sup>71</sup>. Una segunda solución para el excesivo nivel de litigación del derecho a la salud podría venir dada a través de una mayor articulación de reclamaciones colectivas, cuando la problemática afecta a un grupo de personas. En este sentido, Wolff defiende la litigación del derecho a la salud cuando se trata de un problema que afecta a un grupo de personas<sup>72</sup>. Otra vía puede ser la que adoptó la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, que supuso la reducción del número de casos individuales, al haber derivado el pronunciamiento en cambios en la regulación sanitaria, los cuales implicaron avances colectivos<sup>73</sup>.

Por todo ello, cabe preguntarse si la ausencia de justiciabilidad o una escasa protección judicial del derecho a la salud es la mejor solución. Se argumenta que existen países altamente desiguales que, o bien no tienen reconocido el derecho a la salud en sus Constituciones o no existe una protección judicial adecuada, como en China o en Hungría<sup>74</sup>. También se ha señalado que la litigación desde la perspectiva del derecho a la salud en Sudáfrica, ha contribuido a la reducción de la mortalidad infantil en casos de madres infectadas por el VIH-Sida así como a mejorar las condiciones de salud de los establecimientos penitenciarios<sup>75</sup>.

Otra crítica que se dirige hacia la justiciabilidad del derecho a la salud se basa en los problemas de legitimidad democrática de las decisiones judiciales. Así, en ocasiones, las resoluciones individuales han derivado en cambios legislativos. Anteriormente se mencionaba el caso en que la Corte Constitucional colombiana reclamó un cambio en la regulación sanitaria en relación con la lista de servicios esenciales<sup>76</sup>. Ello derivó en que, efectivamen-

---

<sup>71</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Navarra, 2005, p. 408. Á. FIGUERUELO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 25.

<sup>72</sup> J. WOLFF, "The Content of the Human Right to Health", en R. CRUFT; S. M. LIAO; M. RENZO (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2015, pp. 491-501.

<sup>73</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, "Sentencia T-760 de 2008". El seguimiento del cumplimiento de la sentencia puede realizarse a través de este enlace del gobierno colombiano: <http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/>.

<sup>74</sup> L. FORMAN; J. AMIR SINGH, "The role of rights and litigation in assuring more equitable access to health care in South Africa", en C. M. FLOOD; A. GROSS, (eds.), *The right to health at the private/public divide: A global comparative study*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 288-318.

<sup>75</sup> J. HASSELGÅRD-ROWE; E. MPINGA, "Justiciability of the Right to Health in South Africa and Switzerland through the Lens of its Normative Components", cit., p. 18.

<sup>76</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, "Sentencia T-760 de 2008".

te, se unificara la lista de servicios para los menores de 18 años, y la lista de servicios esenciales para el resto de la población<sup>77</sup>. En Chile, el Tribunal Constitucional terminó por declarar inconstitucionales las primas de seguros privados (ISAPRES) ajustadas al riesgo, después de que varios casos individuales denunciaran que la cuantía se calculaba atendiendo al riesgo, afectando a personas vulnerables<sup>78</sup>.

Si nos vamos al fondo del asunto, la cuestión de la intervención judicial en la regulación sanitaria y sus implicaciones para la legitimidad democrática es una problemática sobre la que caben diferentes posicionamientos. La intervención judicial fuerte es rechazada por autores como Waldron, desde una concepción procedimental de la democracia sin límites sustanciales que ha de respetar el valor superior del proceso democrático<sup>79</sup>. Asimismo, Bickel alerta sobre las formas de revisión judicial fuerte, como las que existen en Estados Unidos<sup>80</sup>. En la posición contraria, autores como Dworkin inciden en la necesidad de establecer límites a la democracia, como los derechos y los principios, que pueden entenderse como triunfos frente a la tiranía de la mayoría<sup>81</sup>. En el mismo sentido, Ferrajoli defiende que por encima de la igual participación política existen valores a proteger como la vida o la libertad<sup>82</sup>. En la terminología de Comanducci, el neoconstitucionalismo ideológico defendería la existencia de valores superiores, como los derechos fundamentales, mientras que el iuspositivismo ideológico describiría la concepción de Waldron<sup>83</sup>. En este punto, Morales propone introducir al procedimiento democrático una serie de precondiciones formales y materiales para la democracia, que podrían dar protección a un primer nivel de derechos sociales<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> L. CUBILLOS; M. L. ESCOBAR; S. PAVLOVIC; R. IUNES, "Universal health coverage and litigation in Latin América", cit., p. 400.

<sup>78</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Rol 1710-10-INC, 6 de agosto de 2010.

<sup>79</sup> J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 302.

<sup>80</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 16-23.

<sup>81</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 199-200. También: R. DWORKIN, "Rights as Trumps", en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

<sup>82</sup> L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 35.

<sup>83</sup> P. COMANDUCCI, "Il neocostituzionalismo ideologico", en I. FANLO CORTÉS; R. MARRA, (eds.), *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 141-51.

<sup>84</sup> L. MORALES, *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 303.

En cualquier caso, la discusión no se agota en la explicación de dos posturas lejanas entre sí, sino que se han propuesto soluciones intermedias como la autorestricción judicial, el diálogo entre las instituciones como forma de intervención débil y la justiciabilidad del derecho a la salud en sede administrativa. Estas propuestas pueden servir, a mi juicio, como respuestas a las críticas que recibe la litigación del derecho a la salud en algunos sistemas latinoamericanos. Si bien el respeto a un contenido esencial o mínimo habría de quedar protegido bajo formas de revisión fuerte, las medidas regresivas que no afectan al contenido esencial sino a un contenido adicional pueden evaluarse en el marco de una intervención judicial menos estricta. En relación con ello, el respeto del contenido esencial de los derechos como límite de la posibilidad de justificación de las medidas regresivas ha sido estudiado, por ejemplo, por Añón<sup>85</sup>. Por lo que se refiere al derecho a la salud, una interpretación de su contenido esencial puede realizarse atendiendo al listado de obligaciones mínimas previsto en el párrafo 43 de la Observación General n.º. 14 del Comité DESC.

En cuanto a la autorestricción judicial, se trata de un proceso por el que los jueces podrían identificar las cuestiones que no entrarían dentro del ámbito de decisión judicial. King apuesta por los enfoques institucionales de este proceso, que responden a una preocupación por los derechos, entre otros factores, y que incluyen entre las medidas posibles el diálogo inter-institucional entre el Parlamento, los jueces y el poder ejecutivo<sup>86</sup>. El diálogo inter-institucional consiste básicamente en una forma de intervención judicial que se entiende débil por combinarse con la actuación legislativa. En el ámbito de la salud, por ejemplo, los jueces podrían sugerir cambios en la regulación sanitaria cuando esta no es conforme al derecho a la salud. Otros autores se han referido a este proceso como el modelo parlamentario o el modelo *Commonwealth* del constitucionalismo<sup>87</sup>. Algunos sistemas que se acerca-

---

<sup>85</sup> M. J. AÑÓN, "¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, núm. 34, Época II, enero 2016, p. 70. Asimismo: L. CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 89. En relación con el derecho a la salud: O. PARRA, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", Ch. COURTIS, (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 54.

<sup>86</sup> J. KING, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 3, 2008, pp. 409-441.

<sup>87</sup> J. L. HIEBERT, "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", *Texas Law Review*, núm. 7, 2004, pp. 1963-

rían a este modelo podrían ser los de Australia, Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido<sup>88</sup>. Así, en el Reino Unido, los jueces han desarrollado una serie de criterios de orientación para la actividad legislativa<sup>89</sup>. Entre otros, Bayón se ha referido a las formas de revisión débil como la intervención judicial más justificable<sup>90</sup>. Sin embargo, otros autores han mostrado reservas frente a este entusiasmo. Por ejemplo, Dixon critica que, al tratar este modelo, se suele hacer referencia a sistemas que en la práctica funcionan de forma muy diferente<sup>91</sup>. Asimismo, Gargarella señala que no es posible considerar las medidas existentes en los países que anteriormente se mencionaban como verdaderamente dialógicas, por la ausencia de la participación popular y la diferencia de posiciones entre las partes<sup>92</sup>.

En cualquier caso, en relación con el derecho a la salud, Gostin, por ejemplo, sugiere tres formas de protección judicial, no necesariamente demasiado intervencionistas, que provienen de la insistencia en las obligaciones estatales de la utilización de los máximos recursos disponibles, del cumplimiento de las obligaciones mínimas y de la atención a los derechos de las personas más vulnerables<sup>93</sup>. Morales, en cuestiones relativas a la salud, defiende el papel de los jueces a la hora de tomar decisiones en caso de desacuerdos prácticos, que son comunes en el ámbito de la salud pública<sup>94</sup>.

Como tercera solución intermedia entre la ausencia de justiciabilidad del derecho a la salud y el exceso de litigación del mismo, se hacía referencia a la

---

1988. S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

<sup>88</sup> J. KING, "Rights and the Rule of Law in Third Way Constitutionalism", *University of Minnesota Law School, Constitutional Commentary*, vol. 30, núm. 1, 2015, p. 102.

<sup>89</sup> C. FLOOD, A. GROSS, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", cit., pp. 66-67.

<sup>90</sup> J. C. BAYÓN, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en J. BETEGÓN, F. J. LAPORTA, y otros (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 129.

<sup>91</sup> R. DIXON, "Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles", en R. GARGARELLA (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2014, p. 54.

<sup>92</sup> R. GARGARELLA, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos" en R. GARGARELLA (ed.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, cit., pp. 121 y 147.

<sup>93</sup> L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, cit., p. 268.

<sup>94</sup> L. MORALES, "Taking Facts Seriously: Judicial Intervention in Public Health Controversies", *Public Health Ethics*, vol. 8, núm. 2, 2015, pp. 1-11.

protección del derecho en la jurisdicción ordinaria administrativa. Algunos autores defienden que ello, actualmente posible en el Reino Unido, Israel y Sudáfrica, es la vía más adecuada para mantener el equilibrio entre los derechos individuales y los costes administrativos<sup>95</sup>. Igualmente, a veces se considera como la mejor solución desde la perspectiva de la razonabilidad de las decisiones judiciales<sup>96</sup>. Sunstein, por ejemplo, se refería, en relación con el caso sudafricano, a un modelo administrativo de protección de los derechos sociales, en el que los jueces pueden dictar directrices, pero donde las decisiones en materia de prioridades y de recursos las adoptan el legislador y el gobierno<sup>97</sup>. Un ejemplo de protección de los servicios públicos en sede administrativa puede encontrarse en el sistema español, donde la responsabilidad patrimonial de la Administración podría interpretarse como una garantía de los derechos sociales y del derecho a la salud. El enfoque, no obstante, no es el de la protección de los derechos sino, más bien, el de tutelar intereses individuales, en caso de incumplimiento de obligaciones por parte de la Administración.

## 5. CONCLUSIONES

La posibilidad de alegar vulneraciones en el derecho a la salud ante los tribunales se articula de diferentes formas en la actualidad. La protección que proviene de la interrelación del derecho a la salud con otros derechos de tipo civil y político está teniendo buenos resultados en algunos ámbitos, al mismo tiempo que se pone de manifiesto la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos. Por otra parte, otros sistemas apuestan por otorgar una justiciabilidad específica al derecho a la salud. Ello ha dado lugar a la identificación de algunos problemas, debido al elevado número de casos planteados, las desigualdades para acceder a los tribunales y la situación de escasez de recursos.

No obstante, frente a estos conflictos se han tratado algunas soluciones, como la posibilidad de facilitar la articulación de reclamaciones colectivas y

---

<sup>95</sup> C. FLOOD, A. GROSS, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", cit., p. 69.

<sup>96</sup> A. PILLAY, "Enforcing Social and Economic Constitutional Guarantees before the Courts: the South African and Indian Experiences", *African Yearbook of International Law*, vol. 15, núm. 1, 2008, p. 150.

<sup>97</sup> C. R. SUNSTEIN, "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, núm. 124, 2001, p. 13.

el fortalecimiento del derecho de acceso a la justicia. Asimismo, algunas respuestas pueden provenir de un modelo de revisión judicial de las decisiones legislativas de carácter más débil y al mismo tiempo dialógico, en que el legislador y la administración colaboren en la toma de decisiones difíciles con los jueces. Estos últimos, ahora bien, han de mantenerse alerta en su papel de asegurar, en cualquier caso, el respeto al contenido esencial de los derechos sin discriminación, y de orientar respecto a cuál pueda ser la opción más respetable para los derechos, cuando se hace necesario, por ejemplo, el establecimiento de prioridades.

MARÍA DALLI  
*Instituto Universitario de Derechos Humanos*  
*Edificio Institutos de Investigación*  
*Universitat de València*  
*C/ Serpis 29, 1ª Planta*  
*46022 Valencia*  
*e-mail: maria.a.dalli@uv.es*

## LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO\*

### THE CRISIS OF THE EUROPEAN CONSTITUTIONALISM

LEONARDO MELLACE

*Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro*

Fecha de recepción: 29-7-17

Fecha de aceptación: 24-10-17

**Resumen:** *La reciente crisis financiera que se ha inevitablemente colocado en el campo del derecho, obligó a los académicos a pensar en el concepto de constitucionalismo y en su posible conexión con la Unión Europea. El Viejo Continente adoptó una legislación de emergencia que va más allá de las normas de los Tratados, sobre todo en los últimos años, donde la presión antidemocrática y autoritaria parece haber dejado los "problemas" económicos y de mercado a unos pocos "decisors". El modelo constitucional emergente está gobernado por las elites de la tecnocracia europea, en lugar del pueblo. De acuerdo con el clásico concepto de constitucionalismo la Constitución necesitaría de dos pasos: deliberación y participación, ambos fundamentales para el respeto de los procesos democráticos, con el fin de asegurar la identificación de la comunidad con la Constitución. La Unión Europea no parece respetar estos requisitos básicos.*

**Abstract:** *The recent financial crisis, which has inevitably affected the field of law, forced scholars to think about the concept of constitutionalism and its possible connection with the European Union. The Old Continent adopted emergency legislation that goes beyond the dictates of the Treaties, especially in the last few years, where an antidemocratic rationality seems to have left the "issues" of money and market to a few technocratic "decisors". The emerging constitutional model is one that is ruled by the elites of the European technocracy, rather than by the people. According to the classical conception*

---

\* Esta es una versión revisada y ampliada de la presentación discutida en el XXVIII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), celebrado en Lisboa, Portugal, del 17 de julio al 21 de julio de 2017. Traducción del italiano por Nicole Adonopoulos.

*of constitutionalism, the constitution would need two steps: deliberation and participation, both fundamental to democratic processes and to ensuring the identification of the community with the constitution. The European Union does not seem to respect these basic requirements.*

**Palabras clave:** Constitución, constitucionalismo en la Unión Europea, democracia; legislación de emergencia

**Keywords:** Constitution, UE constitutionalism, democracy, emergency legislation

## 1. INTRODUCCIÓN

Antes de definir el concepto de constitucionalismo europeo, evaluar las teorías subyacentes<sup>1</sup> y presentar los problemas inherentes a una situación en continua evolución, parece oportuno, de manera preliminar, aclarar qué se entiende por “constitucionalismo”<sup>2</sup>. Para hacerlo de la forma más correcta, tendríamos que empezar desde los datos históricos. De hecho, es importante recordar que, aunque haya difusas expresiones de este concepto durante la Edad Media, o, incluso, en épocas anteriores, dicha noción pertenece a la Edad moderna<sup>3</sup>. “La svolta, nel senso di una maggiore complessità ed articolazione di tale diritto, si ha nel sec. XVIII, con la rivoluzione francese ed il venire a maturazione dell’ordinamento costituzionale in Inghilterra, quando le istituzioni parlamentari [...] si consolidarono”<sup>4</sup>. De hecho, durante esa época, se sintió la necesidad de circunscribir los poderes del *imperium* del

<sup>1</sup> En el siguiente trabajo serán presentadas, sin ninguna pretensión de ser exhaustivas, las teorías que el autor considera más cercanas al concepto de constitucionalismo europeo. Muchas serán deliberadamente descuidadas, no porque sean menos importantes, sino por exigencias de espacio.

<sup>2</sup> La literatura sobre este punto es muy abundante. Para tener una idea cuanto menos suficiente, véase G. ANCARANI, *Dal costituzionalismo alle Costituzioni. Fonti, Vita e pensiero*, Milano, 1994; C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo. Idee, istituzioni e trasformazioni dal Medioevo alle rivoluzioni del XVIII secolo*, Giappichelli, Torino, 2016; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009; E. DE MARCO, *Percorsi del “nuovo costituzionalismo”*, Giuffrè, Milano, 2008; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013; G. AZZARITI - S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

<sup>3</sup> C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, cit.; P. CARROZZA - A. DI GIOVINE - G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014; T. MARTINES, “Diritto costituzionale e costituzionalismo”, en *Costituzionalismo.it*, núm. 1/2006.

<sup>4</sup> T. MARTINES, “Diritto costituzionale e costituzionalismo”, cit., p. 1.

Estado, de ofrecer derechos y garantías a los ciudadanos, y de introducir la participación democrática popular<sup>5</sup>. El constitucionalismo asumió sus características esenciales: el límite del poder soberano, en defensa de los derechos de los miembros, y la garantía de la construcción de un poder basado en *el consenso y en la participación*<sup>6</sup>.

La crisis del Estado contemporáneo, por causas exógenas y endógenas, no parece haber rayado el papel de las Constituciones nacionales, todavía últimas garantes del *orden y de la seguridad*. Utilizando las palabras de Gambino, la Constitución continúa siendo, de hecho, “momento integrante della società e principio ordinatore dei poteri e delle istituzioni”<sup>7</sup>.

Sin embargo, parece apropiado señalar cómo han cambiado las cosas con respecto a la época en que nacieron las Constituciones, y cómo hoy la dimensión de referencia ya no es nacional sino supranacional. Por esta razón se tiene que hablar sobre la Constitución Europea, especialmente en respuesta a los problemas más inmediatos que han afectado a los estados contemporáneos: la globalización de los mercados y la gobernanza económica y financiera. ¿Pero, se puede hablar de una Constitución Europea?

Si quisiéramos analizar el presente con los instrumentos conceptuales y semánticos del pasado, como veremos a continuación, la existencia de una Constitución Europea sería difícil de justificar. La falta de un proceso constitutivo, entendido como el acto deliberativo de un pueblo soberano, y la falta de separación de poderes<sup>8</sup> parecen hacernos inclinarnos hacia la inexistencia

<sup>5</sup> Sobre el punto, véase M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit.

<sup>6</sup> Muy interesante es lo que escribe T. MARTINES, en “Perarsi della storia e tendenze attuali. Diritto costituzionale e costituzionalismo”, cit., p. 1. “[...] fissare i limiti al potere significa, essenzialmente, separare la sfera dell’autorità e della libertà, determinandone i confini; significa dividere il potere a seconda delle tre diverse funzioni fondamentali (legislativa, ejecutiva, jurisdizionale), in cui esso si manifesta, affidando la titolarità e l’esercizio di ciascuna di esse ad organi tra di loro distinti per le modalità di formazione e di legittimazione, per le atribuciones y per l’eficacia degli atti da essi posti in essere; significa sottoporre l’esercizio del potere al dominio ed alla supremacía de la ley, cosicché dal gobierno degli uomini si passi al gobierno delle leggi; significa, infine, riconoscere e garantizar nelle costituzioni alcuni diritti pubblici soggettivi ai cittadini nei confronti dello Stato, una loro sfera di libertad presidada y protegta da oportuni strumenti jurisdizionali, la cui aplicación è assegnata ad un corpo de magistrati independientes dal potere político. È questo il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato moderno o di diritto”.

<sup>7</sup> S. GAMBINO, “Multilevel Constitutionalism e diritti fondamentali”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 1144 y ss.

<sup>8</sup> G. MAJONE, “Integrazione europea, tecnocracia y deficit democrático”, in *AIR. Osservatorio sull’Analisi d’impatto della Regolazione*, setiembre 2010, p. 18: “In realtà, la UE non soffre soltanto di un deficit strutturale di democrazia; essa non soddisfa neppure il fonda-

de un derecho constitucional europeo. Pero, veremos cómo solo será posible hablar de la Constitución de la UE “[...] come acquisizione evolutiva, in bilico tra essere e divenire [...]. Un progetto, dunque, [...] che, se alla prova dei fatti si svela qualcosa di più di un diritto internazionale, è sicuramente ancora qualcosa di meno di un diritto costituzionale in senso proprio”<sup>9</sup>. Llegaremos a la conclusión de una crisis del constitucionalismo europeo que, como señala Gambino, nos lleva a un “*costituzionalismo dei governanti*”.

Si por un lado el constitucionalismo europeo desgasta los poderes y las competencias de los Estados nacionales, por el otro no repite los modelos desgastados a nivel supranacional, y traduce sus valores y sus principios. Europa tendrá que luchar contra su *déficit democrático*<sup>10</sup>, pero, quizás más,

---

mentale principio costituzionale della separazione dei poteri. Come è noto, non esiste, nell’Unione, una corrispondenza biunivoca tra funzione ed istituzione: il più importante organo legislativo, il Consiglio dei Ministri, ha anche importanti poteri in campo esecutivo, ed è composto da rappresentanti degli esecutivi nazionali; la Commissione, che aspira ad essere l’unico esecutivo europeo, ha un ruolo strategico (che intende assolutamente mantenere) nel processo legislativo per il suo esclusivo potere di iniziativa. L’Europa comunitaria rappresenta realmente un unicum tra i sistemi politici contemporanei”.

<sup>9</sup> S. GAMBINO, “Multilevel Constitutionalism e diritti fondamentali”, cit., pp. 1144 ss.

<sup>10</sup> G. MAJONE, “Integrazione europea, tecnocrazia e deficit democratico”, cit., pp. 5-6: “Oggi quasi tutti riconoscono che un serio deficit di democrazia esiste a livello europeo, ma nessuno sembra in grado di proporre soluzioni efficaci. Le istituzioni europee, alcuni leader politici più europeisti, e la maggior parte dei commentatori continuano a sostenere la necessità di delegare maggiori poteri al livello sopranazionale – soprattutto più poteri al parlamento di Strasburgo. [...] Il fatto è che le radici del deficit democratico affondano non in una mancanza di equilibrio tra le istituzioni europee, ma negli stessi metodi di integrazione seguiti per oltre mezzo secolo: nel cosiddetto metodo comunitario, che affida il monopolio dell’iniziativa legislativa ad un organo esecutivo, la Commissione, privo di legittimazione democratica; nella strategia di Monnet del fatto compiuto, che rende inutile discussione ed opposizione, e che ha prodotto, tra l’altro, un unicum nella storia delle democrazie moderne – un’unione monetaria senza unione politica; nella poca trasparenza dei processi decisionali, e nella mancanza di idonei meccanismi per valutare la responsabilità di diversi attori; infine, nello squilibrio sempre più pronunciato tra l’ampiezza dei compiti affidati alla UE e la limitatezza delle sue risorse normative. Nessuno di questi difetti strutturali può essere corretto aumentando i poteri del PE”. Cfr. R. CAVALLLO, “Il laboratorio europeo e le sfide del costituzionalismo globale”, *Giornale di storia costituzionale/Journal of Constitutional History*, 32/II 2016, p. 123: “Sembra quasi che a livello europeo l’idea di sovranità popolare sia ‘divenuta del tutto oscena, utilizzabile unicamente, *horresco referens*, dai populistici””; D. GRIMM, “The Democratic Costs of Constitutionalism: The European Case”, *European Law Journal*, vol. 21, n. 4/2015, p. 465: “It is generally accepted that the European Union suffers from a democratic deficit that affects its legitimacy”; E. BALIBAR, *Crisi e fine dell’Europa?*, Bollati Boringhieri, Torino, 2016, p. 53: “Questo *déficit democratico*, per ricorrere all’eufemismo corrente, si è manifestato in primo lu-

contra lo *constitucional*, devolviendo una legitimidad democrática a las decisiones políticas, ahora en manos de unos pocos *decisors*<sup>11</sup>.

## 2. ¿QUÉ TIPO DE ORDENAMIENTO?

Pensando en la Unión Europea hay muchas preguntas que pueden surgir con respecto a su *physis*<sup>12</sup>. “Un animale politico misterioso”<sup>13</sup> – se dice – de lo cual no es fácil entender si tiene o no una constitución y, en el caso de una respuesta afirmativa, se tendría que comprender cómo se haya establecido y legitimado<sup>14</sup>. “Sono questi i rebus che disorientano gli studiosi e gli osservatori dell’Unione”<sup>15</sup>. Parece ser “[...] una “comunità di diritto” che ha prodotto uno *ius commune europeaeum*, ma non ancora una comunità politica unita, che vuole realizzare un processo *politico* di unificazione. Ci sono di-

---

go in Grecia, nella fase del negoziato tra il governo Papandreu e le istituzioni a cui chiedeva aiuto. E si è manifestato di nuovo quando diversi governi europei, in particolare Francia, Spagna, Germania e Inghilterra, hanno deciso di attuare delle politiche di austerità finanziaria e sociale che chiaramente non avevano niente a che vedere con i programmi su cui erano stati eletti (in particolare riguardo alla lotta alla povertà e alla disoccupazione). Nessuno può negare che congiunture di crisi impreviste impongano dei cambiamenti di orientamento politico. Ma non si può parlare di democrazia quando si mette fuori causa il popolo, cioè i principali interessati, al momento di decidere l’ampiezza e gli obiettivi di questi cambiamenti”.

<sup>11</sup> M. LA TORRE, “Miseria del costituzionalismo global” en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XLVII, núm. 1, giugno 2017, p. 33.

<sup>12</sup> Véase, entre otros, G. DEMURO, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 37; U. EVERLING, “The European Union as a Federal Association of States and Citizens”, en A. VON BOGDANDY; J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Beck/Hart, 2009, pp. 701 y ss.; A. SOMEK, *Individualism. An essay on the Authority of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>13</sup> A.J. MENÉNDEZ – J.E. FOSSUM, *La peculiare costituzione dell’Unione Europea*, Firenze University Press, Firenze, 2012, p. 1.

<sup>14</sup> Parece apropiado recordar cómo, a partir de la sentencia Van Gend & Loos, el Tribunal de Justicia ha asimilado el Derecho comunitario primario (las normas contenidas en los Tratados constitutivos) a la Carta Constitucional de la Comunidad Europea. De hecho, afirmó que los Tratados habían establecido un “nuevo sistema jurídico”. En el amplio debate doctrinal cabe señalar: P. HÄBERLE, “Per una dottrina della Costituzione europea”, *Quaderni Costituzionali*, n. 1/1999; A. BARBERA, “Esiste una Costituzione europea?”, *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2000; S. CASSESE, “La Costituzione europea”, *Quaderni Costituzionali*, n. 3/1991; D. GRIMM, “Una Costituzione per l’Europa?”, en J. LUTHER; P.P. PORTINARO; G. ZAGREBELSKY (eds.) *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996; A.J. MENÉNDEZ – J.E. FOSSUM, *La peculiare costituzione dell’Unione Europea*, cit.

<sup>15</sup> A.J. MENÉNDEZ – J.E. FOSSUM, *La peculiare costituzione dell’Unione Europea*, cit.

ritti e valori comuni, resi cogenti dalla “costituzionalizzazione” della Carta di Nizza: ma chi sono i soggetti portatori di quei diritti e di quei valori, quelli che devono realizzarli in concreto? E come possono essere attuati in un contesto nel quale non è stato risolto [...] il problema della sovranità, della *Kompetenz-Kompetenz*?”<sup>16</sup>.

Para dar una respuesta exhaustiva a las preguntas anteriores es necesario proceder con orden y desenredar, una por una, todas las complicadas cuestiones teóricas subyacentes.

Si preguntáramos qué tipo de ordenamiento es la ONU, nadie tendría dudas al responder que es una organización internacional, así como que nadie dudaría de que España sea un estado. Las incertidumbres surgen si se hace la misma pregunta sobre la Unión Europea: ¿de qué ordenamiento hablamos?<sup>17</sup> Las discusiones en este sentido son muchas y tales que resulta difícil inclinarse hacia una respuesta cierta. Hay muchos elementos que la asimilan a una “Confederación de Estados”, muchos otros a un “Súper Estado Europeo” y otros a una “Federación”<sup>18</sup>.

Aunque la UE ha sido fundada por tratados internacionales, a diferencia de organizaciones como las Naciones Unidas, su legislación tiene un impacto diario en la vida de sus ciudadanos. Si esto parece excluir su asimilación a una organización internacional, ¿se puede decir lo mismo de

<sup>16</sup> A. MORRONE, “Editoriale, Una costituzione per l’Europa? Per uno Stato costituzionale europeo”, *federalismi.it*, núm. 23/2014, p. 2.

<sup>17</sup> Sin que se corra el riesgo de una confusión terminológica, véase G. AZZARITI; S. DELLAVALLE, *Crisi del Costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, cit., pp. 33 y ss. Cfr. A. LOLLO, “‘Un personaggio in cerca d’autore’. Il principio democratico nell’ordinamento eurounitario”, en A. MORELLI, *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Giuffrè, Milano 2015, p. 190. “[...] il sistema istituzionale dell’Unione continua a rievocare l’idea di una organizzazione sovranazionale che si fonda su trattati di diritto internazionale (essendo miseramente fallito, com’è noto, il progetto di Costituzione europea); l’Unione non è uno Stato nel senso costituzionale del termine, quale ente dotato del monopolio legale dell’uso della forza e titolare di una sovranità interna ed esterna, e, tuttavia, la possibilità di produrre diritto vincolante per gli Stati membri le conferisce un grado di autorità fino ad oggi riservato solo agli Stati nazionali”.

<sup>18</sup> Cfr. P. COSTANZO; L. MEZZETTI; A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 98 y ss; G. BRONZINI; G. ALLEGRI, *Sogno europeo o incubo? Come l’Europa potrà tornare a essere democratica, solidale e capace di difendersi dai mercati finanziari*, Fazi, Roma, 2014; U. MORELLI (ed.), *Altiero Spinelli: il pensiero e l’azione per la federazione europea*, Giuffrè, Milano, 2010; G. ZAGREBELSKY (ed.), *Il federalismo e la democrazia europea*, NIS, Roma, 1994, pp. 215 ss.

su asimilación a un Estado?<sup>19</sup> Respecto a este punto, la falta de símbolos y elementos, como un ejército europeo o un sistema impositivo común, parecería fracasar también en este último intento. Además, la reciente decisión del Tribunal de Justicia, en el asunto C-333/13 de noviembre de 2014, que prohíbe el “turismo social”, parece contradecir la idea de ciudadanía nacional, ya que se trata de una ciudadanía *derivada*, o, mejor, *secundaria*<sup>20</sup>. Esta situación parece hacer que las bases jurídicas europeas sean incompatibles con las de un Estado constitucional normal, especialmente con respecto a la libertad política y a las políticas sociales sobre la ciudadanía, características principales de cualquier estado por derecho, descuidadas a nivel supranacional<sup>21</sup>.

Sin embargo, el debate en la doctrina sobre la existencia de una Constitución europea parece ser acalorado y, al mismo tiempo, portador de dudas y contradicciones<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> L. SPADACINI; M. FRAU, *Governare l'Unione europea: dinamiche e prospettive istituzionali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, p. 78.

<sup>20</sup> Con respecto de la ciudadanía europea, es importante recordar que la misma se determina en relación con la ciudadanía nacional, ya que la Unión Europea no es un Estado, como lo son los Estados miembros. La indisolubilidad de este vínculo nos hubiera hecho hablar de *ciudadanía dual*: por otra parte, los Tratados, como el último de Lisboa, son claros en el hecho de que, bajo ninguna circunstancia, la ciudadanía europea debe considerarse como un sustituto de la ciudadanía nacional. Al definir los contornos precisos de la institución, el papel desempeñado por el Tribunal de justicia europeo fue decisivo, a través de las sentencias dictadas por él (se piense en los casos Chen, Kaur, Micheletti, Baumbast y García Avello).

<sup>21</sup> A. MORRONE, “Editoriale, Una costituzione per l'Europa?”, cit., p. 3.

<sup>22</sup> Cfr. S. CASSESE, “La Costituzione europea”, *Quaderni costituzionali*, núm. 3, 1991, pp. 487 ss. y Idem, “La Costituzione europea: elogio della precarietà”, *Quaderni costituzionali*, núm. 3, 2002, pp. 469 ss.; A. BARBERA, “Esiste una “Costituzione europea?””, cit. pp. 59 ss.; A. ANZON, “La Costituzione europea come problema”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, núm. 3-4, 2000, pp. 629 ss.; O. CHESSA, “La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra ‘diritto internazionale dei diritti umani’ e ‘integrazione costituzionale europea’”, en AA.VV., *I diritti costituzionali*, I, R. NANIA - P. RIDOLA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2001, pp. 106 ss.; S. PAJNO, *L'integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, cap. II; AA.VV., *Una Costituzione senza Stato*, G. BONACCHI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2001; L. TORCHIA, “Una Costituzione senza Stato”, *Dir. pubbl.*, núm. 2, 2001, pp. 405 ss.; E. SCODITTI, *La costituzione senza popolo. Unione Europea e Nazioni*, Dedalo, Bari, 2001; A. PIZZORUSSO, “El difícil camino de la Constitución europea”, en AA. VV., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor F. Rubio Llorente*, II, Madrid, 2002, pp. 1343 ss.; P. CRAIG, “Costituzioni, costituzionalismo e l'Unione europea”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp. 357 ss.; G. FERRARA, “Verso la Costituzione europea?”, *Dir. pubbl.*, núm. 1, 2002, pp. 161 ss.; S. DELLAVALLE, *Una Costituzione senza popolo?, La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituyente”*, Giuffrè, Milano, 2002.

### 3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO

Hay dos conceptos principales de constitución que la historia del derecho nos ha devuelto: lo *formal* y lo *material*<sup>23</sup>. Aclarar ambos conceptos nos ayudará a quitar gran parte de la confusión actual y a considerar la situación constitucional europea en una perspectiva correcta<sup>24</sup>.

Empezando por el primero de los dos conceptos reportados, parece oportuno recordar que es posible hablar de una constitución formal ante un documento llamado Constitución, o Ley Básica, escrito, único (para que no tengamos *una* Constitución sino *la* Constitución) y socialmente reconocido<sup>25</sup>.

Con respecto a la Unión Europea, se puede afirmar con certeza que no existe un texto, o conjunto de textos, escrito, único, y con una práctica social consolidada que llamamos constitución (aunque, muy recientemente, el Tratado de Lisboa, junto con la Carta de derechos fundamentales, parece haberle dado una formalidad que anteriormente faltaba).

La concepción material está vinculada a una práctica social que identifica la vigencia de una Constitución no en un documento escrito al que se haga referencia, sino a las normas vigentes que adquieren valor constitucional por su centralidad en el orden jurídico. En esta última visión hay una separación evidente entre el lado formal y el lado material del derecho, en el cual es posible reconocer, en varios documentos, normas con valor constitucional. Si se acepta esta reconstrucción, no se va a poder dudar de que los Tratados constitutivos formen parte de la Constitución material de la Unión Europea<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Para una discusión amplia sobre los dos conceptos diferentes de Constitución, lo formal y lo material, véase R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 156 y ss. Cfr. S. FABBRINI, "Oltre Lisbona: l'enigma costituzionale dell'integrazione europea", in *Rivista italiana di scienza politica*, núm. 3, 2009, pp. 364-365; C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

<sup>24</sup> Para más información sobre los diversos contenidos semánticos del término constitución, véase S. DELLAVALLE, *Una Costituzione senza popolo?*, cit.

<sup>25</sup> Para un análisis más detallado sobre el punto, véase A.J. MENÉNDEZ; J.E. FOSSUM, *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*, cit., p. 25.

<sup>26</sup> A.J. MENÉNDEZ; J.E. FOSSUM, *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*, cit.; P. REUTER, "Aspects de la Communauté économique européenne", in *RMC* 1958, p. 163; R. MONACO, "Caratteri istituzionali della Comunità economica europea", in *RDI* 1958, p. 11; G.G. STENDARDI, *I rapporti fra ordinamenti giuridici italiano e delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 26; W. HALLSTEIN, "The EEC Commission: A New Factor in International Life", in *ICLQ* 14, 1965, pp. 728 ss.

Si esta diferenciación nos ayuda por un lado a entender qué modelo está más cerca de la Unión Europea, es decir, el material<sup>27</sup>, por el otro no nos ayuda a deshacer otros nudos.

En la tradición constitucional democrática, el proceso más utilizado es el que vamos a definir como *constituyente*. Este proceso implica el respeto de dos momentos: el de la *deliberación* y el de la *decisión*. Una etapa preliminar, en la que se reclama la necesidad de crear una nueva constitución o modificar una ya existente, es seguida por la fase deliberativa, donde el pueblo decide si es bueno continuar en el proyecto de fundación o de reforma, o si es mejor abandonar la propuesta. Pero, antes de que se decida el proyecto final y que, en consecuencia, se ratifique su formulación final, es necesario que se forme un debate institucionalizado en el que las voluntades sobre los contenidos sustantivos sean claras. Por lo general, el debate se realiza a través de una asamblea constituyente, autorizada directamente por los ciudadanos para escribir o cambiar la constitución, que garantiza la legitimidad democrática de las normas establecidas.

Lo emprendido por la Unión Europea es un proceso diferente de constitucionalización, que no puede asimilarse al proceso constituyente típico de los Estados nacionales<sup>28</sup>. Como dicen Menéndez y Fossum: “[c]i sembra che buona parte della confusione nella letteratura costituzionale europea, deriva dalla sua incapacità di adattarsi ad uno qualsiasi dei modelli che fino ad oggi sono stati seguiti a livello nazionale per affermare una costituzione democratica”<sup>29</sup>.

#### 4. ¡REBOBINEMOS LA CINTA Y TOMEMOS UN RESPIRO!

Después de afirmar que la Unión Europea no siguió un proceso constituyente similar al de los Estados nacionales y estableció su naturaleza consti-

---

<sup>27</sup> Sobre este punto, véase D. SICLARI, “La legge sotto condizione sospensiva di efficacia nel costituzionalismo europeo multilivello”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 aprile 2013, p. 10. “[...] se infatti quest’ultima non è ancora dotata di una costituzione in senso formale, non appare dubbio che essa poggi attualmente su una costituzione in senso materiale, che si ricava dalle norme dei Trattati comunitari come risultanti dall’interpretazione degli organi comunitari”.

<sup>28</sup> D. GRIMM, “The Democratic Costs of Constitutionalism: The European Case”, cit., pp. 465 ss.

<sup>29</sup> A.J. MENÉNDEZ; J.E. FOSSUM, *La peculiare costituzione dell’Unione Europea*, cit., p. 47.

tucional, queda por aclarar cuál fue el procedimiento constitucional. Muchos teóricos del derecho han tratado de resolver esta pregunta de hace tiempo<sup>30</sup>.

La Unión Europea es una comunidad supranacional cuyos participantes son estados democráticos, cada uno con su propia Constitución establecida democráticamente. El derecho europeo, entendido como un conjunto de reglas contenidas en los Tratados y de principios formulados por el Tribunal de Justicia, también asume el estatus constitucional, pero, ¿cómo sucede esto?<sup>31</sup>

A esta pregunta responde el hecho de que los Estados miembros han llevado a cabo el proceso de integración europea fusionando sus derechos constitucionales. La Constitución europea es concebible exclusivamente como el conjunto de las tradiciones y principios constitucionales comunes a los Estados. El derecho constitucional europeo es, básicamente, un derecho constitucional común, *derivado* del constitucionalismo nacional, de modo que, si aceptamos esta reconstrucción teórica, el problema de la prevalencia de uno sobre el otro parecería completamente secundario.

Sin embargo, si bien la consolidación regulatoria aseguró la *uniformidad* y *homogeneidad*, creando un derecho *único* basado en tradiciones *comunes*, el pluralismo institucional no produjo el mismo efecto, sirviendo: “[...] da condotto attraverso cui la pluralità costituzionale degli Stati costituiti viene collegata alla struttura istituzionale sovranazionale”<sup>32</sup>.

Para rebobinar la cinta y tomar un poco de aliento, la teoría presentada nos permite resolver el problema sobre los *orígenes* del derecho constitucional europeo, explicándonos que el derecho constitucional europeo no es nada si no: “[...] ciò che hanno in comune le norme costituzionali nazionali”<sup>33</sup>. Aunque fuertemente cuestionada en el debate doctrinal, esta conclusión pa-

---

<sup>30</sup> Cfr. E. CASTORINA, *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Giappichelli, Torino, 2010; M. CARTABIA, “Riflessioni sulla Convenzione di Laeken: come se si trattasse di un processo costituente”, *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 439; R. MICCÙ, “L’omogeneità come principio “ordinatore” del processo costituzionale europeo”, *Diritto e cultura*, 2001, p. 29; P. BILANCIA; M. D’AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 176; R. BIN; P. CARETTI; G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell’Unione Europea. Processo costituente e governance economica*, Il Mulino, Bologna, 2015.

<sup>31</sup> Sobre la contribución que el Tribunal de Justicia Europeo ha dado al proceso constitucional europeo, véase A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>32</sup> A.J. MENÉNDEZ; J.E. FOSSUM, *La peculiare costituzione dell’Unione Europea*, cit., p. 56.

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 240.

rece tener una base sólida tanto por lo que respecta a su *legitimación* como por lo que respecta a su *legitimidad democrática*. En el primer punto, de hecho, la constitucionalización del derecho europeo se logró gracias a una autorización explícita de las Constituciones nacionales; en el segundo punto, merece la pena recordar que los documentos de la Constitución, una vez que se convirtieron en “constitución material” de la Unión, transfirieron incluso la legitimidad democrática a esta última<sup>34</sup>. Este último punto se comprende aún mejor si se reflexiona sobre el hecho de que los ciudadanos europeos, aunque no participaron y no compartieron un momento constitutivo común supranacional, participaron en un proceso constitutivo nacional. Por esta razón la legitimación del plan nacional se habría transferido al supranacional. En este último punto, sin embargo, cabe señalar que el proceso progresivo de emancipación del derecho constitucional europeo, especialmente en el último período con el surgimiento de normas de emergencia anti-crisis<sup>35</sup>, ha debilitado la legitimidad democrática de la Unión<sup>36</sup>. Esta notación no es en absoluto marginal porque parece que aquí es donde reside la crisis del constitucionalismo europeo, y de la política en general, que parece alimentar los *déficits* estructurales democráticos.

Una teoría particularmente valiosa sobre la existencia de una Constitución europea es la del *constitucionalismo multinivel*<sup>37</sup> de Mayer y Pernice<sup>38</sup>. Mientras Habermas y Grimm se preguntaban si la Unión necesi-

<sup>34</sup> Sobre este punto, véase F.W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 1999.

<sup>35</sup> L. MELLACE, “La crisi dell’integrazione europea tra vincoli finanziari e crisi dell’euro”, *federalismi.it*, núm. 24, 2016, p. 7.

<sup>36</sup> Cfr. L. MELLACE, “La crisi dell’integrazione europea tra vincoli finanziari e crisi dell’euro”, cit., p. 22. “Ciò che, tuttavia, sembrerebbe aver destato qualche preoccupazione è stata la esclusione del Parlamento europeo – unica istituzione eletta a suffragio universale diretto – da tutte le scelte di grande importanza. La gestione emergenziale della crisi come pure gli interventi di salvataggio non hanno previsto un sufficiente coinvolgimento del Parlamento europeo”; F. DONATI, “Crisi dell’euro, governance economica e democrazia nell’Unione europea”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, núm. 2/13, p. 360.

<sup>37</sup> Este término se utiliza “to describe this specific kind of constitutionalism, primarily with a view to developing a comprehensive perspective for the analysis of a process affecting national and European law simultaneously”. I. PERNICE, “The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, núm. 3/2009, p. 373.

<sup>38</sup> Sobre este punto, véase I. PERNICE, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?”, en *CMLR*, 1999; para más información sobre el punto, véase M. MORLOK, “Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Verfassungstheorie”, in *Düsseldorfer rechtswissenschaftliche Schriften*, I, Baden-Baden, 1999, pp.

taba de una Constitución<sup>39</sup>, Pernice y Mayer afirmaban su presencia. Ellos creían que la Constitución debería entenderse como el conjunto de las Constituciones nacionales individuales y del derecho constitucional común, es decir, los Tratados<sup>40</sup>. Sobre este punto, afirmaban que “[...] l’ordinamento dell’Unione preso in sé è un *ordinamento ontologicamente monco*, incompleto, che ha bisogno degli ordinamenti statali [...]”<sup>41</sup>. Pero, por igual, “[...] le costituzioni nazionali rinviano al diritto dell’Unione europea”<sup>42</sup>. A partir de esta finalización recíproca, Pernice y Mayer describen el derecho constitucional nacional y el derecho comunitario contenidos en los Tratados como pertenecientes a un “sistema costituzionale unico, composito o integrato di una federazione costituzionale”<sup>43</sup>. Los autores alemanes añaden que la constitución europea, como se ve, está en continua evolución y no puede encerrarse en un texto<sup>44</sup>. Su intención, por lo tanto, es mostrar cómo la integración europea determinó la transformación de la Unión, de organización internacional en un orden constitucional. Pernice afirma que el constitucionalismo multi-nivel da la posibilidad de asignar poderes públicos a todos los niveles (regionales, nacionales y supranacionales), pero considera que, para cada nivel, no es necesario que haya una red de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) basada en el modelo de los Estado de derecho, sino es suficiente una legitimación democrático-popular originaria.

---

113 ss.; P. HÄBERLE, “Colloquio sulla Costituzione europea”, en P. RIDOLA (ed.), *Diritto romano attuale*, 1999, p. 197.

<sup>39</sup> Para un análisis completo sobre el debate entre los dos académicos, Cfr. D. GRIMM, “Does Europe need a Constitution?”, y J. HABERMAS, “Remarks on Dieter Grimm’s “Does Europe need a Constitution?”, *European Law Journal*, 1995.

<sup>40</sup> Sobre este punto, véase D. SICLARI, “La legge sotto condizione sospensiva di efficacia nel costituzionalismo europeo multilivello”, cit., p. 11. “I due livelli di governo, nazionale e sovranazionale, sono intesi come complementari e componenti un’unica *constitutional unit* poiché si ritrovano posti al servizio, in definitiva, dei medesimi cittadini”.

<sup>41</sup> G. MARTINICO, “La complessità costituzionale dell’ordinamento europeo”, en A. RUGGERI, *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 1367.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> F. MAYER; I. PERNICE, “La Costituzione integrata dell’Europa”, en G. ZAGREBELSKY (ed.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 49.

<sup>44</sup> Véase lo reportado por G. MARTINICO, “La complessità costituzionale dell’ordinamento europeo”, cit., p. 1367. Según el autor, los teóricos alemanes piensan el proceso constitucional como “[...] un processo che vive di continue integrazioni, flessibile ed aperto, che non è manifestazione di un ordinamento statico, ma il risultato di un processo costituzionale, spettro dell’incessante dinamica integrativa”.

Críticos y detractores de esta teoría atacaron a los dos autores en varios temas. En primer lugar, sobre la posibilidad de pensar en una Constitución sin Estado<sup>45</sup>. Otra notación concernió el papel del Tribunal de Justicia en el proceso de constitucionalización del Derecho comunitario, que parece haber sido descuidado por los dos autores alemanes, al igual que el derecho internacional, es decir, todos los Convenios mencionados en los Tratados y en la jurisprudencia de Tribunal de Luxemburgo (entre otros, el CEDH). Pero las críticas al constitucionalismo multinivel no han terminado. Como afirma Martinico, “[...] la costruzione europea di cui scrivono Mayer e Pernice dovrebbe vivere di integrazioni: sarebbe, cioè, il frutto del tentativo di coordinamento fra i suoi diversi livelli, coordinamento che presenterebbe esito diverso a seconda dell’elemento del livello nazionale da coordinare con i Trattati [...]. I Trattati avrebbero l’esigenza di coordinarsi in maniera diversa con queste costituzioni a seconda del tipo di costituzione nazionale con cui si confrontano, facendo assumere così alla costituzione europea un aspetto di volta in volta differente”<sup>46</sup>. En el caso de que aceptemos la visión de Mayer y Pernice, deberíamos entonces aceptar una constitución de “geometría variable”, o sea una constitución que varía de acuerdo con la constitución nacional con la que se realiza la coordinación<sup>47</sup>.

## 5. NO UNA “CONSTITUCIÓN DE DERECHOS”, SINO UN ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO

El panorama de los enfoques teóricos no termina con Pernice y Mayer, de hecho, hubieron muchas otras teorías con respecto al constitucionalismo europeo. Un enfoque muy interesante es el de Poiares Maduro, que en el contexto del “pluralismo constitucional”<sup>48</sup>, elabora su teoría del *European*

<sup>45</sup> Sobre este punto, Cfr. L. TORCHIA, “Una Costituzione senza Stato”, *Diritto pubblico*, núm. 2, 2001, pp. 405 y ss.; F.W. SCHARPF, “Legitimacy in the Multi-level European Polity”, en P. DOBNER - M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010; T. MARTINES, *Diritto costituzionale e costituzionalismo*, cit., pp. 1 y ss.

<sup>46</sup> G. MARTINICO, “La complessità costituzionale dell’ordinamento europeo”, cit., p. 1369.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Para una amplia discusión sobre el pluralismo constitucional, véase, entre otros, N. WALKER, “Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union”, en BANKOWSKI; SCOTT (eds.), *The European Union and its Order: The Legal Theory of European Integration*, Blackwell, Oxford, 1999, pp. 32 y ss.; M.P. MADURO, “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in action”, en N. WALKER, *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, 2003; N. MACCORMICK, “Judicial Pluralism and the Risk of Constitutional con-

*constitutionalism*. El ex Abogado General critica *ab initio* a los detractores del constitucionalismo europeo, y cree que existe un constitucionalismo supranacional que debe mantenerse separado del constitucionalismo nacional. Ninguno de los dos representaría la esencia del constitucionalismo como tal, pero su interacción nos llevaría a “acercarnos” a los ideales del constitucionalismo<sup>49</sup>. El término *pluralismo constitucional*, por lo tanto, indica la interacción entre dos ordenamientos constitucionales diferentes y no presupone la desaparición del constitucionalismo estatal<sup>50</sup>.

En este contexto, tanto desde la teoría de Pernice y Mayer como desde la de Poiares Maduro, diferentes sobre todo respecto al papel de los conflictos constitucionales<sup>51</sup>, obtenemos la existencia de un momento constitucional europeo. Esto demostraría, si aceptamos incluso parcialmente las teorías mencionadas anteriormente, la posibilidad de extender también a la Unión las adquisiciones de Häberle y de otros teóricos del derecho, con respecto a la noción de estado constitucional. Habría dos enfoques diferentes, pero obviamente convergentes<sup>52</sup>.

Sin embargo, está claro que el proceso constitucional europeo, iniciando con la Declaración de Laeken en 2001, rechazado por el referéndum francés y holandés<sup>53</sup>, ha demostrado la voluntad, en primer lugar, de los

---

flict”, en N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, OUP, Oxford, pp. 97 y ss.

<sup>49</sup> M.P. MADURO, “Three Claims of Constitutional Pluralism”, en M. AVBELJ; J. KOMAREK (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2012.

<sup>50</sup> Ibidem. “In other words, constitutional pluralism would not identify European constitutionalism itself but the nature of its relationship with other constitutional orders (national, and, possibly, international)”.

<sup>51</sup> Sin entrar en demasiados detalles, debe señalarse que la diferencia entre el pluralismo constitucional y el constitucionalismo multinivel se radica en el diferente papel atribuido a la cuestión de los conflictos constitucionales, que asumen en la primera de las dos teorías citadas (pluralismo constitucional) un papel completamente central y positivo, considerado el motor de la integración, al contrario de la segunda (constitucionalismo multinivel), donde la cuestión de los conflictos no parece estar regulada con criterios precisos.

<sup>52</sup> C. PINELLI, “Multilevel Constitutionalism e principi fondativi degli ordinamenti sopranazionali”, en P. BILANCIA, *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell’arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Milano, Giuffrè, p. 14.

<sup>53</sup> Sobre este punto es interesante lo que dice A. MORRONE, “Editoriale, Una costituzione per l’Europa?”, cit., p. 8. “L’Europa prefigurata dalla Convenzione per la costituzione europea è fallita sostanzialmente perché postulava una “*Europa dei diritti ma senza sovrano*”, ossia un’Europa senza politica europea, senza istituzioni di governo dei

ejecutivos europeos, de superar un debate teórico sobre la existencia de la Constitución europea<sup>54</sup>. El Viejo Continente hoy parece descompuesto, dividido entre el populismo y la tecnocracia<sup>55</sup>, donde los lazos democrático-representativos parecen estar en crisis<sup>56</sup>. No parece arriesgado colocar la actual crisis económica en una más amplia, la del constitucionalismo y de la política. Incluso con todas las limitaciones debido a la vastedad de la literatura sobre el tema, con referencia al primero se tiene que agregar que, nacido para garantizar de manera convincente algunos valores y princi-

---

cittadini europei. Una moneta unica senza politica economica europea è un *monstrum* costituzionale. Una competizione fiscale tra Stati membri –in sé pure ammissibile (come dimostra l’esperienza federale statunitense)– che tollera alcuni “paradisi fiscali” nel cuore dell’Europa (come oggi il Lussemburgo), senza una politica fiscale comune, non impedisce solo la costruzione di una *polis*, ma viola un elementare principio di giustizia sociale. Un’Europa fondata su un’eterea “sovranità dei diritti” è un castello di carte che si regge sulla sabbia”.

<sup>54</sup> Para una discusión detallada sobre el proceso constitutivo de Laeken, cfr. M. CARTABIA, “Riflessioni sulla Convenzione di Laeken: come se si trattasse di un processo costituente”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 2002, pp. 439 e ss.; B. DE WITTE, “Il Processo semi-permanente di revisione dei Trattati”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 2002; B. DE GIOVANNI, “Perché Europa e perché costituzione”, *Democrazia e diritto*, núm. 2, 2003; A. PACE, “La Dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002.

<sup>55</sup> Sobre los conceptos de política y tecnocracia, véase P. COSTA, “Il ruolo del Presidente della Banca Centrale Europea”, *Costituzionalismo.it*, núm. 2, 2016, pp. 65-66. “La linea di demarcazione potrebbe apparire limpida, ma in realtà non lo è. Cercando di ridurre la questione a nozioni minime, [...] “politica” dovrebbe essere ciò che attiene alla dimensione ideale della *polis*; “tecnica” ciò che invece conosce (con maggiore o minore precisione) i processi causali (socio-economici) o di imputazione (giuridici). Le cose tuttavia si complicano quando, come nel momento attuale, cambia il paradigma attraverso cui si comprende la realtà politica. Oggi sembra che questa non sia più concepita come “ordine-gerarchia” bensì come “complessità-equilibrio”. Ciò riduce (almeno nell’immediata percezione politica) l’importanza di ordinamenti stabili e accresce l’importanza della capacità di decisione immediata in una situazione contingente caratterizzata da elevata complessità tecnica. Di qui il crescente ruolo della “tecnocrazia” [...]. Tutto questo è ancor più vero per un ordinamento quale quello europeo che si caratterizza per una dipendenza ancora forte della struttura politica da quella economica. Al livello europeo tecnica e politica si implicano in modo complesso. La mancanza di una sfera di legittimità assimilabile a quella degli Stati nazionali consegna alla prima un ruolo non meramente ancillare: essa piuttosto concorre a sostenere e a costruire la decisione politica, quasi con una funzione supplente rispetto alla tradizionale legittimità politica”.

<sup>56</sup> Véase C. DE FIORES, *L’Europa al bivio. Diritti e questione democratica nell’Unione al tempo della crisi*, Ediesse, Roma, 2012.

pios a nivel nacional, como la solidaridad, hoy parece impotente en el nivel supranacional<sup>57</sup>.

La Unión ha recurrido a una legislación de emergencia que va más allá de los dictados de los Tratados. El impulso antidemocrático y autoritario de este estado de excepción parece haber dejado las “preguntas” del dinero y el mercado a unos pocos *decisors* más que a los pueblos<sup>58</sup>. La política, entendida como comparación entre varias partes dentro de un único contenedor, parece una cosa muy antigua, reemplazada por técnicos, aislada de las masas y fuera de cualquier legitimidad pública y política.

Es sobre este punto que la discusión sobre el constitucionalismo europeo debe ser incardinada. Un modelo que es ciertamente diferente del nacional, en el cual lo que falta es un momento de discusión culminante en la formación de principios únicos y compartidos. Estamos frente a las reglas impuestas a los Estados bajo la presión o la tortura de la *Troika*, entonces sin ninguna posibilidad de que estos puedan rechazar el menú propuesto. Los gobiernos prefieren actuar en conformidad con los acuerdos hechos con otros ejecutivos y a la luz de las imposiciones financieras del *Fiscal Compact*. La validez de las acciones de un solo ejecutivo – podríamos afirmar – no estará dada por el respeto de los compromisos electorales sino por la supervisión de otros ejecutivos y organismos europeos.

La crisis del constitucionalismo europeo radica precisamente en la falta de participación democrática de los subordinados del poder, y que deberían poder definirse a sí mismos como *cittadini attivi*<sup>59</sup> en la dimensión constitucional. El resultado es haber dado vigor y argumentos a un discurso político que propone como solución el retorno a la plena soberanía nacional, rechazando así ese modelo de la *ever closer union*, que hoy parece ser un uniforme demasiado estrecho para los pueblos europeos, desanimados por los “costos” de un proyecto que tal vez haya olvidado el propósito intrínseco de cada comunidad política. Por lo tanto, Morrone tiene razón al afirmar que Europa necesita “[...] di un sistema politico unitario, incentrato su poteri di governo degli interessi di tutti i cittadini europei, senza che questo implichi regole

---

<sup>57</sup> Sobre este punto parece interesante la reconstrucción de G. AZZARITI en su libro *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere*, cit. El autor define de forma clara y puntual el papel de las Constituciones y su tarea principal, concluyendo que es la Constitución la que establece el poder.

<sup>58</sup> M. LA TORRE, “Miseria del costituzionalismo globale”, cit., p. 33.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

*e misure applicative uniformi*. In breve: non una mera “costituzione di diritti”, ma un autentico “stato costituzionale europeo”, con valori, istituzioni e politiche unitari”<sup>60</sup>.

Seguir diciendo que la Unión Europea ya tiene una Constitución parece ser una operación completamente desconectada de la realidad. Aunque teóricamente se puede explicar la existencia de una base constitucional del derecho común europeo, podríamos necesitar dar mayor efectividad y certidumbre a las normas que forman el sustrato normativo de nuestro Continente. Aunque los tiempos no parecen completamente maduros, probablemente sería necesario “[...] l’istituzione di un’Assemblea costituente europea, la quale comporterebbe il superamento della logica internazionalistica dei trattati e la sua sostituzione con una logica costituzionale. Solo un’Assemblea costituente rappresentativa di tutti gli europei varrebbe oggi ad assicurare una legittimazione democratica e costituzionale dell’Unione [...]”<sup>61</sup>.

LEONARDO MELLACE

*Università “Magna Graecia” di Catanzaro  
Campus Universitario Salvatore Venuta  
Viale Europa – Loc. Germaneto,  
88100 Catanzaro (CZ), Italia  
e-mail: lmellace@unicz.it*

---

<sup>60</sup> A. MORRONE, “Editoriale, Una costituzione per l’Europa?”, cit., p. 8.

<sup>61</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 173.



**NOVEDADES PROCEDIMENTALES DE LA PARTICIPACIÓN  
DE LA SOCIEDAD CIVIL EN NEGOCIACIONES DE PAZ.  
UNA PERSPECTIVA COMPARADA  
DE LAS CONVERSACIONES DE PAZ EN GUATEMALA Y COLOMBIA**

*PROCEDURAL NOVELTIES ON CIVIL SOCIETY'S PARTICIPATION  
AT PEACE NEGOTIATIONS.  
A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON PEACE DIALOGS  
BETWEEN GUATEMALA AND COLOMBIA*

NÉSTOR CALBET  
*Universidad de Deusto*

Fecha de recepción: 5-12-16  
Fecha de aceptación: 20-5-17

**Resumen:** *La participación de la sociedad civil en unas negociaciones de paz contribuye a democratizar, legitimar y sostener los acuerdos de paz. Los procesos de Guatemala y de Colombia nos ofrecen varias lecciones sobre la viabilidad y las limitaciones de una participación de carácter consultivo, en el que la ciudadanía realiza aportaciones, pero el poder decisorio lo mantienen las elites de las partes combatientes. En este trabajo se analizará los aspectos metodológicos innovadores de ambos procesos, en los que a pesar de la amplia implicación ciudadana se han perdido sendos plebiscitos sobre los Acuerdos de Paz. La participación en unas negociaciones de paz debe ser lo más amplia posible, buscando incluir especialmente a los principales opositores del proceso para garantizar una paz sostenible.*

**Abstract:** *The participation of civil society in peace negotiations contributes to democratize, legitimize and sustain the peace accords. The peace processes in Guatemala and Colombia offers us several lessons on the viability and limitations of the advisory participation, in which the civil society make contributions, but the decision-making is maintained by the elites of the combatant parties. This work focuses on the innovative methodological aspects of both processes, in which, despite the wide participation, they lost plebiscites about the peace accords. The participation in peace negotiations should be*

*as broad as possible, including the main opposition in the process to ensure sustainable peace.*

**Palabras clave:** negociaciones de paz, acuerdos de paz, participación, sociedad civil  
**Keywords:** peace negotiations, peace accords, participation, civil society

## 1. INTRODUCCIÓN

Un proceso de paz supone una transformación a largo plazo y por medios pacíficos de un conflicto armado. En un proceso de paz se identifican tres fases principales: la fase de las prenegociaciones, en la que las partes exploran la posibilidad de iniciar unas conversaciones de paz, la definición de una agenda para el diálogo y unas reglas de procedimiento; la fase de negociaciones de paz, en la que las partes se sientan a dialogar con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre las condiciones para la construcción de la paz; y la fase posbélica o posacuerdos, que supone la implementación de las medidas acordadas en las negociaciones, y en donde se procede a la consolidación de la paz. Estas fases se desarrollan según los retos que plantea cada conflicto y los objetivos perseguidos en cada proceso.

Las negociaciones de paz son determinantes en un proceso de paz puesto que establecen cómo se desarrollarán los escenarios posbélicos. Su objetivo principal es la finalización de la lucha armada y, desde una perspectiva ideal, debería orientarse en discutir y acordar las condiciones que permitan transformar el conflicto de tal forma que permita la consolidación de una paz justa y duradera, y que asiente las condiciones para abordar los conflictos futuros de forma política, evitando así la reanudación de la violencia. De ese modo, las negociaciones sirven para asentar las bases del proceso de reconciliación, la reinserción de los combatientes en la vida civil, y una transformación multidimensional del país que establezca una paz sostenible y duradera.

Existe actualmente un amplio debate sobre la conveniencia o no de la participación ciudadana en las negociaciones de paz, así como las mejores fórmulas para ello. En este artículo haremos aportaciones a este debate, mostrando cómo la participación no solo es beneficiosa para las negociaciones de paz, sino que se hace absolutamente necesaria para asegurar la implementación de los acuerdos. También argumentaremos que, siendo una condición necesaria, la participación ciudadana no es suficiente para asegurar el éxito del proceso.

Un proceso de paz es de enorme relevancia para el futuro del país, por lo que, como veremos a lo largo del artículo, se hace imprescindible contar con la implicación ciudadana, no solo en las fases de implementación de los acuerdos de paz, sino desde el propio desarrollo de las conversaciones. Sin embargo, a pesar de los beneficios que comporta, son pocos los procesos de paz que hayan contado con una participación significativa de la sociedad civil en la fase de negociaciones.

Existe cierto consenso en la relevancia de la participación ciudadana en los procesos de paz, si bien se ha focalizado en gran medida a las fases pos-acuerdos, es decir, en las cuestiones que se refieren a la implementación de unos acuerdos de paz, la reconciliación y la rehabilitación posbélica<sup>1</sup>. La participación ciudadana es percibida como positiva en el desarrollo de los procesos de paz, pero existen múltiples discrepancias acerca de incluir, y de qué forma, a la sociedad civil en la fase de negociaciones.

En América Latina han sido escasos los procesos de paz que han contado con una participación significativa de la sociedad civil en las negociaciones, siendo Guatemala una excepción y un modelo de referencia para la inclusión de la sociedad civil en las negociaciones<sup>2</sup>. Aunque finalmente no fue un proceso de éxito en cuanto a la implementación de los acuerdos, evidenciando que la participación en sí no supone el éxito del proceso de paz, y que es necesario considerar el tipo y alcance de esta participación. Por su parte, en Colombia está en marcha un proceso de paz que cuenta con la participación ciudadana como uno de los pilares en las negociaciones, para lo cual se han habilitado diversos mecanismos de participación y fórmulas para la recepción de propuestas para la paz, a través de los cuales se quiere dar respuesta a la enorme heterogeneidad del país y al efecto desigual que ha tenido el conflicto en territorios y comunidades. Sin embargo, a pesar de la enorme participación ciudadana durante el proceso de negociaciones de paz, en el plebiscito del 2 de octubre de 2016 que debería refrendar los acuerdos se im-

---

<sup>1</sup> J.A. BEJARANO, "Ensanchando el centro: El papel de la sociedad civil en el proceso de paz." en A. MONSALVE; E. DOMÍNGUEZ (eds.), *Colombia: Democracia y paz*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1999.; W. ORTIZ JIMÉNEZ, "Sobre la paz y los diálogos. consideraciones sobre el papel de la sociedad civil", *Opinión Jurídica*, núm. 5 vol. 10, 2006, pp. 51-62. También lo reflejan así los informes de las Naciones Unidas, desde la Agenda de la Haya para la Paz de 1999, la Cumbre Mundial de 2005, y los planes estratégicos de la United Nations Peacebuilding Support Office.

<sup>2</sup> E. MANUEL (ed.), *Las prácticas de la resolución de conflictos en América Latina*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

puso el No por un estrecho margen. Analizaremos el porqué de este resultado, viéndolo como una consecuencia del propio proceso, y como una ventana de oportunidad para la paz en Colombia.

El objeto de este artículo es realizar un estudio comparativo entre los procesos de Guatemala y Colombia por mantener muchos puntos en común, tanto de aciertos como de errores, en torno a la participación en las negociaciones de paz. Ambos procesos han contado con innovadoras iniciativas de participación ciudadana. Sin embargo, en ambos se han perdido sendas consultas ciudadanas sobre los acuerdos de paz. Analizaremos los beneficios y los retos que comporta la participación ciudadana en unas negociaciones de paz, los mecanismos más apropiados para una participación amplia que contribuya a una ciudadanía implicada con la construcción de la paz, así como los límites de esta participación.

## 2. EL DEBATE SOBRE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN NEGOCIACIONES DE PAZ

La discusión sobre la participación ciudadana en unas negociaciones de paz gira en torno a tres cuestiones clave. Primero, la prioridad de la adopción de un acuerdo de paz que establezca las bases para la construcción de una paz justa. Segundo, la relevancia de llevar a cabo un proceso de diálogo participativo que favorezca la apropiación del proceso de paz, lo que facilita el sostenimiento de los acuerdos. Y por último, que el proceso cuente con las máximas garantías de cumplimiento de los compromisos adquiridos asegurando su durabilidad. Para el cumplimiento de estas tres condiciones resulta fundamental la participación ciudadana en el proceso de negociaciones, la cual velará por el interés común de la paz, dotará de legitimidad a los acuerdos, y fortalecerá el proceso. Para que la paz sea sostenible tiene que ser participativa e inclusiva.

La argumentación en favor de un modelo elitista, es decir, que las partes negociantes sean exclusivamente los combatientes sin tener en cuenta necesariamente a la ciudadanía en los diálogos, defiende que los actores armados, al ser quienes mantienen intereses en el conflicto armado, deberán acordar los términos de la paz y percibir los beneficios de finalizar la guerra. Esta argumentación, si bien comprensible puesto que implica el compromiso de las partes combatientes con la paz, mantiene ciertas limitaciones de fondo, pues no responde a las necesidades estratégicas de la paz más allá de la finalización de la violencia armada. Por el contrario, la participación ciu-

dadana en unas negociaciones de paz no supone una imposición a las partes combatientes, sino añadir otras visiones para la construcción de la paz, que pretenden conseguir el beneficio más amplio posible de la paz. De ese modo la paz no solo sería la búsqueda del beneficio de los actores armados, sino una paz desde el punto de vista comunitario inclusivo. Se suelen plantear las negociaciones a partir del principio de que todas las partes ganan algo (*win-win*)<sup>3</sup>. Justamente por ello debería contarse con la inclusión ciudadana, pues no solo deben obtener beneficios de la paz las partes combatientes negociantes, sino también que el resultado beneficie a la población en general. Su inclusión en las negociaciones supone poner el foco de atención de la paz también en la ciudadanía, no solo en los combatientes.

El hecho de aumentar el número de actores en una mesa de negociaciones, comporta un aumento de la complejidad en el desarrollo de las discusiones y la adopción de consensos, así como la posibilidad de incorporación de condiciones para la paz que no interesen a las partes combatientes. Estas cuestiones podrían hacer peligrar los acuerdos de paz e incluso el posacuerdo<sup>4</sup>. Ante estos retos se plantea una distinción en cuanto al alcance o tipo de participación ciudadana, mostrando los modelos consultivos como alternativa a la inclusión como tercera parte negociante en una mesa de conversaciones<sup>5</sup>. De ese modo se abriría el proceso a la participación ampliando las concepciones de la paz a las agendas ciudadanas, se aumentaría el apoyo a los acuerdos y se fortalecería el proceso<sup>6</sup>. Sin embargo, un modelo consultivo deja en última instancia en manos de los combatientes la inclusión o no de los insumos ciudadanos, al no mantener, la sociedad civil, ningún carácter vinculante en la elaboración de los acuerdos.

En unas negociaciones de paz se abordan cuestiones que suponen el rediseño del país, las partes enfrentadas se autodefinen como las legítimas re-

---

<sup>3</sup> V. FISAS, *¡Alto el fuego!: Manual de procesos de paz*, Icaria, Barcelona, 2010.; H. MIALL, O. RAMSBOTHAM, & T. WOODHOUSE, *Contemporary conflict resolution: The prevention, management and transformation of deadly conflicts*, Cambridge Polity, Cambridge, 2006.

<sup>4</sup> P. HARRIS; B. REILLY; D. ZOVATTO, (eds.), *Democracy and deep-rooted conflict: Options for negotiators*, International IDEA, Stockholm., 1998.

<sup>5</sup> K. HERBOLZHEIMER, "Conflictos prolongados: Similitudes y retos" en P. CAMILO; K. HERBOLZHEIMER; T. MONTAÑA (eds.), *La vía ciudadana para construir la paz. ¿Cómo terminar la guerra? más allá de la derrota o la negociación*, Indepaz, Bogotá, 2010, pp.143-173; T. PAFFENHOLZ, "Civil society and peace negotiations: Beyond the inclusion-exclusion dichotomy", *Negotiation Journal*, núm. 30 vol. 1, 2014, pp. 69-91.

<sup>6</sup> A. WAINS-ST. JOHN; D. KEW, "Civil society and peace negotiations: Confronting exclusion", *International Negotiation*, núm.13, 2008, pp.11-36.

presentantes de la población. El balance de la legitimidad representativa supone una de las principales génesis que conlleva a la discusión política hacia unas negociaciones de paz como las de Colombia o Guatemala. Pero limitar el debate a las partes enfrentadas podría implicar una simplificación de la realidad plural del país, existiendo en la población dinámicas propias, discursos, intereses, y proyectos de futuro más allá de los actores armados. De ese modo, la participación ciudadana como actor de carácter propio en unas negociaciones de paz aumentaría la tasa democrática y el grado legitimador de los eventuales acuerdos, no solamente apoyándolos en su implementación, sino haciéndose partícipes de ellos al contribuir en su deliberación y elaboración. Al contar con la ciudadanía en la etapa de configuración del proceso posbélico se aumenta la pluralidad y la representatividad; a mayor pluralidad, mayor legitimidad del proceso, y una mayor representatividad supondría la sostenibilidad de los acuerdos en la población; todo eso repercute en última instancia en una mayor durabilidad de los acuerdos y a una paz más sostenible<sup>7</sup>.

Por el contrario, el hecho de excluir a la sociedad civil significa dejarla sin voz en un momento clave del rediseño del país<sup>8</sup>, y la falta de compromiso de una amplia mayoría social supone grandes riesgos para el proceso de paz. Igualmente, unas negociaciones elitistas excluyentes suponen que pocas personas, en ocasiones con cuestionable representatividad, deciden cuestiones fundamentales que afectan a todo el país. Esto supondría una enorme falta de legitimidad de los acuerdos, y el riesgo que se configure una paz “a medida” a partir de los intereses de las partes combatientes, pues los altos rangos, que son quienes conforman las delegaciones de las partes combatientes, no aspiran a perder en las negociaciones de paz los privilegios que han adquirido con la guerra, del mismo modo que no buscan ahondar en las propias responsabilidades de los crímenes cometidos durante el conflicto<sup>9</sup>. En ese sentido la exclusión supone alejar a la ciudadanía de los espacios de diálogo

---

<sup>7</sup> D. NILSSON, “Anchoring the peace: Civil society actors in peace accords and durable peace”, *International Interactions*, núm. 38, 2012, pp. 243-266.

<sup>8</sup> J.A. BEJARANO, “Ensanchando el centro: El papel de la sociedad civil en el proceso de paz.” en A. MONSALVE; E. DOMÍNGUEZ (eds.), *Colombia: Democracia y paz*, cit.; W. ORTIZ JIMÉNEZ, “Sobre la paz y los diálogos. consideraciones sobre el papel de la sociedad civil”, *Opinión Jurídica*, cit.

<sup>9</sup> M. GARCÍA-DURÁN, *Participación de la sociedad civil en los procesos de paz: Comparación entre Filipinas y Colombia*. Conciliation Resources, Bogotá, 2010. C.A. LOZANO GUILLÉN, (ed.) *La paz sí es posible*, Ediciones izquierda viva, Bogotá, 2012.

por lo que se percibe el proceso como algo ajeno, lo que limitará la vital implicación ciudadana en la fase posbélica de implementación de los acuerdos y construcción de paz. En ciertos casos, la ciudadanía puede movilizarse en contra al sentirse excluida o no ver reflejados sus intereses en la paz acordada, tal como pasó tanto en Guatemala como en Colombia.

La inclusión de la sociedad civil en las negociaciones facilita el desarrollo de diversas funciones que ayudan a sustentar y reforzar el proceso de paz, como la supervisión del proceso desde las fases de diseño, o la realización de aportaciones que permiten incorporar al diálogo aspectos transversales y relevantes para la ciudadanía que frecuentemente quedan excluidos, cuestiones como violaciones de derechos humanos, mantener un enfoque territorial y de intereses locales, o incluir una perspectiva de género. Ante los que defienden que compartir el espacio negociador con aquellos civiles que han sufrido directamente las consecuencias de la guerra, podría romper el clima de confianza necesario para el desarrollo de las conversaciones, la experiencia ha mostrado justamente lo contrario, la participación ciudadana ha sido útil en varias ocasiones justamente para facilitar el diálogo, sirviendo de nexo entre las partes combatientes, y fomentando la confianza entre ellas, especialmente en las primeras etapas del proceso<sup>10</sup>.

En la misma línea, la participación ciudadana en los diálogos de paz implica una apropiación del proceso de paz por parte de la ciudadanía al sentirse integrada en él, y en consecuencia, la sociedad civil ejerce presión sobre las partes combatientes en defensa del proceso. De ese modo, cuanto mayor es la participación ciudadana mayor es la apropiación del proceso por parte de la sociedad, lo que garantiza mejores condiciones para su implementación<sup>11</sup>. La inclusión supone la socialización de las negociaciones, favoreciendo la transparencia y haciendo partícipes de la construcción de la paz a toda la ciudadanía.

En definitiva, la participación ciudadana en las negociaciones de paz, ya sea de forma consultiva, o sobre todo inclusiva, facilita el establecimiento de un proceso de paz fortalecido y la búsqueda de una paz justa y de interés común; fortalece el proceso al sostenerse en una amplia base ciudadana; e

---

<sup>10</sup> V. FISAS, *Anuario de procesos de paz 2016*, Escola Cultura de Pau, Barcelona, 2016.; C. NASI, "El rol de la sociedad civil en el inicio de las negociaciones de paz" en P. CAMILO, K. HERBOLZHEIMER & T. MONTAÑA (eds.), *La vía ciudadana para construir la paz ¿Cómo terminar la guerra? más allá de la derrota o la negociación*, Indepaz, Bogotá, 2010, pp.115-133.

<sup>11</sup> M. GARCÍA-DURÁN, *Participación de la sociedad civil en los procesos de paz: Comparación entre filipinas y colombia*, cit.

incrementa en última instancia la durabilidad de la paz. Además, la participación ciudadana en ningún caso ha supuesto una desestabilidad en los procesos de paz<sup>12</sup>.

### 3. EL MARCO DE LAS NEGOCIACIONES DE PAZ

Unas negociaciones de paz se desarrollan según marcos procedimentales pactados por las partes en la fase de prenegociaciones. Se determinan unas reglas de funcionamiento para los diálogos. En cuanto a sus aspectos metodológicos más relevantes, se definen los roles de quienes acompañarán y darán garantías al proceso, los tiempos de diálogos, el lugar en que se desarrollaran, el modo de negociación y el contexto en el que se llevarán a cabo las conversaciones<sup>13</sup>. Todas ellas condicionan en mayor o menor medida el acceso ciudadano a las conversaciones de paz.

En un proceso de paz para poner fin un conflicto armado se distingue dos tipos de agendas en función del alcance de los objetivos<sup>14</sup>. Las agendas “minimalistas” están enfocadas a una finalización de la lucha armada a partir de medidas para un proceso de desarme, desmovilización y reintegración de excombatientes (DDR), mecanismos para la participación política de los grupos armados, y modelos de justicia transicional de corte limitada o amnistías generales. Se trata de un proceso restringido en tanto que el objetivo último es la finalización de la violencia armada, pero no atiende a la reconciliación, reparaciones, ni en la consolidación de una paz positiva. Por el contrario, las agendas “maximalistas” incluyen en las discusiones reformas estructurales de país además de cuestiones clave del conflicto originario, y procesos de rehabilitación posbélica, reparación, reconciliación social, y sistemas amplios de justicia transicional.

Se puede vincular el tipo de agenda con la apertura del proceso a la participación ciudadana, pues la agenda, además de contener puntos operativos

<sup>12</sup> D. NILSSON, “Anchoring the peace: Civil society actors in peace accords and durable peace”, *International Interactions*, cit.; A. WAINSTON, & D. KEW, “Civil society and peace negotiations: Confronting exclusion”, *International Negotiation*, cit.

<sup>13</sup> V. FISAS, *¡Alto el fuego!: Manual de procesos de paz*, cit.; P. HARRIS; B. REILLY; D. ZOVATTO, (eds.), *Democracy and deep-rooted conflict: Options for negotiators*, cit.

<sup>14</sup> Sobre agendas en procesos de paz ver los trabajos de: G.D. VALENCIA; A. GUTIÉRREZ; S. JIHANSSON, “Negociar la paz: Una síntesis de los estudios sobre la resolución negociada de conflictos armados internos”, *Estudios Políticos*, núm 40, 2012, pp. 149-174; y B. HAMBER *Transformar las sociedad después de la violencia política. Verdad, reconciliación y salud mental*, ICIP, Barcelona, 2011.

y procedimentales, comprende los puntos sustantivos, es decir, las reformas que deberán articularse, así como las cuestiones de fondo del conflicto a los que la ciudadanía tiene mucho que aportar como principal damnificada y como protagonista de la construcción de la paz. A priori los actores gubernamentales preferirían una agenda minimalista, mientras que los actores rebeldes preferirían una agenda maximalista en cuanto a reformas estructurales y abordar las incompatibilidades originarias, pero minimalista en cuanto a justicia. En unas negociaciones sin participación ciudadana se fijarían las condiciones para la finalización de la violencia, del proceso de DDR, y el alcance de la justicia transicional; y dependiendo de la correlación de fuerzas entre las partes combatientes se añadirían en mayor o menor medida cuestiones de reformas estructurales y participación política<sup>15</sup>.

En cada una de las etapas de un proceso de paz, la sociedad civil puede mantener unas funciones específicas. En las prenegociaciones puede servir como agente facilitador para los primeros contactos entre las partes combatientes y para la creación de confianza, y, paralelamente, presionar para incluir ciertos temas en la agenda de negociaciones. Durante las negociaciones formales ejerce de supervisión de las negociaciones, a la vez que realiza aportaciones que incluyan los intereses de la ciudadanía. Ello favorece la apropiación, apoyo e implicación al proceso por parte de la ciudadanía. La participación implica la legitimación de los diálogos, de los acuerdos alcanzados, y del propio proceso de paz. Por último, en la etapa posbélica, puede realizar la función de supervisión y apoyo de la implementación de los acuerdos, así como de defensa de los acuerdos y del proceso de paz, exigiendo el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes.

Es importante destacar que el hecho de incluir a la ciudadanía en la fase de negociaciones de paz supone implicarla en el propio proceso deliberativo y en su caso decisorio. Esto es relevante tanto para la incidencia en los acuerdos como para la apropiación de los mismos. Aquí recae la gran diferencia entre la inclusión participativa en el proceso, y la participación puntual sobre unos eventuales acuerdos de paz, lo que supone una participación no deliberativa, simplemente para opinar sobre una obra ya finalizada en cuya elaboración no se ha participado. Esta cuestión se abordará con más profundidad más adelante.

---

<sup>15</sup> H. MIALL; O. RAMSBOTHAM; T. WOODHOUSE, *Contemporary conflict resolution: The prevention, management and transformation of deadly conflicts*, cit.

#### 4. CARACTERÍSTICAS PROCEDIMENTALES DE LAS NEGOCIACIONES DE PAZ DE GUATEMALA Y COLOMBIA

Aunque los orígenes y la evolución de los conflictos de Guatemala y de Colombia no son compartidos, sí existen similitudes en cuanto al tipo de conflicto que comporta unas dinámicas confluyentes. En ambos casos se trata de conflictos armados en el que los actores armados ilegales, las guerrillas, tienen una base ideológica marxista. Su lucha tiene origen en el intento de cambiar las relaciones de poder para que la población pueda acceder a la esfera política copada por una minoría, así como en el propósito de abordar cambios estructurales frente a las desigualdades socioeconómicas, especialmente en la tenencia de la tierra. La evolución del conflicto en Colombia ha motivado la aparición de nuevos actores, como el paramilitarismo, junto con formas de lucha especialmente perjudiciales para la población civil, y nuevas dinámicas dentro de la lógica del propio conflicto<sup>16</sup> que no se experimentó en Guatemala. Eso ha provocado un aumento de la complejidad del conflicto que supone enormes retos para la construcción de la paz. Asimismo, es remarcable el hecho de que, aunque el actual proceso de paz en Colombia se desarrolla exclusivamente con las FARC-EP, todavía sigue activo el ELN, una guerrilla con menor capacidad militar pero no menos relevante para la paz, y las llamadas *bacrim*, evolución del paramilitarismo posterior al proceso de desarme de los grupos paramilitares a mediados de la década del 2000.

El proceso de conversaciones de paz en Guatemala entre el gobierno y la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) se formalizó en 1991 con la firma del Acuerdo de México, que determinó el esquema y las reglas para el desarrollo de las conversaciones, estableciéndose una agenda con once puntos. La evolución de las negociaciones fue lenta y costosa, hasta que en 1994 se dio el último impulso con la firma del “Acuerdo marco para la reanudación del proceso de negociación entre el Gobierno y la URNG” del mes de enero y el “Acuerdo de calendario de las negociaciones para una paz firme y duradera en Guatemala” de marzo, lo que propició que se llegara a un Acuerdo final de paz en diciembre de 1996.

En el proceso de paz en Colombia la fase exploratoria se desarrolló con total secretismo y al más alto nivel entre 2011 y 2012, concluyendo con la adopción del “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la cons-

---

<sup>16</sup> G. SÁNCHEZ (coord.), *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*, Centro Nacional de Memoria Histórica, Bogotá, 2013.

trucción de una paz estable y duradera” del 26 de agosto de 2012, donde quedaron fijadas las normas de procedimiento y la agenda para el desarrollo de las conversaciones. El Acuerdo final de Paz fue finalmente firmado el 24 de noviembre de 2016.

#### **4.1. Metodología de los procesos**

Las configuraciones procedimentales que contemplan la metodología del proceso y la agenda a desarrollar son pactadas por las partes en la fase exploratoria, y quedan detalladas en los acuerdos para el inicio de un proceso de paz, también llamados acuerdos procedimentales. A nivel metodológico nos centraremos en el análisis de los procesos de negociación desde los aspectos de temporalidad, lugar, modo de diálogo, contexto en que se desarrolla.

Las configuraciones metodológicas en Guatemala y Colombia fueron establecidas a partir de los retos que suponía cada uno de los procesos de paz, teniendo en cuenta los contextos y particularidades de los conflictos y de los actores. De ese modo, si bien algunas condiciones con las que se llevan a cabo los diálogos son objeto de debate, como los niveles de confidencialidad o el alto el fuego bilateral, éstas son cuestiones flexibles, y por sí solas no condicionan el éxito o fracaso de las conversaciones, aunque sí que pueden suponer un impulso positivo para su desarrollo en función del contexto y el momento de cada proceso; facilitando además la apertura de espacios participativos.

##### *4.1.a) La duración del proceso*

En los acuerdos de Guatemala de 1994 se estableció una calendarización para tratar los temas de la agenda del Acuerdo de México que quedaban pendientes de discutir. Se propuso dialogar con celeridad, destinando un mes para cada uno de los puntos, pero con cierta flexibilidad para garantizar unas negociaciones apropiadas para cada tema.

En el proceso colombiano se estableció que las conversaciones se estructuraran por ciclos, cada uno con una duración prevista de once días, que podían extenderse o abreviarse a solicitud de cualquiera de las delegaciones. Esta es la única referencia temporal en el acuerdo procedimental colombiano, pues no se estableció ninguna calendarización para tratar cada uno de los puntos de la agenda.

El establecimiento de plazos para los acuerdos en Guatemala se planteó cuando ya se llevaban varios años en el proceso de negociación, como medida para reimpulsar un proceso que estaba en cierto modo atascado. Y aunque finalmente no se cumplieron los tiempos previstos, sirvió como marco de referencia para alcanzar un acuerdo final. En Colombia, no se estableció inicialmente una calendarización para los diálogos, pero en septiembre de 2015, debido a las presiones de sectores del país especialmente críticos con el proceso de paz, se adquirió el compromiso de las partes de alcanzar un acuerdo de paz definitivo para marzo de 2016, plazo que no se cumplió, pero que motivó una aceleración del proceso. Con todo, los diálogos de paz en otros conflictos armados que han logrado finalizar con un acuerdo de paz, solo en escasas ocasiones han durado menos de 4 años<sup>17</sup>. Así, más que correr el riesgo de precipitarse para alcanzar un acuerdo lo antes posible, existiendo la posibilidad de no cuidar suficiente el contenido de los acuerdos, lo más conveniente para un proceso de paz es mantener un ritmo constante de diálogos con resultados concretos cada cierto tiempo. Asimismo, es de destacar que las negociaciones en La Habana son las que han mantenido un mayor ritmo en cuanto a frecuencia de las rondas de conversaciones<sup>18</sup>. En todo caso, las reclamaciones para una conclusión temprana de las negociación de paz adquiere mayor sentido en los procesos en los que se negocia sin un alto el fuego, pues la población sigue sufriendo de primera mano las consecuencias de la violencia, percibiendo la firma de un acuerdo de paz como el momento de finalización de las acciones bélicas.

#### 4.1.b) Lugar de las negociaciones

En Guatemala las negociaciones de paz tuvieron lugar en el propio país, mientras que en el proceso colombiano se prefirió llevar a cabo los diálogos en Cuba, para de este modo, disminuir la presión en las delegaciones de ambas partes, y proceder en un clima de tranquilidad y de trabajo con las mínimas injerencias. Estas decisiones pueden conllevar la percepción de proximidad al proceso o de un alejamiento, no sólo en cuanto a accesibilidad física sino también en el imaginario colectivo. Por ello, en caso de acceder a negociaciones en un tercer país, es conveniente compensar esta percepción

---

<sup>17</sup> V. FISAS, *Diseño y arquitectura de procesos de paz: Lecciones aprendidas tras las crisis*, NOREF, Oslo, 2015, y J.E. UGARRÍZA; A. CORTINA; N. SEQUERA, "¿Qué se negocia en los procesos de paz? Agendas y factores de éxito 1989-2012", *Análisis Político*, 2013, num 77, pp. 153-173.

<sup>18</sup> V. FISAS, *Anuario de procesos de paz 2016*, cit.

con medidas de interacción con la sociedad civil en el propio país, que permita un flujo de información continua, y su participación con impacto en las propias negociaciones<sup>19</sup>.

Para garantizar la participación en el proceso colombiano se llevaron a cabo jornadas sobre el proceso de paz y foros ciudadanos en territorio colombiano a iniciativa de las delegaciones en La Habana. También en diversas ocasiones se abrió la Mesa de conversaciones a la asistencia de expertos y a la participación ciudadana, facilitando las gestiones requeridas para facilitar su presencia.

#### *4.1.c) La forma de los diálogos*

La forma de los diálogos de paz de Guatemala, o forma de proceder, se estableció a partir de una Mesa bilateral con moderación de las Naciones Unidas y observadores internacionales y nacionales; el desarrollo de las conversaciones se realizaría con confidencialidad, haciendo públicos únicamente los documentos conjuntos y acuerdos parciales que se firmaran. En Colombia se procedió igualmente a unos diálogos bilaterales, acordando proceder con confidencialidad, y haciendo público solo los acuerdos parciales e informaciones relevantes a través de comunicados conjuntos.

La cuestión de proceder con confidencialidad causa controversia, pues si bien evita intrusiones y lecturas interesadas del transcurso de los diálogos, provoca igualmente especulación sobre los términos en que se negocia, y limita el debate ciudadano en caso de exceso de secretismo. En el caso colombiano, las especulaciones interesadas en crear confusión y distorsionar los diálogos forzaron a la Mesa a publicar los borradores de los tres primeros acuerdos parciales en septiembre de 2014. En Guatemala, aun procediendo con confidencialidad, se permitía la asistencia del presidente de la Asamblea de la Sociedad Civil, lo que daba acceso al seguimiento de los diálogos.

#### *4.1.d) El contexto de negociación*

Tanto en Guatemala como en Colombia las negociaciones se desarrollaron sin un alto el fuego bilateral. Esta decisión la tomaron los gobiernos con la intención de seguir enfrentando militarmente a la guerrilla, y así evi-

---

<sup>19</sup> P. HARRIS; B. REILLY; D. ZOVATTO (eds.), *Democracy and deep-rooted conflict: Options for negotiators*, cit.

tar que estas aprovecharan el proceso de paz para reforzarse. Aunque no se contara con un alto el fuego bilateral a lo largo del proceso colombiano, las FARC-EP declararon varios alto el fuego unilaterales temporales, y dos indefinidos, mientras que el gobierno suspendió en dos ocasiones los bombardeos a los campamentos guerrilleros como medidas para desescalar el conflicto.

Es preferible desarrollar los diálogos sobre la base de un alto el fuego bilateral para evitar causar víctimas hasta la firma de un acuerdo de paz, y al mismo tiempo eludir presiones excesivas para llegar a un acuerdo con celeridad. En el caso colombiano, destaca la disminución de la intensidad del conflicto armado a medida que avanzaban las negociaciones<sup>20</sup>. Empero, en el caso de acordar un alto el fuego bilateral, este debe ser respetado por ambas partes, puesto que en caso de romperse podría desencadenar una crisis en el proceso de paz, como ya sucedió en abril de 2015 sin que ni siquiera se hubiera acordado un alto el fuego<sup>21</sup>.

#### 4.2. La Agenda de discusión

Las Agendas de discusión marcan el carácter que tomará el proceso de paz, puesto que establece el marco y los límites que se abordarán para la finalización del conflicto armado. Una agenda de carácter amplio tendrá un mayor impacto en la transformación del país al abordar cuestiones de fondo del conflicto; mientras que una agenda minimalista se centra especialmente en cuestiones de carácter operativo, limitando las discusiones de fondo.

De la agenda surgida del acuerdo de México de 1991 que contenía once puntos que serían debatidos en las negociaciones de Guatemala, destacan la democratización y las garantías de derechos humanos, la identidad y derechos de los pueblos indígenas, y los aspectos socioeconómicos. En Colombia el Acuerdo General establecía una agenda de diálogo con seis puntos, tres de ellos sustantivos: reforma agraria, participación política, y de drogas ilícitas; y otro específico sobre víctimas. Estos cuatro puntos planteaban las bases para la transformación del conflicto. Finalmente había un punto operativo

<sup>20</sup> “Hace 51 años no se presentaba una reducción tan grande del conflicto armado: CERAC” *El Espectador*, 20 enero 2016.

<sup>21</sup> En abril de 2015 las FARC-EP rompieron su tregua unilateral que mantenían desde diciembre de 2014, la crisis que desencadenó finalmente fue superada con la ayuda de los países garantes del proceso.

para la finalización de la actividad armada, y un sexto punto procedimental para la implementación del acuerdo de paz.

En el caso guatemalteco se identifica una agenda maximalista, en tanto que trata cuestiones de fondo del conflicto, con ocho puntos sustantivos que atañen directamente a reformas de las estructuras estatales, siendo concebido como un proceso transformador. Este esquema pretendía conducir un proceso para llevar a cabo reformas en ámbitos socioeconómicos y políticos, a partir de una transición hacia un sistema democrático efectivo, incluyendo desde el cese el fuego y la transformación en partido político de la URNG, hasta reformas constitucionales, garantías de los derechos humanos, derechos de los indígenas, y justicia transicional. Aunque se incluyeron amnistías, se estableció una comisión de la verdad con un mandato bastante limitado, pero que finalmente desarrolló un ingente trabajo para el esclarecimiento de la verdad<sup>22</sup>.

En Colombia se estableció desde un principio la voluntad de llevar a cabo un proceso de paz con el objetivo último de la finalización del conflicto y el bienestar social, sin cambios de fondo en cuanto al sistema estatal, si bien repararon en la conveniencia de abordar aspectos de fondo del conflicto para ponerle fin<sup>23</sup>. De ese modo, la agenda incluyó dos puntos referentes al origen del conflicto: la reforma agraria y la participación política; y un punto, el de drogas ilícitas que, siendo consecuencia de la evolución del propio conflicto, se ha convertido en una actividad criminal crucial para el sustento económico de la guerrilla que trasciende a nivel social e internacional<sup>24</sup>. Por ello la agenda colombiana se puede categorizar de mixta, en tanto que abarca cuestiones fundamentales para la transformación del conflicto armado, como son las causas de origen, sin que ello suponga una transformación de fondo del modelo de Estado, al no abordarse ningún cambio estructural de peso como una reforma constitucional.

---

<sup>22</sup> Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala, memoria del silencio*, UNOPS, Guatemala, 1999.; P.B. HAYNER, *Verdades silenciadas*, IICIP, Barcelona, 2014.

<sup>23</sup> F. GÓMEZ, & L. ZAMBRANO, *Participation of civil society in the colombian peace process*, NOREF, Oslo, 2013.

<sup>24</sup> E. PIZARRO, & V.M. MONCAYO, *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*, Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, Bogotá, 2015.; G. SÁNCHEZ (coord.) *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*, cit.

## 5. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS NEGOCIACIONES DE PAZ DE GUATEMALA Y COLOMBIA

### 5.1. El caso de Guatemala: una participación consultiva limitada

Desde los inicios del proceso de paz de Guatemala, la sociedad civil tuvo un rol facilitador para el diálogo entre la guerrilla y el gobierno. En el año 1990, durante la fase exploratoria, se inició un proceso consultivo con varios encuentros en los que la URNG se reunió con empresarios, partidos políticos, grupos religiosos, y sectores sociales para valorar los parámetros y enfoques de unas conversaciones formales con el gobierno guatemalteco.

Esta apuesta por contar con la sociedad civil para el proceso de paz continuó en la fase de diálogos formales. Así, el Acuerdo marco de enero de 1994 para la reanudación de las negociaciones reconoce la relevancia de la participación ciudadana en las fases previas a las negociaciones formales, y aboga por que mantenga un papel activo también en las conversaciones formales; para ello, las partes negociantes acuerdan promover “sin perjuicio de otros mecanismos y foros temporales o permanentes, encaminados a favorecer la reconciliación nacional [...] la creación de una Asamblea, abierta a la participación de todos los sectores no gubernamentales de la sociedad guatemalteca”, que sería conocida como la Asamblea de la Sociedad Civil.

De ese modo se creó una herramienta para satisfacer, al menos parcialmente, la constante demanda de la sociedad civil para que se le diera la oportunidad de participar directamente en las conversaciones de paz<sup>25</sup>. Funcionó como foro de debate social de los distintos puntos de la Agenda, con el propósito de formular posiciones de consenso, y transmitir sus recomendaciones y propuestas a las partes en la Mesa de diálogos. El presidente mantenía la facultad de avalar los acuerdos de la negociación bilateral en la Mesa en nombre de la sociedad civil. La Asamblea se erigió pues como el principal nexo oficial entre la población civil y la Mesa de conversaciones.

Si bien se otorgó a la Asamblea un papel limitado y subordinado al calendario de los diálogos, dejando en manos del gobierno y la guerrilla todo el peso de las negociaciones, lo cierto es que muchas de sus propuestas, hasta dos tercios del total, fueron finalmente consideradas en los acuer-

---

<sup>25</sup> Asamblea de la Sociedad Civil *Asamblea de la sociedad civil: Propuestas para la paz*, FLACSO Guatemala, 1995.

dos<sup>26</sup>. Así, la Asamblea aportó al proceso de paz un modelo de participación de la sociedad civil innovador, y aunque sin cumplir plenamente las expectativas de participación vinculante, fue en su momento uno de los procesos con más posibilidades de incidencia en unas negociaciones de paz por parte de la ciudadanía.

A pesar de contar con un proceso de diálogo inclusivo con la sociedad civil en las conversaciones de paz, la implementación de los acuerdos fue mínima y llena de obstáculos. Los acuerdos adolecieron de falta de concreción en las medidas para su desarrollo e implementación, si bien los principales motivos de que no se llegasen a desarrollar programas específicos para la implementación de los acuerdos provinieron de causas principalmente de carácter político y social. Por una parte, los gobiernos posteriores a 1996 fueron estructurados por partidos conservadores que desarrollaron políticas neoliberales y de limitación de la esfera estatal –necesaria para el despliegue de las medidas contenidas en los acuerdos de paz–, que ya de por sí era débil y con altos índices de corrupción, con lo que las causas de fondo que desencadenaron el conflicto armado –desigualdad, racismo institucional, cierre de espacios a la oposición política–, continuaron después de la firma de los acuerdos de paz<sup>27</sup>.

Al mismo tiempo, la sociedad civil vio cómo sus integrantes se desvinculaban gradualmente de las iniciativas colectivas de paz, y se empezaban a preocupar casi exclusivamente por cuestiones locales y sectoriales. Esto ocasionó una pérdida de poder, de presión, y de apoyo a la implementación de los acuerdos, que, sumado a interpretaciones interesadas por parte de los gobiernos que desvirtuaban algunos de los puntos acordados, desembocaron en que ganara el ‘No’ en una consulta popular en 1999 sobre temas fundamentales de los acuerdos, relacionados con derechos sociales, el control y las funciones de las fuerzas armadas, y reformas de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial<sup>28</sup>. El referendo preguntaba sobre las reformas constitucionales que se requerían para la implementación de varios aspectos de los acuerdos de paz, y en él venció el No con un 55% de los votos, aunque con una abstención que llegó al 81%. La no refrendación de estas iniciativas su-

---

<sup>26</sup> P.B. HAYNER, *Verdades silenciadas*, cit.

<sup>27</sup> C. TAMUP, A. MARTÍNEZ, G. URRUTIA & M. BERRAONDO, *Guatemala: 10 años de la firma de los acuerdos de paz*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

<sup>28</sup> V. FISAS, *¡Alto el fuego!: Manual de procesos de paz*, cit.; E. MANUEL (ed.), *Las prácticas de la resolución de conflictos en América Latina*, cit.; C. TAMUP; A. MARTÍNEZ; G. URRUTIA; M. BERRAONDO, *Guatemala: 10 años de la firma de los acuerdos de paz*, cit.

puso que varias de las medidas claves para la construcción de la paz no fueran finalmente aplicadas, rebajando en gran parte las potencialidades transformadoras de los acuerdos<sup>29</sup>.

La comunidad internacional por su parte enfocó la construcción de la paz en Guatemala desde una fundamentación liberal, priorizando las medidas de prevención de la violencia política, formalizar una democracia representativa, e inclusión a una economía de mercado internacional, dejando en un segundo plano las medidas de transformación socioeconómica de las comunidades, y las garantías de los derechos indígenas<sup>30</sup>.

En definitiva, el proceso de paz de Guatemala fue exitoso en la desmovilización y desarme de la URNG y su conversión a partido político, terminando con la violencia política que había marcado los años anteriores. Pero por otro lado, la falta de voluntad política de los gobiernos posteriores a los acuerdos, así como la victoria del no en la refrendación de ciertos aspectos de los acuerdos, supuso que no se produjeran transformaciones estructurales, y actualmente todavía se mantienen en gran parte el racismo institucional, las mismas relaciones de poder, y el control de la tierra y del capital económico y político a las de los años del conflicto armado, pero con un aumento de los índices de violencia y homicidios<sup>31</sup>.

## 5.2. El caso de Colombia: la apertura de espacios participativos

En el proceso colombiano, el Acuerdo General para la terminación del conflicto establece los mecanismos habilitados para la participación ciudadana en la Mesa de conversaciones. Esta participación se previó a partir de tres mecanismos que serían concretados a lo largo de las conversaciones: i) la *recepción de propuestas* sobre los puntos de la agenda por parte de ciudadanos y organizaciones; ii) *consultas a expertos* sobre los temas de la Agenda; y iii) *espacios de participación* sobre los puntos de la Agenda y la construcción de la paz. A partir de estos mecanismos previstos, se fueron desarrollando y materializando las vías de participación a medida que avanzaba el proceso de diálogo. Todas las propuestas recibidas en La Habana fueron conocidas por

<sup>29</sup> R. UPRIMNY, "La refrendación o ratificación democrática de la paz: dilemas y posibilidades". en A. VARGAS (ed.) *Diálogos desde La Habana. Miradas múltiples desde la Universidad*, Universidad Nacional, Bogotá, 2014.

<sup>30</sup> M. BARRETO HENRIQUES, *Experiencias internacionales de Paz. Lecciones aprendidas para Colombia*. Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2016.

<sup>31</sup> *Ídem*.

ambas delegaciones, y las más relevantes eran llevadas a las discusiones de la Mesa.

Una de las primeras medidas que se estableció para la participación ciudadana fue el envío de propuestas por medios físicos y electrónicos, habilitándose una página web especialmente para ello, a través de la cual se recibieron más de diez mil propuestas<sup>32</sup>.

También se organizaron foros ciudadanos para debatir entorno a los distintos puntos de la Agenda. Se organizaron foros nacionales sobre el tema agrario, participación política, el problema de las drogas ilícitas, y sobre el fin del conflicto; y tres foros regionales más uno nacional sobre el tema de las víctimas. En total hubo una participación de más de 7.500 personas, de las que el 40% eran mujeres. Los foros supusieron una herramienta que facilitaba espacios de debate ciudadano, funcionando a la vez como altavoz de las comunidades más directamente afectadas por la violencia. Los encargados de organizarlos a petición de la Mesa fueron la Oficina de las Naciones Unidas en Colombia, y la Universidad Nacional, quienes a la finalización de los foros redactaban la sistematización de las propuestas para ser entregadas a la Mesa de conversaciones.

Desde la Mesa también se solicitó la asistencia de expertos y personas vinculadas a los temas de la Agenda, cuestión que aportó visiones más amplias y especializadas para dar respuesta a las coyunturas complejas que iban surgiendo, y para conocer experiencias de otros procesos de paz que pudieran servir de ejemplos de buenas y malas prácticas.

Para una mayor efectividad de la Mesa, así como para agilizar y facilitar las discusiones, se crearon varias subcomisiones que trabajaban de forma paralela a la Mesa. Se creó una subcomisión técnica para tratar el tercer punto de la Agenda sobre cese al fuego; una subcomisión técnica de género para garantizar esta perspectiva en los acuerdos; y una Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, con el fin de contribuir a la comprensión de la complejidad del conflicto armado colombiano.

Una de las novedades procedimentales que ha tomado mayor relevancia por su innovación y su significación, ha sido la asistencia a la Mesa de cinco delegaciones de víctimas del conflicto armado, compuestas de 12 personas cada una, con el objetivo que fueran representativas de la pluralidad de las víctimas del conflicto armado, y con el propósito de presentar propuestas y

---

<sup>32</sup> [www.mesadeconversaciones.com.co](http://www.mesadeconversaciones.com.co)

expectativas para la construcción de la paz y la satisfacción de los derechos de las víctimas<sup>33</sup>.

En las conversaciones en La Habana, aun siguiendo un modelo consultivo en cuanto a negociaciones de paz, hubo una destacada innovación en cuanto a los mecanismos para la participación que supone además un importante precedente para otros procesos de paz. Las fórmulas para la participación no implicaron la incorporación de la sociedad civil en las conversaciones de paz como tercera parte negociante, pero sí significaron el establecimiento de un proceso inclusivo y plural. Los mecanismos habilitados motivaron una considerable implicación ciudadana de forma transversal y de gran cantidad de sectores sociales, enriqueciendo el debate sobre la construcción de la paz y los derechos de las víctimas, aportando visiones territoriales y un enfoque diferencial<sup>34</sup>. A tenor de los mecanismos oficiales, las organizaciones en el país también se organizaron por su cuenta para acordar puntos en común y propuestas mínimas para llevar a la Mesa, y de esa forma realizar aportaciones de mayor trascendencia y con mayor fortaleza para ser atendidas.

Finalmente, en agosto de 2016 se firmó el Acuerdo de Paz entre el gobierno y las FARC-EP, y fue sometido a plebiscito en octubre del mismo año a modo de refrendación popular. Al respecto hubo durante las negociaciones un debate muy intenso sobre la fórmula de refrendación de los acuerdos. Todas las partes, y así se recogía en el Acuerdo General en su punto 6, entendían que un eventual Acuerdo de Paz debía ser refrendado por la ciudadanía, para que de ese modo adquiriera una legitimidad que funcionara a modo de seguridad para su implementación, pero la fórmula en que debía realizarse esta refrendación no estuvo clara hasta el último momento. Existían varias propuestas sobre la mesa, desde una Asamblea Constituyente que defendían las FARC-EP, hasta una consulta popular que fue la apuesta personal del presidente Juan Manuel Santos. Para ello se promulgaron las leyes estatutarias 1745 de 2014, y la 1757 de 2015, que regulaban los referendums constitucionales, así como las normas de participación democrática,

---

<sup>33</sup> En total fueron 60 víctimas de todos los grupos armados, incluso del ELN y del paramilitarismo, y de todo tipo de hechos victimizantes. La elección de las víctimas conllevó fuertes debates en el país, pues 60 víctimas debían ser representativas de un universo de víctimas de más de ocho millones –según los datos de la Unidad de Víctimas-. Finalmente la elección de las víctimas se efectuó conjuntamente a petición de la Mesa de conversaciones por la Universidad Nacional, Naciones Unidas en Colombia y la Conferencia Episcopal.

<sup>34</sup> Crisis Group *En la cuerda floja: La fase final de las conversaciones de paz en Colombia*, Bogotá, núm. 32, 2015.

ambas declaradas exequibles por las sentencias C-784/2014 y C-150/2015 de la Corte Constitucional<sup>35</sup>. Finalmente la fórmula escogida para la refrendación fue el plebiscito puesto que sus características facilitaban su celebración para refrendar los acuerdos de paz, tal y como se estableció en la Sentencia C-379 de 2016 de la Corte Constitucional.

### 5.2.a) El plebiscito por la Paz

Debido a que el Acuerdo entre gobierno y FARC contiene iniciativas de carácter sensible, y que requieren la promulgación de leyes y decretos para ser implementados, se veía necesario proceder a refrendar los acuerdos para dotarlos de mayor solidez y legitimidad. La refrendación se planteó como un “paso jurídico indispensable” para la implementación de los Acuerdos<sup>36</sup>. Según la sentencia C-379 de la Corte Constitucional los efectos de la aprobación del plebiscito permitían conferir legitimidad al acuerdo, conferirle estabilidad al ser mandato obligatorio para el presidente, y ofrecer garantías de cumplimiento de lo pactado a las partes.

En septiembre de 2015, se radicó un proyecto de ley estatutaria “por medio de la cual se regula el plebiscito por la paz”. En julio de 2016 la Corte Constitucional en la sentencia C-379 declaró la exequibilidad del proyecto de ley, y se dio el aval para que la refrendación fuera a partir de un plebiscito<sup>37</sup>, clarificando que los resultados tendrían efectos vinculantes para el gobierno, pero no para las otras ramas del poder público. Finalmente, a partir de la ley estatutaria 1806 de agosto de 2016, se da el aval al procedimiento de plebiscito, y el 30 de agosto de 2016 el presidente expide el decreto 1391 para la convocatoria del mismo para el 2 de octubre de 2016.

Así, un mes después de la firma de los acuerdos en La Habana se celebró el plebiscito. En él, el “No” ganó con el 50,02% de los votos. El resultado fue una sorpresa para la gran mayoría de la población así como para la comunidad internacional. Ello motivó una reflexión profunda sobre las causas de esta oposición a lo firmado, y sobre los pasos a seguir para salvar un acuerdo que se había elaborado a lo largo de cuatro años de diálogos. Es de destacar tam-

---

<sup>35</sup> F. BARBOSA, *¿Justicia transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia*. Ediciones B. Colombia, Bogotá, 2017.

<sup>36</sup> R. UPRIMNY, *La refrendación o ratificación democrática de la paz: dilemas y posibilidades*, cit.

<sup>37</sup> En la propia sentencia se enumeraban las diferencias entre plebiscito, referéndum y consulta popular, y la argumentación para que se procediera en forma de plebiscito.

bién la enorme abstención que llegó al 62% en una votación clave para el futuro del país. Esto contribuyó al desánimo general al ver la búsqueda de la paz como algo no especialmente relevante para la mayor parte de la población.

### 5.2.b) *La victoria del No y sus consecuencias inmediatas*

Un análisis detallado del plebiscito muestra como el “Sí” ganó en los territorios más afectados directamente por la guerra, mientras que el “No” se impuso en las zonas donde el Centro Democrático, contrario al proceso de paz, ganó las elecciones de 2014.

En las elecciones presidenciales de 2014, cuando el proceso de paz ya llevaba dos años en marcha, el candidato del Centro Democrático Oscar Iván Zuluaga ganó en primera vuelta, y solo en la segunda vuelta Juan Manuel Santos ganó con un 50,94% frente al 45% de Zuluaga. Este fue un hecho muy significativo que no se tuvo en cuenta en la evolución del proceso ni en la formulación del plebiscito. Con la experiencia de lo sucedido en Guatemala, en Colombia se corrió un alto riesgo al subestimar a esta oposición y no hacer esfuerzos reales para incluir en las negociaciones de paz al mayor partido opositor del gobierno, que hizo campaña por el No.

Ante esta tesitura, hay que hacerse dos preguntas clave para la evolución del proceso, por un lado, ¿cómo es posible que un acuerdo de paz en el que han participado tantas personas y víctimas del conflicto, sea rechazado por una mayoría de votantes? Y por el otro, ¿qué consecuencias tiene este No a los acuerdos para el proceso de paz?

La respuesta a la primera la hemos apuntado ya, por un lado se subestimó la capacidad de movilización del principal partido de la oposición, lo que dio a una relajación por parte de la campaña en favor de los acuerdos que dio por ganado el plebiscito antes de realizarlo, con la dificultad añadida de intentar explicar el significado de un texto de 297 páginas en poco más de un mes. Esta pedagogía no se realizó durante el proceso de negociaciones, cuando se tendría que haber explicado qué suponía lo acordado, y los beneficios que implicaba los acuerdos.

Sobre la segunda cuestión, el proceso de paz se encuentra en una fase muy delicada en la que la finalización de la violencia sigue siendo la prioridad de todas las partes, pero las distintas concepciones del proceso posbélico pueden llevar a un colapso del proceso. El hecho de que el Sí y el No quedaran tan ajustados deja un país dividido, pero la situación habría sido igual-

mente complicada en caso de que se hubieran refrendado los acuerdos por un estrecho margen, ya que las dificultades para su implementación habrían sido enormes, y también se hubiera tenido que renegociar el acuerdo con los críticos con el proceso de paz.

### 5.2.c) *La renegociación*

La consecuencia inmediata fue la necesidad imperiosa de renegociar unos acuerdos que habían sido producto del trabajo de cuatro años, con la participación de muchos sectores sociales, y que contaban con el apoyo de la comunidad internacional. La tarea se presentó delicada, pero era importante poder sumar a los opositores del proceso al apoyo de los acuerdos, que los pudieran aceptar también como positivos e incluso como propios, al lado de los que votaron por el Sí, y evidentemente del gobierno y de las FARC-EP, para de esa forma asegurar su implementación en el futuro.

Ante esta situación, después del plebiscito se procedió a una renegociación de los Acuerdos. De ese modo, el No en el plebiscito pudo ser una oportunidad para fortalecer los acuerdos y el proceso de paz. Que los contrarios a los acuerdos de paz se sumaran al apoyo del proceso era una cuestión fundamental para que la responsabilidad de seguir adelante con lo acordado fuera compartida por todas las partes.

La renegociación se presentó como una cuestión fundamental y delicada, en la que se debería haber sido una oportunidad para terminar de asentar el proceso con el apoyo de la mayoría de la población y las fuerzas políticas. Siendo así era prioritario cumplir tres condiciones: Primero, que la renegociación mantuviera el espíritu de lo acordado. El acuerdo solo admitía cambios puntuales, no cambios substanciales, una gran parte de la ciudadanía y la mayoría de las víctimas apoyaron los acuerdos; Segundo, el proceso no se podía dilatar más de unos pocos meses, pues la ciudadanía y las partes combatientes podrían llegar al cansancio y al desencanto con el proceso, y era necesario empezar con la desmovilización y desarme, pues el cese al fuego se mantenía de forma muy frágil; Y tercero, se debía actuar con espíritu negociador, sin posturas intransigentes para evitar el estancamiento del proceso. Las dos primeras se cumplieron, pero no así la tercera.

Finalmente se procedió con una renegociación a partir de las aportaciones de los sectores del “No”, que finalizaron con un nuevo acuerdo con ciertas modificaciones, firmado el 24 de noviembre de 2016, y refrendado esta

vez por medio del senado y de la cámara de representantes el 29 y 30 de noviembre.

En el nuevo acuerdo se añadieron ciertas propuestas de los sectores del No, que se sistematizaron en 57 ejes temáticos, pero sin lograr el principal objetivo, y es que los sectores críticos aceptaran los nuevos Acuerdos de paz. Lo que supone en definitiva haber perdido la oportunidad de asentar el proceso en unas bases sólidas, sociales y políticas. Esto ha dejado una situación bastante comprometida para la implementación, especialmente pensando en las elecciones de 2018, en el que los opositores al proceso pueden obtener el gobierno precisamente en el momento en donde se deberían hacer efectivas las medidas de implementación y construcción de la paz.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

En ambos procesos se promovió la participación ciudadana en las conversaciones de paz, aunque los mecanismos articulados son muy distintos. Los modelos participativos se identificarían como consultivos, en tanto que en las conversaciones se llevan a cabo entre dos delegaciones oficiales, las de las partes combatientes, quienes mantienen todo el poder decisorio para entablar acuerdos, pero se habilitaron mecanismos externos a través de los cuales la sociedad civil pudo hacer aportaciones y propuestas.

El proceso de negociaciones de paz de Guatemala supuso en su momento una innovación en cuanto incluir la participación ciudadana en los diálogos. La Asamblea de la Sociedad Civil sirvió para acercar los diálogos a la ciudadanía, y promover el debate sobre la configuración del escenario de posconflicto armado. Como hemos apuntado, con el proceso de paz de Guatemala se buscaba llevar a cabo una transición hacia un sistema democrático efectivo. Se pretendía poner fin a un conflicto armado que se desarrollaba en un contexto de fuerte represión política donde el poder estaba controlado por una élite excluyente apoyada por las fuerzas armadas<sup>38</sup>. En este contexto, la participación ciudadana se planteó como uno de los ejes centrales tanto para el proceso de paz desde las fases de negociaciones, como para la nueva configuración política. Para ello se buscó una fórmula que permitiera el encuentro de organizaciones sociales, donde se discutiera sobre los distintos puntos de la agenda de negociaciones.

---

<sup>38</sup> C.TAMUP, A.MARTÍNEZ, G.URRUTIA & M. BERRAONDO, *Guatemala: 10 años de la firma*, cit.

En cuanto a Colombia, la intención fue la finalización de un conflicto armado arraigado que evolucionó en cuanto a dinámicas e impacto, hasta un estado de alta complejidad. Todo ello en un contexto de democracia formal, aunque deficitaria, donde la sociedad civil ha tejido redes sociales y movimientos ciudadanos, pero la oposición política ha sido duramente reprimida y perseguida<sup>39</sup>. Esta complejidad de las dinámicas del conflicto y las relaciones con la población civil, hacen que los retos del proceso de paz sean mayores, por lo que su configuración es más compleja y requiere de respuestas diferenciales. En consecuencia, la participación ciudadana debería corresponder a esta diversidad. Es por ello que, a diferencia de Guatemala, en el caso colombiano se ha buscado implicar a la ciudadanía en la fase de conversaciones a partir de varios mecanismos, para de ese modo adaptarse a los retos que supone afrontar un proceso de paz en un país con una gran heterogeneidad social, con un conflicto de gran complejidad y de enormes diferencias en su impacto territorial. Esta apuesta ha supuesto la socialización del proceso, y hacerlo lo más plural posible. Al mismo tiempo, la diversidad de mecanismos favoreció la participación de los sectores más afectados por la guerra, haciéndolo un proceso altamente inclusivo.

A pesar de las diferencias de mecanismos, las experiencias participativas son positivas en ambos casos en tanto que han logrado los principales objetivos que se persiguen con la participación: acercar el proceso de paz a la población, y ofrecer la oportunidad de que ésta formule propuestas en las propias negociaciones de paz. El caso colombiano ha supuesto un avance cualitativo respecto al proceso guatemalteco, el modelo ha sido de mayor alcance, buscando fórmulas que permitieran un mayor grado de participación, con la intención de llegar a la mayor parte de la población posible, acercando el debate a los territorios y ofreciendo espacios de diálogo a cada uno de los colectivos a quienes conciernen los distintos puntos de la Agenda.

Ambos procesos se establecieron con atribuciones consultivas de la ciudadanía ante las mesas de negociaciones. De ese modo las funciones de la sociedad civil fueron parecidas en ambos casos, desempeñando un papel de apoyo al proceso de paz. En Colombia, el apoyo se vio incrementado en el propio transcurso de los diálogos<sup>40</sup>. También se ha ejercido presión a las partes para la inclusión de los intereses ciudadanos, además de realizar aporta-

---

<sup>39</sup> G. SÁNCHEZ (coord.) *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*, cit.

<sup>40</sup> M. GARCÍA, J. DANIEL & M.A. SELINGSON, *Cultura política de la democracia en Colombia, 2015*, Observatorio de la democracia, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015.

ciones sobre cuestiones transversales para la configuración de la construcción de la paz, incluidos enfoques de género y territorial, y con destacadas aportaciones sobre los derechos de las víctimas, en el caso colombiano además, con intervenciones de las víctimas en la propia Mesa de conversaciones. De ese modo se ejerce a la vez presión de las partes para que se llegue a un acuerdo de paz<sup>41</sup>.

En cuanto a las funciones de supervisión del proceso, en ambos casos la sociedad civil tuvo un papel bastante limitado al no mantener ninguna cualidad vinculante, por lo que la capacidad de influencia en la redacción final de los acuerdos se limitaba a la voluntad de las partes dialogantes. En el caso de Guatemala esto propició que algunas de las propuestas de la sociedad civil no fueran incorporadas en los acuerdos. Especialmente significativa fue la configuración de la comisión de la verdad, lo que supuso una dificultad añadida para un apoyo masivo a los acuerdos de paz<sup>42</sup>.

La participación ha tenido un impacto en las negociaciones como se refleja en los acuerdos parciales de Guatemala, y en el Acuerdo de Paz alcanzado en Colombia. En las conversaciones colombianas, respecto a uno de los puntos más controvertidos y clave del proceso, el tema víctimas, la sociedad civil hizo aportaciones entre las que destacan el reconocimiento del daño y la responsabilidad de los actores; el esclarecimiento de la verdad; el no intercambio de impunidad; y la justicia con garantías de no repetición y según los estándares internacionales de justicia transicional. Estas propuestas fueron contempladas en parte en los acuerdos sobre justicia, con la creación de una Comisión de la Verdad, y de mecanismos de justicia transicional enfocados a funciones restaurativas y reparadoras, en las que se contempla una amnistía para delitos políticos y conexos, y sanciones alternativas a la cárcel por delitos de graves violaciones de los derechos humanos. Pero aún quedan por concretar cuestiones clave como el alcance de la conexidad de delitos, y las sanciones alternativas, de lo que se encargarán los jueces de las salas de justicia.

A pesar de los esfuerzos y la facilitación de mecanismos para la participación ciudadana en ambos procesos de paz, se perdieron sendos referendums promovidos desde los gobiernos sobre el apoyo a los Acuerdos de Paz

---

<sup>41</sup> T. PAFFENHOLZ "Civil society and peace negotiations: Beyond the inclusion-exclusion dichotomy", *Negotiation Journal*, cit.

<sup>42</sup> C. TAMUP, A. MARTÍNEZ, G. URRUTIA & M. BERRAONDO, *Guatemala: 10 años de la firma*, cit.

signados. En Guatemala el referéndum se perdió en 1999, tres años después de la firma de los acuerdos de paz, lo que llevó a la paralización de la implementación de grandes partes de los acuerdos. Mientras que en Colombia el plebiscito celebrado en octubre de 2016 se perdió por un escaso margen, siguiendo un periodo de incertidumbre sobre el futuro del proceso de paz, además de una larga reflexión sobre los motivos que llevaron a la ciudadanía a rechazar los acuerdos. Es de destacar también la enorme abstención que se mantuvo en ambos procesos. Si bien siempre es atrevido atribuir la abstención a ciertas causas, de entrada muestra un bajo interés en lo referente a los procesos de paz, cuestión sorprendente ante lo que significa la finalización de un conflicto armado, en ambos casos de larga duración e impacto para la población.

Una de las limitaciones de recurrir a un plebiscito para la refrendación de unos acuerdos de paz –con todo lo que significa llegar a alcanzar unos acuerdos de paz entre partes combatientes–, es que se impongan las mayorías frente a las posiciones de las minorías<sup>43</sup>. Pero también la falta de alternativas ante un rechazo en la refrendación, por lo que es preferible buscar otros modelos de refrendación que igualmente contribuyan a aportar legitimidad y garantías a los acuerdos.

En este sentido, es preciso anotar que el mecanismo de refrendación a partir de una consulta a la ciudadanía, si bien supone la participación directa, es una participación no deliberativa, es decir no se discute sobre el contenido concreto de los acuerdos o las medidas para la paz, sino que se trata de la aprobación o no de un texto ya trabajado y acordado previamente. La relevancia de la participación es precisamente poder incidir en los espacios de deliberación y diseño, es decir, en los espacios en los que es posible realizar aportaciones sustantivas y de contenido.

### 6.1. Lecciones de Guatemala y retos para Colombia

Una de las causas del fracaso de la implementación de los acuerdos en Guatemala, sumada a la falta de voluntad política de los gobiernos posacuerdos, la podemos identificar a partir de la fórmula de articular una asamblea cohesionadora de la sociedad civil tan solo pensada para el periodo de negociaciones de paz, lo que propició que ese espacio de confluencia se disgregara una vez firmados los acuerdos de paz, fragmentando de nuevo a

---

<sup>43</sup> R. UPRIMNY, *La refrendación o ratificación democrática de la paz: dilemas y posibilidades*, cit.

la sociedad civil en grupos autónomos no implicados en la implementación transversal e integral que requerían los acuerdos, y limitando así las funciones de la sociedad civil durante el proceso posbélico<sup>44</sup>. Esta disgregación de las organizaciones de la sociedad civil también fue motivada por no sentir como propios los acuerdos y especialmente el proceso de implementación, percibiéndolo como una cuestión más bien ajena y propia de las partes combatientes, y sintiendo que sus propuestas no fueron debidamente recogidas en los acuerdos ni priorizadas en su implementación, lo que facilitó su desvinculación<sup>45</sup>.

La agenda maximalista de Guatemala permitía que en la Mesa se trataran temas de fondo y de reestructuración del país, lo que requería especialmente la participación ciudadana. Por un lado fue claro el logro de la finalización de la violencia política y el proceso de desarme y desmovilización, pero por otro lado el limitado poder de incidencia de la sociedad civil en el proceso posbélico, sumado al desinterés político por desarrollar los puntos sustantivos de carácter social y estructurales del acuerdo, no permitió la implementación de cuestiones clave para la consolidación de una paz positiva, como una amplia justicia transicional, una transformación socioeconómica, o la democratización real del poder<sup>46</sup>. Consecuencias que aún se sienten en forma de una alta pobreza y pobreza extrema, de altos niveles de violencia, y con una alta tasa de desempleo en el país<sup>47</sup>.

En las negociaciones de paz de Colombia se promovió una participación activa de la ciudadanía, intentando acercar las discusiones sobre los puntos de la Agenda a la población. Sin embargo, la principal fuerza de oposición política se opuso al proceso de paz desde un primer momento. El expresidente Álvaro Uribe encabezó esta oposición creando un nuevo partido, el "Centro Democrático", contrario al proceso de paz. Además, durante todo el proceso abanderó las críticas a las negociaciones y a los acuerdos que se iban publicando desde la Mesa de Conversaciones en La Habana.

Como se ha visto, esto tuvo importantes repercusiones en la referendación de los Acuerdos a través del plebiscito, con la victoria del No. Y a corto plazo pone en una situación comprometida la implementación de los acuer-

---

<sup>44</sup> C.TAMUP, A.MARTÍNEZ, G.URRUTIA & M. BERRAONDO, *Guatemala: 10 años de la firma*, cit.

<sup>45</sup> P.B. HAYNER, *Verdades silenciadas*, cit.

<sup>46</sup> E. MANUEL (ed.). *Las prácticas de la resolución de conflictos en América Latina*, cit.

<sup>47</sup> Según la agencia del PNUD en Guatemala.

dos, en tanto que una victoria de los partidos opositores al proceso de paz con las FARC, en los comicios de 2018, podría dar opción a que la implementación se desvirtuó como pasó en Guatemala, o incluso hacer colapsar el proceso.

Los casos de Guatemala y de Colombia han evidenciado la relevancia de la inclusión de los partidos políticos en los diálogos, pues si se muestran reticentes a los términos en los que se firmara el acuerdo de paz, en caso de gobernar en la etapa de posacuerdo, podrían frenar algunas de las medidas y compromisos adquiridos.

Una vez se firma un acuerdo de paz, los diálogos y contactos entre las partes y con la ciudadanía no debe desaparecer. Una de las principales lecciones del proceso de paz de Guatemala es que resulta vital la continuidad del trabajo y compromiso de la ciudadanía con los acuerdos de paz en la fase posbélica, así como el diálogo continuo con todas las partes implicadas en el proceso de paz. Para ello es fundamental mantener las redes ciudadanas creadas durante las negociaciones y que continúen su implicación durante el posacuerdo. La etapa del posconflicto armado es la que implica mayores desafíos y que requiere los mayores esfuerzos de un proceso de paz, pues los grandes factores desestabilizadores surgen de los retrasos en la implementación de los acuerdos, ya sea en cuanto a la participación política, a los procesos de desarme y reintegración, o a las reformas previstas<sup>48</sup>. Para ello, la ciudadanía pasa a ejercer funciones de supervisión y defensa de los acuerdos, además de contribuir a su implementación y al desarrollo de los programas previstos para la consolidación de la paz<sup>49</sup>. El diálogo continuo entre todas las partes durante todo el proceso es crucial para la consolidación de la paz, incluida en la fase posacuerdos<sup>50</sup>.

Así, el principal reto que debe asumir Colombia es el mantenimiento de las redes y la implicación de la sociedad civil en la fase de implementación de los acuerdos. Su rol será fundamental para la garantía de los términos

---

<sup>48</sup> V. FISAS, *Diseño y arquitectura de procesos de paz: Lecciones aprendidas tras las crisis*, cit.; H. MIALI; O. RAMSBOTHAM; T. WOODHOUSE, *Contemporary conflict resolution: The prevention, management and transformation of deadly conflicts*, cit.

<sup>49</sup> D. NILSSON, "Anchoring the peace: Civil society actors in peace accords and durable peace", *International Interactions*, cit.; T. PAFFENHOLZ, "Civil society and peace negotiations: Beyond the inclusion-exclusion dichotomy", *Negotiation Journal*, cit.

<sup>50</sup> F. GÓMEZ, & L. ZAMBRANO, *Participation of civil society in the colombian peace process*, cit.; Crisis Group *En la cuerda floja: La fase final de las conversaciones de paz en Colombia*, cit.

acordados, y para la construcción de una paz justa y duradera, desde los territorios, y con enfoque diferencial.

## 7. CONCLUSIONES

La participación de la sociedad civil en las negociaciones de paz de Guatemala y Colombia se ha articulado como modelo consultivo, el cual permite la participación ciudadana en el proceso de negociaciones a través de diversos mecanismos posibles, si bien el carácter consultivo de la participación limita su alcance vinculante a la discreción de las partes dialogantes; por contra, un modelo inclusivo que otorgara carácter decisorio a la sociedad civil, supondría una mayor incidencia en la redacción de los acuerdos, y una mayor apropiación de estos por parte de la ciudadanía.

Los mecanismos participativos han supuesto acercar el debate sobre los puntos contemplados en las agendas de diálogos a la población, facilitando además la posibilidad de realizar propuestas a las respectivas mesas de negociaciones. De esta manera se han podido ejercer funciones de defensa de los intereses ciudadanos, además de realizar aportaciones en aspectos transversales de la paz. La variedad de mecanismos participativos en Colombia ha permitido mantener una incidencia directa en los diálogos de paz de sectores distintos de la población, a la vez que ha propiciado el fortalecimiento del proceso, un incremento del apoyo ciudadano y su legitimización.

Con las experiencias de ambos procesos no solo se evidencia la viabilidad de la participación ciudadana en las negociaciones de paz, sino la relevancia que tiene su participación para el fortalecimiento del proceso de paz, aunque no supone de por sí el éxito del proceso de paz. Como hemos visto, esta participación no ha supuesto en ningún caso una mayor complejidad a la hora de llegar a acuerdos sobre los distintos puntos de las agendas, aunque sí que han implicado retos para las partes a la hora de incorporar las propuestas ciudadanas a los acuerdos, y especialmente en Colombia a la hora de articular mecanismos participativos, aunque no han sido los principales desafíos que hayan tenido que abordar en las negociaciones. Por otro lado, la sociedad civil, así como los países acompañantes, han facilitado el entendimiento y la superación de las crisis durante las negociaciones.

La participación ciudadana es por tanto positiva, en tanto que añade puntos de vista al diálogo, y no implica la imposición de los intereses de ésta en las negociaciones de paz. Así, su presencia busca el entendimiento

incorporando los intereses ciudadanos y asegurando una mayor incidencia para la inclusión de los planteamientos para la paz desde el punto de vista socializador, enriqueciendo el debate, y en última instancia favorece una paz más duradera y sostenida en la ciudadanía.

Sin embargo, como se ha demostrado en ambos casos, la participación si bien ha sido positiva para el proceso de paz, no ha sido suficiente para asegurar su culminación. Es necesaria una participación con la mayor pluralidad y representatividad posible, teniendo en cuenta la heterogeneidad de la población, y de los actores implicados tanto en el conflicto como en el proceso. Ello incluye los partidos políticos, especialmente aquellos con mayor representatividad, quienes tienen opciones de adquirir el poder institucional, y por lo tanto contarán con la posibilidad de seguir implementando las medidas adoptadas para el avance del proceso de paz, o por lo contrario, de detenerlo. Esta cuestión refuerza la tesis que cuanta mayor participación, y de más sectores de la población exista en los diálogos de paz, incluyendo todas las opciones políticas, mayor será la posibilidad de éxito de un proceso de paz.

Así, los modelos preferibles para llevar a cabo un proceso de negociaciones que permita la consolidación de una paz sostenible y duradera, serían los que favorecen la inclusión de amplios sectores de la sociedad civil y partidos políticos en el propio diseño de los acuerdos, a partir del debate inclusivo y deliberativo, evitando la limitación del proceso a un acuerdo entre elites combatientes.

No existen fórmulas definitivas o de éxito que puedan ser copiadas, cada proceso de paz deberá buscar los mejores procedimientos para la configuración de las negociaciones teniendo en cuenta los factores y particularidades del conflicto y del país, pero todos pueden adaptar a sus propios procesos los aprendizajes y modelos de otros procesos de paz. Actualmente se cuenta con una amplia experiencia en negociaciones de paz, lo que permite inspirarse en ellas y aprovecharlas para configurar procesos más adecuados en cada caso. Las lecciones de los procesos de Guatemala y de Colombia pueden ser un referente muy enriquecedor para otros procesos de paz. Cada proceso determinará sus propias herramientas para el diálogo, pero todos mantienen desde el principio la capacidad para la incorporación ciudadana, y se debería buscar la participación de amplios sectores de la sociedad, inclusión que favorece cimentar el proceso en la base social. Ahora bien, el diseño de un proceso de negociaciones con base a la

participación no garantiza en sí mismo la consolidación de una paz justa, pues en la etapa de posacuerdos emergen grandes retos que requieren de la implicación de todas las partes para avanzar en la construcción de la paz, conseguir la transformación del conflicto, y el establecimiento de una paz sostenible y duradera. Para ello, la participación ciudadana deberá mantenerse en todas las etapas del proceso.

NÉSTOR CALBET  
*Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe,*  
*Universidad de Deusto,*  
*Avenida de las Universidades, 24*  
*Bilbao 48007*  
*e-mail: ncalbet@gmail.com*

# RECENSIONES



**Santos JULIÁ,**  
*Transición. Historia de una política española (1937-2017),*  
**Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017, 656 pp.**

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** Transición a la democracia, justicia transicional, organización terrorista ETA, derechos de las víctimas del terrorismo  
**Keywords:** Transition to democracy, transitional justice, terrorist organization ETA, rights of victims of terrorism

Con esta noticia del importante libro de Santos Juliá deseo comentar, también, otras obras aparecidas sobre el mismo tema, a la vez que expresar mi interés por ciertos asuntos conectados con ese importante proceso histórico que, cronológicamente, sitúo desde el 20 de noviembre de 1975 hasta el 28 de octubre de 1982 (fechas de la muerte del general Franco y victoria del PSOE en las elecciones generales, respectivamente). La memoria me permite recordar dos trabajos de los últimos años donde, de manera incidental y esquemática, he introducido algún comentario sobre la aparición de una visión distorsionada de la Transición que no se correspondía con lo que yo había vivido en aquella época ni con los logros que, de manera beneficiosa, se habían asentado. Y así en el primero de ellos, publicado en enero de 2013, y que fue el texto con el que contribuía al homenaje que la Universidad Carlos III rindió a su rector fundador, Gregorio Peces-Barba, unas semanas después de su fallecimiento, el 24 de julio de 2012, me permití salir al paso de las críticas a la Transición, que ya habían adquirido fuerza, hasta derivar en la utilización un poco posterior de una referencia peyorativa al régimen del 78, defendiendo la legitimidad y los logros de la Transición política y la calidad humana y democrática de sus realizadores. Pero sin soslayar sus deficiencias, sus promesas incumplidas, errores y miserias, entre las que citaba el incomprensible olvido de los desaparecidos del bando de los vencidos, recalca la ejempla-

ridad del resultado final: la reconciliación entre los españoles y la posibilidad de vivir democráticamente<sup>1</sup>.

Con el paso de los años, hasta hoy, han enraizado y se han extendido las críticas a la Transición, al mismo tiempo que han aparecido libros rigurosos y ejemplares sobre ella, escritos por buenos historiadores, en los que sobresalen los buenos logros sobre las insuficiencias. A este debate, sin duda necesario e importante, se han añadido la reivindicación y las exigencias de una justicia reparativa y transicional, totalmente legítimas, que, en algún punto concreto, como es el de la situación y derechos de las víctimas de la dictadura franquista, deja bastante que desear. La mezcla de todo ello, algunas veces, no ha dado lugar a una mejor historia, regida por el derecho a la verdad, sino que ha derivado en una discusión política donde tiene primacía el presente sobre la objetividad del pasado, es decir, la historia de la Transición se ha convertido en objeto de manipulación política. De manera que nadie se sonroja ni avergüenza al oír o defender que los males actuales de la democracia española tienen su origen en el consenso constitucional, en la moderación interesada de los franquistas y de la oposición democrática y en las no menos interesadas y aprovechadas concesiones de ésta última.

Preocupado por todo ello pensé que la publicación de un artículo a finales de 2017, con motivo de un debate académico sobre un libro colectivo, de nombre *Derecho y verdad*, era el momento ideal para hablar de verdad y mentira en la política y del uso y abuso de la historia con fines de instrumentalización política. Creo que podemos conseguir algo parecido a la verdad histórica, pues se trata de seguir métodos objetivos, tener un buen conocimiento de los hechos históricos y tratarlos de manera no sectaria ni parcial. Lo contrario corresponde al mal uso de la historia con fines políticos. La síntesis de la mentira histórica y la mentira política.

También en el trabajo se mantiene que es posible compatibilizar una postura general positiva sobre la Transición con la crítica a sus defectos y el no olvido de sus insuficiencias, reiterando la necesidad de una política de Estado que solucione, de una vez por todas, el tema de las fosas comunes y posibilite la identificación de los asesinados y un entierro digno para las víctimas de la Guerra Civil y la posguerra, pertenecientes al bando republicano. En cuanto al presente se defiende la total reparación a las víctimas de la dictadura franquista, a las víctimas del terrorismo de extrema derecha y

---

<sup>1</sup> E. FERNÁNDEZ GARCÍA, "Gregorio Peces-Barba: un intelectual con vocación política", *Derechos y libertades*, núm. 28, 2013, p. 21.

de la represión policial y del GAL durante la Transición, y posteriormente, y a las muy numerosas víctimas de la organización terrorista ETA<sup>2</sup>. Cualquier olvido es una prueba de sectarismo. El cumplimiento de todas estas exigencias sería hoy la respuesta a la solicitud de Paz, Piedad y Perdón que hizo D. Manuel Azaña en el discurso pronunciado desde el Ayuntamiento de Barcelona, el 18 de julio de 1938.

Me parece que Santos Juliá en su libro *Transición. Historia de una política española (1937-2017)* da una explicación muy ajustada del porqué se produce, y se impone, en algunos analistas y en algunas ocasiones, la mentira histórica al tratar el tema de la Transición. Se trata de la sustitución de la perspectiva histórica por el objetivo político. También de la confusión de planos o de su mezcla poco rigurosa. Tanto al comienzo, como al final del libro quedan señalados estos defectos:

*“Hablar en estos últimos años de la Transición es hablar de política mucho más que de historia; o mejor: cuando se aparenta hablar de historia, lo que se hace cada vez con mayor frecuencia es un uso del pasado al servicio de intereses o proyectos políticos o culturales del presente.*

(...)

*Las miradas a la Transición se modificaron y enfrentaron bien entrada la década de 1990, cuando los partidos políticos volvieron a usar el pasado como arma política del presente (...) De ahí salió la Transición como mito, mentira, amnesia, traición y, finalmente, régimen del 78”<sup>3</sup>.*

La utilización del pasado como arma política del presente es el comienzo de una senda que nos lleva, irremediamente, a la construcción de mentiras históricas. La verdad histórica y la objetividad, tan necesarias para la creación de tradiciones e identidades culturales y políticas, sucumben ante y se subordinan al activismo político. Lo que da lugar a que los grupos políticos en el poder, y los que lo pretenden, impongan “una verdad”, es decir su verdad manipuladora sobre el pasado. La mentira histórica se convierte en mentira política. Y sanas, justas y legítimas reivindicaciones como la apertura de fosas donde están enterradas víctimas de la Guerra Civil del bando vencido, el derecho sagrado a un entierro digno, el derecho a la memoria y

<sup>2</sup> E. FERNÁNDEZ GARCÍA, “Derecho y verdad. Genealogía(s). Unos comentarios”, *Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2017, pp. 40 y 41.

<sup>3</sup> S. JULIÁ, *Transición. Historia de una política española (1937-2017)*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017, pp. 13 y 631.

al reconocimiento moral o la reparación integral (es decir, política, jurídica y económica) a las víctimas de la dictadura franquista se transforman en objeto de discusión y enfrentamientos políticos partidistas. Y los resultados de todo ello son nefastos. Tanto para la posibilidad de conocer nuestro pasado histórico y contar con una historia objetiva y rigurosa, como para el debate político y ciudadano que exige una democracia de calidad y exigente. Ya tenemos suficientes datos para irritarnos, preocuparnos e intentar buscar una solución inexcusable, si echamos una mirada a las historias elaboradas en los últimos años al amparo de ciertos nacionalismos, sobre todo los independentistas. Más tarde le ha tocado a la Transición, donde, junto a historias rigurosas y críticas podemos encontrar otras parciales, sectarias y movidas por distintos tipos de rencor. Y una vez que ETA se ha visto obligada a disolverse, derrotada principalmente por las fuerzas de seguridad del Estado democrático de Derecho, habrá que tener cuidado y velar por el contenido que se dé a la historia de este grupo terrorista (una vez más debe imponerse la objetividad y el rigor), con el fin de evitar que unos asesinos se conviertan en héroes del pueblo vasco.

De la enorme bibliografía existente sobre la Transición, lo que sirve para echar por tierra la idea de la existencia de algo parecido a un pacto de silencio u olvido sobre el tratamiento, durante su desarrollo, de los asuntos espinosos del periodo franquista, no son muchas las monografías o artículos donde se indique claramente que varias de las dificultades e insuficiencias (aunque no todas) de la Transición, además de los sobresaltos continuos e improvisaciones, han tenido que ver con el papel mortífero del terrorismo de ETA. El principal de mis objetivos, al subrayar este dato obvio, es también algo evidente: que no se puede (ni se debe) escribir la historia de la Transición sin mencionar el alcance de la intervención de este grupo terrorista (sin olvidar que también existió un terrorismo de extrema derecha). Hacer lo contrario es tanto un error teórico como una falta moral. Quien no tenga en cuenta este hecho condicionante habrá escrito una historia fragmentaria e injusta. Y creo que esto ya ha ocurrido, tanto, y más en historiadores aficionados, como en otros estimados como competentes y rigurosos.

Afortunadamente, también hay excepciones. Sería el caso, por poner un ejemplo reciente, del libro de Paloma Aguilar y Leigh A. Paine *El resurgir del pasado en España. Fosas de víctimas y confesiones de verdugos*. En este trabajo se desea subrayar, entre otras cuestiones, la persistencia de la violencia durante la Transición, frente a visiones casi angelicales de ella, sin conflictos, y en que

su proceso tuvo poco de pacífico, hasta el punto de considerar que fue «el más violento de la época», por ejemplo si lo comparamos con otros del mismo tiempo como Portugal y Grecia.

Aunque no está citada la organización terrorista ETA, se sobrentiende en este texto:

*“Por otra parte, en ella (se refieren a la intensidad de la violencia) participaron diversos actores, desde la extrema izquierda hasta la extrema derecha, pasando por movimientos independentistas y por el aparato de seguridad del Estado. Este telón de fondo determinó el proceso de Transición tanto como las propias negociaciones políticas”<sup>4</sup>.*

Por su parte Santos Juliá, en su libro sobre la Transición, anteriormente citado, señala y concreta que entre octubre de 1977 a agosto de 1980 las relaciones entre Adolfo Suárez, presidente del Gobierno, y «un creciente número de jefes de las Fuerzas Armadas no hicieron más que deteriorarse», añadiendo que «el deterioro de la relación entre el presidente Suárez y los mandos militares no habría bastado para poner en marcha iniciativas de bloqueo e involución del proceso político si los atentados terroristas de los que muy pronto comenzaron a ser víctimas militares de diversa graduación, guardias civiles y policías no hubieran servido como caldo de cultivo de actitudes y conductas sediciosas en un sector de las mismas Fuerzas Armadas, azuzadas por grupos de la extrema derecha procedentes de las viejas burocracias sindicalistas y del Movimiento»<sup>5</sup>.

Me parece que si se tiene en cuenta este dato se pueden ver desde otras perspectivas, y valorar de otra manera, los fallos, insuficiencias, decisiones y omisiones políticas inexplicables, que, sin duda, existieron. Sobre todo puede servir para relativizar la idea, mantenida por ejemplo por Ferrán Gallego en su libro *El mito de la Transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, de que las concesiones, por parte de la oposición, se hicieron «más allá de lo que era exigible» o que «las cosas no tuvieron que transcurrir necesariamente como lo hicieron»<sup>6</sup>. A pesar de los defectos que tuvo la Transición y del precio que la oposición democrática hubo de pagar,

<sup>4</sup> P. AGUILAR y L. A. PAINE, *El resurgir del pasado en España. Fosas de víctimas y confesiones de verdugos*, Taurus, Madrid, 2018, p. 29.

<sup>5</sup> S. JULIÁ, *Transición. Historia de una política española (1937-2017)*, cit., pp. 404 y 405.

<sup>6</sup> F. GALLEGO, *El mito de la Transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Crítica, Barcelona, 2008, pp. 719 y 16.

en todo caso menor que el señalado por Gregorio Morán en su libro<sup>7</sup>, me parece que las luces son muy superiores a las sombras y que el resultado final ha sido muy beneficioso para España.

## DOS ACOTACIONES

### 1. De cómo el olvido del terrorismo produce amnesia constitucional

En el libro de Bartolomé Clavero *España, 1978. La amnesia constituyente* (Marcial Pons, Madrid, 2014), este autor se sitúa frente a lo que denomina «visión complaciente todavía dominante en sectores constitucionales» (p. 25), manteniendo que el «sistema constitucional no ha funcionado, no en general por supuesto, como también está a la vista, sino con relación al sometimiento de Dictadura a Justicia» (p. 21).

Podemos estar de acuerdo con algunos de los ejemplos de olvidos y faltas de funcionamiento e insuficiencias del desarrollo constitucional en temas claves referentes a derechos humanos, sin embargo sorprende que el autor nunca se plantee si el terrorismo en general y de ETA en particular no haya tenido que ver con esas lagunas constitucionales. De la misma manera que se echa en falta la no inclusión entre los objetivos de la justicia transicional y reparadora<sup>8</sup> de las casi 900 víctimas de ETA (al periodo que transcurre entre 1975 y 1982 -incluido- le corresponden 353 víctimas mortales). Omisiones injustas que se repiten en el libro *Memoria histórica y democracia en España. La brecha de la Transición* (Fontamara, México, 2016) de Rafael Escudero, con el agravante de que la referencia a las mortíferas acciones del grupo terrorista y sus centenares de víctimas civiles y militares, adultos y niños, se utilizan exclusivamente con el fin de mostrar que la Transición política española no fue pacífica ni modélica (pp. 13 y 125 ss.), sino que tuvo sus momentos sangrientos y su historia violenta (por utilizar las expresiones que dan título al matizable libro de Mariano Sánchez Soler: *La transición sangrienta. Una historia violenta del periodo democrático en España 1975-1983*, Península, Barcelona, 2010, por él manejado). Como

---

<sup>7</sup> G. MORÁN, *El precio de la Transición*, Akal, Madrid, 2015.

<sup>8</sup> Sobre el sentido y alcance de la reparación y rehabilitación de las víctimas ver J. DORADO, "Justicia Transicional", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, 2015, pp. 198 y 199.

si los asesinatos terroristas formaran parte del cumplimiento de un destino imparabile. Según se ha señalado con frecuencia, y ha recalcado José Manuel Rodríguez Uribes en su libro *Las víctimas del terrorismo en España*, existen pocas cosas tan amargas e inhumanas como la soledad de las víctimas del terrorismo<sup>9</sup>. Por cierto, esos ejemplos sangrientos de la Transición muestran claramente la existencia de las dificultades tremendas a las que tuvieron que enfrentarse los realizadores y actores de la Transición (tanto los reformistas como los más rupturistas, frente a los involucionistas y golpistas), muy lejos de los pactos tramposos y las concesiones excesivas a que quieren reducir la Transición sus críticos más extremos y que no encuentran fundamentación en un conocimiento histórico riguroso<sup>10</sup>. Es, por tanto, mucho más un mérito de aquellos que motivo de vergüenza o amonestación. Los obstáculos también pueden comprobarse en el proceso de elaboración de la Constitución de 1978.

## 2. Terrorismo y democracia. De cómo colaboraron la extrema derecha y la extrema izquierda durante la transición

No podemos dejar de reparar, para su correcto análisis y justa valoración, que los años más básicos de la Transición conviven con un aumento de los asesinados por ETA. Ese es el caso de los 65 asesinados en 1978, año de la aprobación de la Constitución, de los 86 asesinados en 1979, referéndum del Estatuto Vasco, a los que se añaden los 93 asesinados de 1980, constitución del primer gobierno vasco tras la Guerra Civil<sup>11</sup>. Tampoco la Ley de Amnistía, 1977, sirvió para mucho, pues los terroristas salieron de las cárceles y recomenzaron la tarea de matar y secuestrar indiscriminadamente<sup>12</sup>.

Se desvanece, por tanto, la idea defendida por entonces por algunos (pero también utilizada actualmente, con carácter retroactivo) y muy incrustada en las convicciones de los partidos políticos de la izquierda democrática

---

<sup>9</sup> J. M. RODRÍGUEZ URIBES, *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, Madrid, 2013, cap. 3, pp. 117 y ss.

<sup>10</sup> Ver el libro de C. MOLINERO y P. YSÀS *La Transición. Historia y relatos*, Siglo XXI, Madrid, 2018, pp. 147 y ss. y 154 y ss.

<sup>11</sup> Ver el artículo de L. R. AIZPEOLEA "El declive de ETA en 10 hitos", *El País*, 29 de abril de 2018, p. 24.

<sup>12</sup> Ver el libro de L. SILVA, M. SÁNCHEZ y G. ARALUCE, *Sangre, sudor y paz. La Guardia Civil contra ETA*, Península, Barcelona, 2017, segunda parte, pp. 77 y ss.

de que la extensión y el fortalecimiento de la democracia dejaría sin sentido y sin motivos al terrorismo de ETA<sup>13</sup>.

Las cosas no se han desarrollado de esta manera, ni en la Transición ni en los años posteriores. A ETA no le ha interesado, para nada, la democracia sino su desaparición. Y en ello ha coincidido con la extrema derecha golpista.

Sobre el papel especial y tremendamente negativo para la estabilidad democrática del terrorismo etarra, su alcance y las dificultades de su comprensión política durante la Transición ya indicó Miguel Ángel Aguilar en 1981: «La escalada etarra se convierte en gravísima amenaza para la estabilidad democrática y en el más decisivo impulso a los sectores golpistas, deseosos de alzarse con la involución para volver a las andadas. Solo con grave retraso, la izquierda fue capaz de percibir la magnitud de los riesgos y, sobre todo, de extraer como le correspondía con su autoridad moral las consecuencias ineludibles de ese comportamiento etarra»<sup>14</sup>.

Aunque todavía hay algún recalcitrante que no quiere mirar de frente a la realidad social y sacar conclusiones de la experiencia histórica, hoy parece que la opinión mayoritaria entre los analistas y estudiosos acepta estos nexos. En definitiva, sorprende bastante la frecuente ingenuidad de la izquierda democrática en relación al terrorismo en esta época, lo mismo que el “despiste” de los gobiernos de Adolfo Suárez y Leopoldo Calvo Sotelo frente a las conspiraciones y tentativas golpistas.

Y ya concluyo, asumiendo como mío el contenido de un texto que entresaco del párrafo final del reciente libro de Carme Molinero y Pere Ysàs *La Transición. Historia y relatos*:

*“La Transición española a la democracia fue un proceso complejo, en el que estuvo muy presente la memoria de la guerra civil y el peso, en todos los órdenes, de cuarenta años de dictadura. No dio lugar a una democracia*

---

<sup>13</sup> Resulta muy esclarecedor al respecto releer los artículos de J. M. BANDRÉS “Las situaciones de violencia como realidad política”, E. DÍAZ “España hoy: terrorismo y estado” y M. A. AGUILAR “La estrategia del desistimiento (algunas observaciones sobre el caso español)”, en *Terrorismo y sociedad democrática*, Fernando Reinares (compilador), Akal, Madrid, 1982, pp. 61, 119 y 143, respectivamente.

<sup>14</sup> M. Á. AGUILAR, “La estrategia del desistimiento (algunas observaciones sobre el caso español)”, en *Terrorismo y sociedad democrática*, op. cit., p. 146. Ver también el capítulo 9 “Amnistía” del libro de S. JULIÁ, *Transición. Historia de una política española (1937-2017)*, cit., pp. 409 y ss.

*modélica, pero tampoco a una continuación del franquismo con otro ropaje ni a una democracia tan imperfecta que ni merecería tal nombre. La Transición no fue fruto de un plan preestablecido ni de una vergonzante transacción”.*

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA  
Universidad Carlos III de Madrid  
e-mail: eusebio.fernandez@uc3m.es



**Francesco RICCOBONO,**  
*Antikelsenismo italiano,*  
**G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, 106 pp.**

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** Teoría Pura del Derecho, imperativismo, objetivismo, universalismo, formalismo  
**Keywords:** Pure Theory of Law, imperativism, objectivism, universalism, formalism

El profesor Francesco Riccobono es una de los mejores conocedores del pensamiento de Kelsen en Italia. Al análisis del pensamiento del autor austriaco ha dedicado importantes trabajos. Entre los más relevantes cabe señalar su monografía *Interpretazioni kelseniane* (1989). Antes, en 1979, había traducido la *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialischer Geschichtsauffassung* (1931) que se publicó con el título “*La teoria generale del Diritto e il materialismo storico*”. En 1983, publicó el trabajo “Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica” que se incluyó en el libro editado por Carlo Roehrsen, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*. En los últimos años, ha publicado el artículo “Kelsen e la religione” (*Rivista di Filosofia del Diritto*, 2013) y el capítulo “La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen” (en el libro colectivo *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*”, 2010). El conocimiento que Riccobono tiene de los trabajos italianos sobre Kelsen ha sido puesto de relieve por alguien con tanta autoridad en este campo como el Prof. Mario Losano en el monográfico que la revista *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, dedicó en 1979 al tema: “La fortuna de Kelsen in Italia”.

En “*Antikelsenismo italiano*”, incluye diversos trabajos -la mayoría de ellos ya publicados- en los que se analizan elementos de la crítica -que no es sino una forma de recepción- de la teoría kelseniana en la Italia del siglo XX. El análisis de los capítulos del libro se puede completar con el trabajo “*Può*

*essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*"<sup>1</sup>, que recientemente Francesco Riccobono ha dedicado a la crítica que Luigi Ferrajoli ha dirigido a Kelsen en uno de sus últimos libros, "*La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*" (2016).

Todos estos trabajos son una muestra de lo que Riccobono denomina "antikelsenismo italiano", expresión de una posición crítica y, posiblemente, también hostil en alguna de sus manifestaciones, que ha caracterizado ciertas corrientes de la Filosofía del Derecho italiana durante el siglo pasado<sup>2</sup>. Como Francesco Riccobono señala, dicha hostilidad fue detectada en su momento por conocedores tan exquisitos de la obra de Kelsen como Norberto Bobbio y Vittorio Frosini. En efecto, Kelsen es un autor al que se ha responsabilizado de muchos de los males, que en muchas ocasiones trascienden a lo estrictamente jurídico, que han caracterizado los sistemas jurídico-políticos del siglo XX, en la línea de la confusión entre los errores y los horrores del positivismo a la que aludiera en su momento Norberto Bobbio. Algo que, nos lo recuerda Riccobono, no deja de ser injusto si se conoce la peripecia vital del autor austriaco. En muchas ocasiones la crítica ha sido una estrategia para afirmar posiciones propias con la excusa de un análisis superficial de la obra de Kelsen. En todo caso, las referencias a Kelsen, para asumir posiciones a favor o en contra, han formado parte necesaria del desarrollo de la teoría jurídica en el último siglo. O con Kelsen o contra Kelsen, podría ser el lema que resumiera esta situación.

Pero, ciertamente, los autores que Francesco Riccobono toma como referencia en su libro no deben ser identificados con ese tipo de crítica. Emilio Betti, Costantino Mortati, Bruno Leoni y Alessandro Giuliani -a los que se podría añadir, como he señalado al principio, a Luigi Ferrajoli, si bien desde coordenadas intelectuales diferentes- son manifestación de un modo de analizar algunas dimensiones de la obra de Kelsen que expresa, más allá de las posiciones críticas, claves de comprensión de la Teoría Pura del Derecho. Podríamos decir que son autores que -frente al ruido antikelseniano- se han tomado en serio a Kelsen. El hecho de que estemos frente a autores que, respectivamente, han defendido la validez de la aproximación hermenéutica,

---

<sup>1</sup> El trabajo aparecerá en el volumen colectivo *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, de próxima publicación.

<sup>2</sup> De otros críticos, no italianos, se ha ocupado en otras ocasiones. Por ejemplo puede consultarse su trabajo "Norma Fundamental, Constitución, Revolución. Ross, crítico de Kelsen" *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 25 vol. II, 1984.

el concepto de Constitución material, el liberalismo en el ámbito jurídico, el historicismo y el constitucionalismo garantista demuestra la pluralidad de perspectivas desde las que se han formulado críticas al pensamiento kelseniano.

El interés del análisis de las críticas a las que Francesco Riccobono se refiere en su libro -y que el autor no se limita a mostrar, sino que también, a su vez, examina críticamente- trasciende el conocimiento de una determinada corriente de la filosofía jurídica italiana, con la que por otra parte la cultura jurídica española, y la Filosofía del Derecho en particular, tienen tantos elementos compartidos e influencias reconocidas. El interés, como digo, radica en mi opinión en el hecho de que a través de la lectura de los diversos capítulos van apareciendo las grandes cuestiones que caracterizan la aportación kelseniana, muchas de las cuales han constituido temas nucleares de la discusión filosófico-jurídica de los últimos cien años, al menos en nuestro contexto cultural. A continuación señalaré algunos de ellos.

Francesco Riccobono se refiere a la “enfermedad kelseniana” para aludir a las críticas que Emilio Betti desarrolla. Así, hay dos dimensiones que merecen ser subrayadas. Por una parte, lo referido a la relación entre norma y sanción. Según Betti, el hecho de que Kelsen establezca una identificación del comportamiento debido como la condición negativa de la actuación jurídica demuestra que el autor austriaco está vinculado a una visión primitiva del Derecho, que contrasta con una reivindicación de la condicionalidad del imperativo por las circunstancias fácticas. Por otra parte, las discrepancias entre Betti y Kelsen en relación con el papel del juez -y su posición en el esquema de producción normativa- son evidentes. Para Betti, el lugar que Kelsen atribuye a la interpretación de la norma que el juez lleva a cabo supone no reconocer la necesaria subordinación del intérprete a la norma, convirtiendo al juez en un auténtico legislador del que se puede predicar una discrecionalidad absoluta. Kelsen, así, no reconocería la relevancia de la relación de complementariedad entre jurisprudencia y legislación que existe en el marco de un Derecho “vivo y vigente”. Para Francesco Riccobono estamos frente a dos concepciones de la interpretación jurídica entre las que existe una distancia “verdaderamente incolmable”; distancia que, en realidad, es la que existe entre dos diferentes visiones del Derecho: la que entiende que la realidad jurídica está compuesta por una pluralidad de ordenamientos concurrentes y la que sólo reconoce la dignidad del Derecho al Ordenamiento jurídico del Estado. En el fondo subyace una crítica al formalismo kelseniano

y a su pretensión de pureza que, en opinión de Betti, desconoce la relevancia que el “buen sentido” del jurista -producto de la sensibilidad moral y de la apertura a la evolución histórica del Derecho- tiene en la comprensión de lo jurídico.

En la reconstrucción que Francesco Riccobono hace de la crítica que Costantino Mortati dirige a Kelsen se adivina la sombra de Schmitt. También aquí podemos identificar al formalismo kelseniano como objeto de análisis y descalificación. Mortati reivindica la relevancia de la dimensión psicológica como una perspectiva más adecuada frente a la propuesta kelseniana a la hora de explicar el concepto de voluntad. Antiformalista es también la crítica a la *Grundnorm*, considerada por Mortati como una auténtica tautología que surge del desconocimiento de la realidad social y del lugar que ocupan las relaciones de fuerza que se encuentran en la explicación de la base de la juridicidad. La propuesta de Mortati es la de una comprensión de la *Grundnorm* atenta a sus contenidos y a su dimensión material.

En el caso de Mortati, además, Francesco Riccobono subraya también el reconocimiento de lo que, parafraseando a Hart en su caracterización del Contenido Mínimo de Derecho Natural, sería un “núcleo de buen sentido” en la propuesta kelseniana, referida en esta ocasión a la explicación en términos jurídicos -en el marco de una visión gradualista- de la Constitución. Reconocimiento que se presenta como compatible con una propuesta de transformación sustancialista de la norma fundante en donde a la experiencia y a la realidad social se les ha de atribuir una “intrínseca juridicidad”. Estamos, en mi opinión, frente a un planteamiento en el que se puede reconocer un cierto aire de familia con determinadas interpretaciones de la rematerialización del Derecho que caracteriza al Derecho del constitucionalismo.

Bruno Leoni es el tercer autor del que se ocupa Francesco Riccobono. En este caso la crítica antiformalista se centra en la denuncia de que la Teoría Pura del Derecho se presenta como expresión de un falso objetivismo y universalismo. Así, la conclusión sería que al final la abstracción kelseniana termina por favorecer la posición de aquellos que ocupan el poder. En una visión del Derecho en la que -de acuerdo con Leoni- sólo se piensa en el Derecho estatal, se desatiende la relevancia que tienen los hechos sociales a la hora de entender la realidad jurídica. Dicha realidad no sólo tiene que ver con lo que Kelsen identifica con el Derecho. Tiene también que ver con las “convicciones de los individuos” que desempeñarían un papel relevante en la conformación de la juridicidad. Para Leoni, la responsabilidad del po-

sitivismo kelseniano es la de haber expulsado esas convicciones del ámbito de lo jurídico, suprimiéndolas como objeto de interés por parte de la ciencia jurídica. Para Francesco Riccobono estamos ante dos posiciones, la de Kelsen y la de Leoni, irreconciliables en este punto.

En el caso de Giuliani, el universalismo y el objetivismo kelseniano son criticados desde otra perspectiva: la de la reivindicación de la historia y del individualismo metodológico. Giuliani defiende la relevancia de las aportaciones individuales, de la cooperación y de la colaboración en la conformación del Derecho. Lo cual conduce a negar que, en definitiva, el Derecho sea una cuestión de lógica en la que las ficciones y las abstracciones -aquí Giuliani se alinea con su maestro Bruno Leoni- tengan capacidad explicativa y operativa.

Como he señalado al principio de este comentario, las críticas antikelsenianas de los cuatro autores tratados en el libro pueden ser complementadas con las de Luigi Ferrajoli, a las que se ha referido Francesco Riccobono en uno de sus últimos escritos publicados, "*Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*". Soy consciente de que estamos refiriéndonos a un autor, Luigi Ferrajoli, que pertenece a un ambiente cultural muy diferente. Si considero útil hacer esta referencia al escrito de Francesco Riccobono es para evidenciar que, posiblemente, el antikelsenismo italiano puede ser considerado un planteamiento más horizontal de lo que en un primer momento pudiera aparecer. No todas las críticas que ha recibido la Teoría Pura del Derecho han sido elaboradas desde posiciones antiformalistas y antipositivistas.

El escrito de Francesco Riccobono se centra en lo problemático de considerar a Kelsen como un auténtico imperativista. Para Ferrajoli, el imperativismo kelseniano tiene como consecuencia, entre otras, la dificultad de explicar aquellas dimensiones del Derecho caracterizadas por la ausencia de un respaldo sancionador -piénsese en los principios que pueblan el Derecho del constitucionalismo-. Pero en este punto nos encontraríamos con una confusión -esta es la tesis de Francesco Riccobono- entre el carácter imperativo de la norma y su carácter sancionador. El hecho de que la norma jurídica tenga una naturaleza sancionadora no debe implicar necesariamente la afirmación de su carácter imperativo. No reconocerlo supone una "distorsión" del valor histórico y teórico de la propuesta kelseniana que, recuérdese, parte de una crítica a los planteamientos imperativistas y no sancionadores que habían caracterizado la ciencia jurídica. Kelsen propone una "inversión" de

la concepción de la norma jurídica, que ha de ser entendida en términos sancionadores y no imperativistas. A partir de ahí, se propone una “descorporización” del Derecho y una juridificación del Poder político. El Derecho ya no debe ser entendido con referencia última a un sujeto, el soberano, con las consecuencias que de ello se derivan en relación con la superación del marco estatal como estricto marco jurídico.

Uno de los hechos que Francesco Riccobono pone de relieve es que el pensamiento kelseniano es un pensamiento en evolución interna. En efecto, el autor austriaco matiza y reformula aspectos esenciales de su pensamiento a lo largo de su obra. Este hecho condiciona la validez de alguna de las aproximaciones analizadas en el libro, también la de Ferrajoli. En este sentido, hay muchos Kelsen, tal y como han puesto de relieve las periodizaciones de su pensamiento propuestas por Carsten Heidemann y Stanley Paulson, entre otros. El hecho de que en ocasiones se presente como general lo que en realidad es una crítica respecto a un momento particular del pensamiento kelseniano es un factor que relativiza la validez de la crítica, tal y como Francesco Riccobono pone de relieve. Lo cual, al mismo tiempo, es un elemento que contribuye a subrayar la importancia del análisis diacrónico en el estudio del pensamiento jurídico.

Por otra parte, de la lectura del libro se puede extraer otra conclusión referida en esta ocasión a la centralidad de la propuesta kelseniana en el desarrollo de la Filosofía del Derecho del último siglo. En efecto, y más allá del acuerdo o desacuerdo con las tesis kelsenianas, su centralidad radica en el hecho de que desde que Kelsen propone su teoría no se puede hacer Filosofía del Derecho de espaldas a la misma, suspendiendo el juicio en relación con alguno de los aspectos básicos de la misma. Aspectos que, por otra parte, están interrelacionados, ofreciendo un caso de propuesta unitaria. Pensemos, por ejemplo, en el valor de su propuesta universalista y objetivista, que implica no sólo una presentación en relación con un determinado concepto de Derecho, sino también un planteamiento sobre la función y el modo más adecuado de hacer Filosofía del Derecho. Por otra parte, el ideal de pureza de la *Reine Rechtslehre* implica una invitación a pensar sobre el lugar de la ciencia jurídica en el conjunto de los saberes y su relación con la ética, la política, y la sociología, entre otros. Esto, además de constituir una propuesta en relación con el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, abre la posibilidad de analizar un modelo de conocimiento jurídico en un contexto, el de hoy, en el que la liquidez de la que nos habló Zygmunt Bauman como requisito de

nuestro tiempo tiene también consecuencias en relación con la parcelación interna del saber. Exige posicionarse respecto a la relación forma-sustancia en el Derecho y respecto a la relevancia teórica y funcional de la dimensión material del Derecho como requisito de identificación y de análisis de lo jurídico. La relación con la rematerialización del Derecho del constitucionalismo y con la cuestión de la importancia de la referencia a la moral a la hora de identificar el Derecho parece evidente. Todo lo anterior, no supone olvidar la importancia que tiene una teoría de la norma que supuso en su momento una contestación al imperativismo reinante y que ofrece posibilidades de contraste con las propuestas contemporáneas que subrayan lo que podríamos denominar “el imperio de los principios”.

Así, el libro de Francesco Riccobono, es mucho más que una recopilación de críticas antikelsenianas. Además de ofrecer un análisis crítico de las críticas a Kelsen en un determinado contexto (en un ejercicio que podría ser considerado un ejemplo de “metacrítica”, una crítica de las críticas), contiene a su vez claves para identificar los grandes temas de la teoría kelseniana que han condicionado el desarrollo posterior de la Filosofía del Derecho.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*e-mail:javofil@der-pu.uc3m.es*



**Mario G. LOSANO,**  
*Norberto Bobbio. Una biografía culturale,*  
**Carocci, Roma, 2018, 510 pp.**

ALESSANDRO DI ROSA  
*Università di Parma*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** biografía, universidad, intelectual, Filosofía del Derecho  
**Keywords:** biography, university, intellectual, Legal Philosophy

La biografía cultural de Norberto Bobbio, escrita por el discípulo Mario G. Losano, a su lado durante aproximadamente cuarenta y cinco años, “expone los acontecimientos de su vida que acompañaron su producción intelectual, así como las líneas esenciales de sus principales trabajos” (p. 9). Es más: alternando el análisis histórico de los acontecimientos que constituyen el trasfondo del trabajo académico del filósofo turinés del Derecho y de la Política y la investigación en torno a los temas principales tratados por el autor, la obra se presenta como una completa reconstrucción de la trayectoria (tanto personal como académica) de Bobbio. Además, la amplitud de la exposición, junto a la precisión de los detalles, permite también al joven estudioso/a que se enfrenta por primera vez a algunas dimensiones de la vida y del pensamiento de Bobbio comprender con facilidad los temas tratados, proporcionando la ocasión para posibles profundizaciones futuras.

La estructura del libro permite no perderse en la larga exposición, repartiéndola en tres partes: *Bobbio y su mundo* (pp. 15-207), un análisis biográfico de los principales acontecimientos de su vida; *Bobbio y la Filosofía del Derecho* (pp. 209-321), que trata de la “primera fase” del Bobbio filósofo del Derecho, hasta 1972; *Bobbio y la Filosofía de la Política* (pp. 323-452), que analiza la “segunda fase” del Bobbio filósofo político, desde 1972, año en el que pasó de la Facultad de Derecho a la de Ciencias Políticas de la Universidad de Turín, sustituyendo a Alessandro Passerin d’Entrèves.

El principal obstáculo por superar es el tipo de producción científica de Bobbio: como es sabido, de hecho, él escribió un gran número de artículos, más que libros, en el ámbito de una producción que cuenta casi cuatro mil títulos<sup>1</sup> (p. 52). Sin embargo, la estructura y la división por temas son el resultado del estudio de Mario Losano a través de la colocación “de las piezas de un mosaico cuyo dibujo global ya se encontraba en la mente de Bobbio” (p. 12).

En este sentido, la parte biográfica del trabajo puede utilizarse como índice desde el que partir, una vez recorridos los acontecimientos importantes de la vida del filósofo, para profundizar las cuestiones científicas gracias a la segunda o tercera parte. Así, ella permite juntar la curiosidad histórico-biográfica y la científico-académica.

En el primer capítulo (*Un siglo de Filosofía del Derecho en Turín: 1872-1972*), hasta el lector menos experto puede seguir los acontecimientos generacionales de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Escuela de Turín, grupo que se formó en torno a Gioele Solari (“sucesor” de Giuseppe Carle) entre las dos guerras mundiales, que se caracterizaba por “el rechazo a cualquier dogmatismo, la pasión civil, el laicismo y, por último, la elección política a favor de una democracia de carga social, es decir, de un socialismo que no se identificaba con ninguna ideología de partido” (p. 21). La vida universitaria de Bobbio, que consigue la docencia en Filosofía del Derecho en 1934, desde el principio se distingue por algunos desacuerdos con el régimen fascista, como la obstrucción a ser llamado en la Universidad de Urbino y la exclusión de la oposición para profesor en 1938: episodios, estos, en los que el filósofo turinés se ve obligado a adherir formalmente al fascismo, lo que en los años siguientes de su vida será objeto de polémicas por parte de sus detractores. Después de un largo recorrido de enseñanza en varias universidades italianas (en Camerino, Siena, Padova), en 1948 Bobbio sucede a Solari (quien lo había seguido desde el primer año de universidad) en la cátedra de Turín, comprometiéndose con la “función civil de la enseñanza de la Filosofía del Derecho” (p. 51): eso, según el propio Bobbio, concluye la “prehistoria” de su experiencia académica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase M. REVELLI, *Nel labirinto del Novecento*, en N. BOBBIO, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, proyecto editorial e introducción de Marco Revelli, Mondadori, Milán, 2010, p. XI.

<sup>2</sup> N. BOBBIO, *De Senectute e altri scritti autobiografici*, nota a los textos y nota biográfica de Pietro Polito, Einaudi, Turín, 1996, p. 164.

La producción científica de Bobbio ha sido por él mismo dividida en trabajos académicos y militantes<sup>3</sup>, ambos abordados con método analítico, más centrado en los problemas que en los sistemas (p. 128), y todos caracterizados por la “marca de fábrica” del autor: diálogo, claridad y comprensión (p. 211). Como se decía, es posible analizar la evolución de su pensamiento según dos líneas, las de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política, materias que el percibe como “dos caras de la misma medalla: por un lado, el jurista se ocupa de las reglas necesarias para que una sociedad funcione; por el otro, el poder es necesario para que las reglas sean respetadas” (p. 131). Sus investigaciones constituyen, según sus propias palabras, no una filosofía, sino una teoría general, debido a que persiguen un “fin exclusivamente cognoscitivo (no propositivo)”, gracias al “procedimiento de la reconstrucción, a través del análisis lingüístico”<sup>4</sup>.

El filón de la Filosofía del Derecho empieza ya con sus dos “tesi di laurea” (la primera en Filosofía del Derecho, con Gioele Solari, en 1931, la segunda, en 1933, en Filosofía teórica, con Annibale Pastore), las que constituyen la investigación de base que luego desembocará en dos publicaciones monográficas: *Scienza e tecnica del diritto*, que trata de afirmar “la autonomía teórica de la Filosofía del Derecho frente a la jurisprudencia” (p. 214) y *L’indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, con la que Bobbio empieza su fuerte crítica al normativismo kelseniano (p. 234), textos con los que se presenta a la oposición para conseguir la docencia (p. 156), para luego obtener la cátedra, en 1938, con el volumen *L’analogia nella logica del diritto*. Bobbio proponía una teoría que tuviera el objeto de la limitación de la utilización de la *analogia legis*, manteniendo la seguridad jurídica y el Estado de derecho, al contrario de la práctica jurídica de la época, que extendía el uso por razones políticas, en particular en relación con la actividad creadora de los jueces, que evitaba la “sujeción positivista al texto de la norma” (p. 238). Además, en las relaciones entre analogía y Derecho Penal, Bobbio recorre el pasaje de la prohibición de analogía en las normas penales a la utilización de la interpretación extensiva, en efecto sosteniendo que aquella “caudca” debido a la imposibilidad de establecer fronteras entre analogía e interpretación extensiva (p. 244-246)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> N. BOBBIO, “Prefazione”, en C. VIOLI (ed.), *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. XXVI.

<sup>4</sup> N. BOBBIO, “Prólogo” a A. GREPPI, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Bobbio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 9.

<sup>5</sup> Cfr. L. Ferrajoli, que mantiene que Bobbio “ha restringido la analogía hasta tal punto que, volviendo a llevarla por entero en el principio de legalidad, hace su prohibición inútil e

En 1942 Bobbio publica el libro sobre la costumbre, no aceptando la corriente sociológica, por “defecto de sistema”, ni la normativa, por “exceso de sistema” (p. 253), afirmando, en contra de las teorías de la naturaleza declaratoria de la costumbre (como herramienta que revela el Derecho ya existente), su naturaleza constitutiva (en cuanto creadora de Derecho; p. 258). Además, él critica el requisito de la *opinio juris*, puesto que, debido a su naturaleza constitutiva, no existe ninguna norma previa a la propia costumbre, que por el contrario es creada a través de la autoridad de la repetición: la *opinio juris*, entonces, no forma parte del proceso de creación de la costumbre, sino de su simple eficacia o de su conservación.

Tras la llamada a la Universidad de Turín (1948), Bobbio mantiene que en 1949 empiezan sus “obras de la madurez”<sup>6</sup> (p. 265), con un trabajo de comentario a la *Teoria generale del diritto* de Francesco Carnelutti, quien criticaba a Kelsen: aquella fecha, entonces, marca oficialmente la “conversión” de Bobbio al positivismo jurídico kelseniano.

A pesar de que Bobbio no escribió nunca una teoría general, en 1987 Eduardo Roza Acuña, de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá), quien desde hacía tiempo había traducido las despensas de Bobbio sobre norma jurídica y ordenamiento jurídico para sus estudiantes, le pidió el consentimiento a la edición italiana por Giappichelli: *Teoria generale del diritto* (1993). En esta colección de trabajos, Losano subraya la aceptación de Bobbio de la tesis de Jhering por la que las normas pueden dirigirse al poder judicial, tanto como la distinción de Bobbio entre normas primarias y secundarias, es decir, dirigidas a los ciudadanos o al poder judicial (p. 276). Además, punto de referencia para Bobbio es la *Teoria generale del diritto e dello Stato* de Kelsen, la que distinguía entre *Nomostática* (teoría de la norma jurídica) y *Nomodinámica* (teoría del ordenamiento jurídico; p. 278): la misma estructura, de hecho, es utilizada por Bobbio en su *Teoria della norma giuridica* y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cursos que dio en 1958 y 1959, para luego llegar a

---

irrelevante o siquiera insensata” (p. 248; L. FERRAJOLI, *Prefazione*, en N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, a cura di Paolo di Lucia, Giuffrè, Milano, 2006, p. XVIII). Guastini, por su parte, critica Bobbio, manteniendo que de manera implícita e incluso ingenua está sosteniendo las razones del régimen (p. 239; R. GUASTINI, “Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo Novecento”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 6, 1976, pp. 570-575).

<sup>6</sup> N. BOBBIO, “Prólogo a la edición española”, en A. RUIZ MIGUEL (ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Torres, Valencia, 1980, p. 10.

aceptar el positivismo jurídico de Kelsen, lo que resulta evidente en *Il positivismo giuridico*, curso que dio en 1960.

Las clases de Bobbio de aquellos años, en particular, siguen constituyendo el núcleo central y definitorio en el marco del positivismo jurídico italiano: piénsese, por ejemplo, en los siete modos definitorios del mismo adoptados por Bobbio, es decir, el positivismo jurídico como *teoría formal* (el Derecho como hecho), como *teoría de la coactividad* (el Derecho como sanción), como *teoría del normativismo legislativo* (la legislación como fuente principal), como *teoría imperativa* (la norma como orden), como *teoría sistemática* (completitud del sistema y ausencia de lagunas), como *teoría de la interpretación no creativa* (interpretación mecánica) y como *teoría de la obediencia incondicional a la ley* (pp. 281-282).

La adhesión al positivismo kelseniano, sin embargo, no es incondicional: Bobbio, en efecto, en 1967 rechaza la distinción de Kelsen (que hasta aquel momento venía aceptando) entre *Derecho* y *ciencia del Derecho*, la que atribuía carácter prescriptivo a las normas jurídicas y descriptivo a las proposiciones de la ciencia jurídica. A partir de 1967, de hecho, Bobbio mantiene, por el contrario, que también la ciencia jurídica kelseniana tiene carácter prescriptivo, en cuanto sugiere al jurista cómo hacer ciencia jurídica, es decir, “le exige describir” (pp. 284-285). Esta primera ruptura llevará Bobbio a una abertura a la visión *funcionalista* del Derecho (p. 289).

La fase pospositivista de Bobbio es atribuida por Losano al periodo de la muerte de Kelsen (1973): por otra parte, hacía ya algunos años (en 1969) Bobbio había anunciado su abertura al funcionalismo jurídico con un trabajo sobre la función promocional del Derecho, yuxtaponiendo al Derecho penal un “Derecho ‘premio’” (p. 292): de hecho, el Derecho no sanciona sólo en sentido negativo, sino también en sentido positivo, para obtener determinados comportamientos; así, Bobbio llega a criticar la escasa consideración por Kelsen de las normas premiales, manteniendo la existencia de una función promocional que recurre sobre todo a la economía (p. 314). Losano investiga los acontecimientos anteriores a la publicación, en 1969, del ensayo *Dalla struttura alla funzione*, recordando un seminario sobre la noción de ‘obligación’ organizado, en 1965, por Passerin d’Entrèves y Bobbio, al que participó también Genaro Carrió, cuyo trabajo<sup>7</sup> llamó la atención de Bobbio sobre la función promocional del Derecho (p. 305). De este modo, “el análisis del Derecho como sistema cerrado se ha concluido con un rico botín intelectual

---

<sup>7</sup> G. CARRIÓ, *Sobre el concepto de deber jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

tual; ahora ello debe ser puesto al lado del más amplio análisis del Derecho como sistema entre los sistemas, es decir, como uno de los subconjuntos que forman el sistema social” (p. 293). Por lo tanto, Bobbio “apadrinó” la revista *Sociologia del diritto*, fundada por Renato Treves en 1974, en cuyo primer número subrayaba la distinción entre teoría general del Derecho y sociología del Derecho, en un tentativo definitorio sobre las relaciones entre las dos disciplinas.

Esta revisión del positivismo y abertura a la función promocional constituyen el terreno fértil en cuyo marco, en 1972, con el paso a la Facultad de Ciencias Políticas y a la enseñanza de Filosofía política (“heredera” de la *Dottrina dello Stato*), Bobbio insertará su renovada atención a temas más filosófico-políticos. Es interesante la reconstrucción del concepto de Filosofía política según Bobbio, en la que Losano recuerda un congreso de 1965 en París, en el que Treves describía qué debía entenderse por “Filosofía política” en Italia en aquella época, además del congreso sobre *Tradizione e novità della filosofia della politica* de 1970, en el que Bobbio retoma tanto la concepción de Treves de la Filosofía política como metodología de la ciencia política como la de Passerin d’Entrèves, de filiación más anglosajona, de la Filosofía política como el estudio de los límites del Poder y de la obligación política. Así, Bobbio individua cuatro sentidos de Filosofía política: teoría del modelo ideal de Estado, teoría de la legitimación del Poder, teoría de la categoría de la ‘política’ y distinción de la moral, la economía y el Derecho y, por último, la dimensión de investigación de la Filosofía política sobre sí misma, inspirada a la filosofía analítica (pp. 326-327).

El interés de Bobbio por los temas políticos, sin embargo, no se debe únicamente a esta segunda fase. Por el contrario, Bobbio había conjugado este interés con una militancia política y civil (formándose, de hecho, con el liberal socialismo de Rosselli, militando primero en el *Partito d’Azione* y luego en el *Partito socialista*), afirmando la importancia de la democracia parlamentaria desde los años del fascismo: en esto, Losano subraya su rechazo de la forma directa de la democracia de los antiguos (p. 328). La democracia, en particular, es concebida por Bobbio en términos mínimos, como “reglas del juego”, en lo que es evidente la influencia kelseniana, junto a la garantía de las libertades fundamentales.

Además de las reflexiones sobre democracia, nos encontramos también con aquellas sobre derechos humanos, cuyo primer trabajo de Bobbio data de 1951. Derechos humanos, paz y democracia, en Bobbio, van necesaria-

mente juntos, puesto que “sin derechos del hombre reconocidos y protegidos no hay condiciones mínimas para la solución de los conflictos sociales”<sup>8</sup> (p. 331). No obstante, él rechaza una fundación absoluta para los derechos humanos, manteniendo que ella debe ser buscada más bien en su origen histórico, que se articula en las conocidas tres fases (derechos de libertad, derechos políticos y derechos sociales), de las que Bobbio habla en términos de “libertad frente al Estado, en el Estado y a través del Estado” (p. 333). Además, el activismo político en la izquierda italiana le permite enfocar la tensión entre libertad formal y libertad material: “la máxima libertad para el ciudadano se realiza entonces en el Estado que logra equilibrar las dos formas de libertad” (p. 347).

Otro de los temas políticos de Bobbio es la cuestión de la paz y de sus relaciones con la guerra, que se hace importante en la reflexión del autor después del segundo conflicto mundial. Dichas reflexiones, publicadas en varios artículos, serán insertadas luego en dos libros: *Il problema della guerra e le vie della pace* (1979) e *Il Terzo assente* (1989) (pp. 359-360). Bobbio concede particular atención al fenómeno de la guerra atómica, manteniendo su incompatibilidad con las justificaciones tradicionales de la guerra, optando para un pacifismo “institucional”, que delega a las instituciones supranacionales la solución de los conflictos entre Estados, y “activo”, es decir con el fin de la construcción de una conciencia del peligro de la guerra nuclear. El pacifismo, según Bobbio, es una “teoría revolucionaria”<sup>9</sup>, junto al anarquismo y al comunismo (p. 366). Las teorías pacifistas de Bobbio no tardan en ser aplicadas a la realidad, provocando numerosas críticas, como por ejemplo en la ocasión de su definición de “guerra justa” en el caso de la intervención de Naciones Unidas contra la invasión de Kuwait por parte de Iraq: Losano explica como la utilización del término ‘justo’ en el sentido de “conforme a Derecho” fue malinterpretada por parte de quien, como por ejemplo Zolo, mantenía que Bobbio había utilizado ‘justo’ en sentido ético (p. 369).

También la aversión de Bobbio a la *Lega Nord* y a Berlusconi constituye una interesante lectura por parte de Losano: la primera le permite al autor explicar la adhesión de Bobbio a las teorías federalistas, que en su opinión habían sido totalmente revertidas en aquel movimiento que él describía como racista (p. 377), mientras que el análisis de la Italia pre y posberlusconiana subraya la ideología excesivamente liberal (en sentido económico)

<sup>8</sup> N. BOBBIO, *De senectute*, cit., p. 165.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 79.

y antiestatalista que ha dominado en los últimos veinte años de la política italiana, lo que convierte Bobbio en un agudo lector de su presente y de las posibles implicaciones futuras de los acontecimientos políticos de su época.

Por último, Losano dedica gran atención al tema de la relación, en el Bobbio “hombre de razón y no de fe” (p. 387), entre democracia y laicidad. En particular, Bobbio mantiene que la laicidad es fundamento de los Estados no confesionales, y “la esencia del espíritu laico es la lucha contra cualquier forma de intolerancia, exclusivismo, en resumidas cuentas, contra cualquier especie de fanatismo”<sup>10</sup> (pp. 390-391). El laicismo de Bobbio es descrito por el autor como “libre del anticlericalismo y de la irreligiosidad” (p. 391), definición que él atribuye a la actitud de Bobbio como resultado de un análisis de la evolución de la concepción laicista en el siglo veinte y, sobre todo, a partir de la definición de laicismo proporcionada por Guido Calogero en términos de una “defensa de todo hombre de la injerencia de los malos Estados y de las malas Iglesias” (p. 403).

La teoría laica de Bobbio se encuentra ya en su teoría de la democracia, fundada en la tolerancia y en el rechazo de los valores absolutos y en la consiguiente aceptación del relativismo, que conducen, como subraya en *Il futuro della democrazia* (1984), a la necesaria aceptación del compromiso, de la tolerancia y del diálogo (p. 417). Relativismo no significa, sin embargo, imposibilidad de adhesión individual a una moral laica: Bobbio, por otro lado, individúa cuatro de éstas, el *iusnaturalismo moderno*, la *costumbre*, la *teoría kantiana o formal* y el *utilitarismo*. Laicismo significa que la ética laica no es única y compacta, tal y como la católica, sino que es fragmentada (p. 411).

Losano combina el análisis de las necesarias características del Estado laico, en Bobbio, con la experiencia real y biográfica de las luchas militantes del filósofo turinés, que en relación con la reflexión sobre laicidad le permiten tomar posición en los casos de la enseñanza de la religión en la escuela pública y del aborto. Bobbio resuelve la primera cuestión a través de la utilización de su clásico método de la distinción, en este caso entre libertad *en la escuela* y libertad *frente a la escuela*; ésta, que se puede interpretar tanto en sentido negativo como positivo, afirma el principio por el que el Estado laico permite la libertad de instituir escuelas distintas de las estatales, pero, al mismo tiempo, la laicidad del Estado no es compatible con la imposición de la enseñanza curricular de la religión (pp. 420-427). La ley sobre interrupción voluntaria del embarazo (“ley 194”) de 1978, por otro lado, con el consi-

---

<sup>10</sup> G. CAMPOLIETI (a cura di), *Voci dal mondo laico*, Dedalo, Bari, 1992, p. 55.

guiente referéndum de 1981, le da a Bobbio la oportunidad para expresar el alcance general del principio de la indisponibilidad de la vida, oponiéndose al aborto desde el punto de vista moral<sup>11</sup> en virtud de la primacía del derecho a la vida del feto frente al derecho de la mujer a elegir para su propio cuerpo (pp. 432-434). Si se mira bien, estos casos constituyen una aplicación de el que luego se convertirá en el principio general mantenido en *Elogio alla mitezza* (1998), a imagen del libro de Gustavo Zagrebelsky *Il diritto mite* (1992), donde Bobbio acepta el necesario balance entre principios en el Estado constitucional (p. 441).

En conclusión, la obra constituye, además de un homenaje (como se desprende de la *Despedida de Bobbio*, pp. 453-460), una exposición completa del carácter extendido, fértil y profundizado de las distintas dimensiones de la vida de Bobbio, la personal, la académica y la del compromiso civil, capaz de restituir al lector la complejidad y la profundidad del filósofo turinés del Derecho y de la política que ha constituido –y sigue constituyendo– una referencia fundamental e imprescindible tanto de la Italia fascista como de la Italia republicana, recorriendo una estampa de historia que es en la que tiene sus raíces nuestro presente, numerosas dimensiones del cual todavía pueden ser releídas con mirada crítica “volviendo otra vez a Bobbio”.

ALESSANDRO DI ROSA

*Università di Parma*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*e-mail: alessandro.dirosa@unipr.it*

---

<sup>11</sup> Sin embargo, es preciso recordar que la oposición moral de Bobbio al aborto no implica también su rechazo a la ley sobre esa práctica: de hecho, su crítica se desarrolla solo desde el punto de vista moral; cfr. p. 433, nota 127.



**Benjamín RIVAYA,**  
*Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea.*  
**Valencia, Tirant lo Blanch alternativa, 2018, 235 pp.**

HÉCTOR GONZÁLEZ PÉREZ  
*Universidad de Oviedo*

**Palabras clave:** anarquismo, Derecho, Filosofía, Filosofía del Derecho, iusnaturalismo  
**Keywords:** anarchism, Law, Philosophy, Philosophy of Law, natural Law

El libro *Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*, tiene su origen en las oposiciones a Catedrático de Universidad que el profesor Rivaya ha superado con éxito recientemente. Sin embargo, la causa del interés del ya Catedrático de la Universidad de Oviedo en las cuestiones jurídicas relacionadas con el anarquismo, viene de lejos.

Experto en Filosofía del Derecho y con una gran cantidad de aportaciones en este ámbito, no ha perdido la ocasión acercarse desde su formación académica al tratamiento y perspectivas que desde cine se hace del Derecho y de igual modo, al anarquismo. Desde que en el año 2001, tuviera un primer acercamiento, las publicaciones relacionadas con el anarquismo y el Derecho han sido una constatación de línea de investigación que si bien no ha resultado excesivamente prolífica, si que ha sido muy interesante<sup>1</sup>.

Nunca es correcto definir una obra como definitiva y no será este el caso, pero *Filosofía anarquista del Derecho* tiene la cualidad de ahondar tanto temática como cronológicamente en todos los aspectos y autores relacionados con

---

<sup>1</sup> Entre las obras del profesor Rivaya podemos encontrar los siguientes acercamientos al anarquismo: B. RIVAYA, "Anarquismo y Derecho", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 112, 2001, pp. 77-108, ID, "Ni Dios, ni ley ni amo: La ideología jurídica del anarquismo español", en F. J. ANSUÁTEGUI, J.M. RODRÍGUEZ, G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, (Coord.), *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 3, tomo 1, 2007, pp. 885-932, ID., "La verdad sobre el caso Savolta y sobre la ideología del anarquismo español", en R. GARCÍA y M. RUÍZ, (Coord.), *El derecho en el cine español contemporáneo*, 2009, pp.135-150, e ID., "Chomsky y el Derecho", en VV.AA, *Homenaje al profesor Luis Roldán*, 2016, pp. 621-633.

el anarquismo y sobre todo, de profundizar concienzudamente en todos los puntos tratados en el texto, aunque éstos hubieran sido abordados ya con anterioridad en otros artículos o comunicaciones, ofreciendo más información, análisis y reflexión sobre las diferentes cuestiones planteadas, por lo que nos encontramos ante una obra de obligada referencia en la cuestión dada su indiscutible calidad.

La curiosidad y el interés personal declarado por Rivaya sobre el anarquismo –introducir un nuevo tema en sus clases de pensamiento jurídico y filosofía política<sup>2</sup>–, confiere además otras inusuales cualidades al texto que conviene resaltar.

En primer lugar, a pesar de su evidente orientación académica, el libro puede ser perfectamente leído y consultado no solo por aquellos académicos que quieran acercarse al estudio de *La Idea*, sino por cualquier lector que sienta la inquietud de acercarse al estudio del anarquismo en este campo, aún siendo profano. Dicho de otra manera, cualquier persona interesada en el anarquismo, sea cual sea su formación o nivel de estudios, puede acudir a estas páginas a encontrar respuestas sobre el mismo.

En segundo lugar y en relación a la primera, se trata de un libro transversal y con varios niveles de lectura. Por un lado, se trata de un texto de filosofía de jurídica que se adentra en las valoraciones e interpretaciones libertarias sobre el Derecho. Por otro, no deja de ser un estudio sobre el anarquismo, las variantes ideológicas del pensamiento ácrata y sus respectivos autores, sus enfrenamientos con otras corrientes interpretativas, tanto de la realidad como del Derecho –desde el positivismo hasta el marxismo–, y sus propuestas sociales a través del estudio del Derecho, lo que lo hace muy recomendable para un estudio del anarquismo en muy diversas ramas de las Ciencias Sociales y Humanidades y porque no, también desde una perspectiva militante. En tercer y último lugar, este estudio funciona a modo de manual, tanto para acercarse a la Filosofía del Derecho o al Iusnaturalismo como para formarse en el pensamiento de autores anarquistas –Bakunin, Kropotkin y Chomsky principalmente–. Todo ello independientemente del grado o campo de formación, ya que el texto ofrece la posibilidad descender y profundizar en el análisis de las ideas expuestas según el interés, capacidad o enfoque analítico que se le aplique.

---

<sup>2</sup> B. RIVAYA, *Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*, Valencia Tirant lo Blanch alternatives, 2018, p. 9.

Es importante señalar en este sentido, tanto la minuciosidad con la que se desgranán las ideas y argumentos sin perder ritmo en la exposición –lo que constituye una evidencia positiva del trabajo y el reposo de las ideas expuestas durante más de quince años–, como que la redacción de la obra haya corrido a cargo de una persona interesada en el pensamiento anarquista pero no militante de La Idea –o ferviente opositor–, lo que a nuestro juicio hubiera supuesto una redacción más bronca y partidista y que le hubiera hecho perder interés al texto en sentido.

Las cualidades señaladas no son gratuitas, el primer capítulo del libro da buena cuenta de las mismas, siendo quizá el máximo exponente de todas ellas. En primer lugar porque ofrece un exquisito acercamiento al objeto de estudio, empleando un volumen de páginas importantes en definir el qué, cómo y porqué de la temática elegida; en segundo lugar, porque realiza una perfecta y justificada delimitación de qué es el anarquismo, excluyendo a autores que generalmente se relacionan con el mismo, ya sea por su individualismo extremo, contrario al pensamiento comunitario –casos de Stirner y Nietzsche– o por su acusado teísmo frente a la negación de la deidad –Tolstoi–, cuestión que se repite en diferentes ocasiones a lo largo del texto<sup>3</sup> y que el autor justifica conveniente, dado que no todos los expertos en anarquismo –ni todos los anarquistas–, coinciden en este punto<sup>4</sup>.

Del mismo modo, cabe destacar, no ya solo en este primer capítulo sino en el conjunto de la obra, la gran cantidad de autores citados para elaborar un discurso consistente. No solo en el terreno jurídico –que lógicamente y como cabe esperar, aparecen en la obra aunque sea brevemente mencionados–, sino en el amplio abanico libertario. Aunque Bakunin, Kropotkin y Chomsky se lleven el protagonismo –como por otra parte cabe esperar de los dos filósofos anarquistas más importantes de la historia y del pensador libertario más mediático e influyente de la segunda mitad del S.XX–, Proudhon,

---

<sup>3</sup> La exclusión de Stirner, Nietzsche y Tolstoi se justifica extensamente entre las páginas 39-66 del texto. Posteriormente, entre las páginas 110-115 se excluye al movimiento contracultural de los límites del anarquismo y entre 122-132, se procede a excluir a la corriente ultraliberal impulsada por Nozick. Autodenominada anarquista, es más conocida como anarcocapitalista y filosóficamente se encuentra bastante próxima a la teorías de Max Stirner.

<sup>4</sup> Los académicos españoles más prolíficos en anarquismo –quienes han centrado su investigación principalmente en su vertiente violenta–, incluyen por el ejemplo el nihilismo y las influencias de Nietzsche dentro del campo anarquista, cuestión que da para un importante debate teórico-ideológico. Ver, J. AVILÉS y Á. HERRERÍN, *El nacimiento del terrorismo en occidente. Anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Madrid, Siglo XXI, 2008.

Reclús, Berkman, Goldman o Malatesta e incluso autores menos conocidos como Malato, Bookchin, Zerzan, o incluso Godwin<sup>5</sup>, gozan de constantes referencias en la obra. También los anarquistas españoles, más caracterizados por la acción práctica que por la reflexión han encontrado hueco, desde el máximo exponente de todos ellos, Ricardo Mella, hasta Abad de Santillán, pasando autores de un interés indudablemente menor como Urales, Lorenzo o Montseny.

Los capítulos segundo y tercero de la obra van adentrando al lector tanto en el pensamiento libertario, en sus diferentes corrientes y autores, como en la visión unánimemente negativa del Derecho-Ley –del positivismo legalista– y de los juristas, una concepción que en el anarquismo se ha mantenido invariable desde sus primeros textos. Como hemos señalado ya, el profesor Rivaya no pierde la ocasión de ampliar el campo de estudio para adentrarse en la relación y enfrenamientos ideológicos establecidos entre el pensamiento libertario y marxismo o el liberalismo a todos los niveles, incluido el de filosofía jurídica.

Es en los dos últimos capítulos de la obra, el cuarto y el quinto, es en los que el libro se adentra con mayor minuciosidad en el estudio de la concepción del anarquismo sobre el Derecho natural, tomando como principales referencias a Bakunin para el S.XIX –quizá el pensador más anarquista preocupado por estas cuestiones– y a Chomsky para el S.XX, y de las propuestas implícitas en esa concepción sobre el Derecho, la de los derechos humanos como un ideal de relación justa y horizontal, tanto a nivel jurídico como personal y social, presentándonos toda una teoría sobre el Derecho, tan interesante y rica como ninguneada y olvidada por los investigadores. Unas páginas éstas, indispensables para cualquier jurista que desde ahora, pretenda acercarse al Derecho Natural o a la Filosofía del Derecho.

Acaso hubiera venido a redondear el trabajo un pequeño apartado dedicado a la relación del anarquismo con el derecho. Aunque algunos apartados del texto se acercan a esta cuestión, lo hacen desde una perspectiva eminentemente teórica<sup>6</sup>. Nos referimos por tanto, a la legislación antianarquista elaborada por los diferentes estados y al posicionamiento y acción anarquista frente al sistema legal y judicial con el cual, por ser una extensión más del Estado y su columna vertebradora, se mantiene en

---

<sup>5</sup> Precursor del anarquismo cuya obra está escrita a caballo entre los siglos XVIII y XIX.

<sup>6</sup> “Los juristas y la ciencia jurídica vistos por el anarquismo”, “Kelsen, sobre el anarquismo y el Derecho natural”.

constante conflicto. Campañas de defensa y exoneración de los anarquistas encarcelados o envueltos en procesos judiciales, lucha contra las leyes antianarquistas, combates contra el sistema judicial en sus diferentes vertientes, etc<sup>7</sup>. Es decir, la dialéctica entre anarquismo y Derecho. De la misma manera, un pequeño acercamiento al porqué práctico del rechazo del Derecho por parte del anarquismo, podría haber resultado también muy interesante. Se trataría de ahondar no ya el posicionamiento iusnaturalista de La Idea conforme a un ideal –entre otras cosas y como demuestra el autor en repetidas ocasiones– jurídico de organización social, sino las razones prácticas y concretas del rechazo a la Ley, cuestión a tener muy en cuenta en tanto que estas consideraciones negativas sobre el Derecho hecho Ley, gozan de una importante proyección social que junto con el discurso antipolítico y la labor organizadora y cultural, convierten al anarquismo en un movimiento de masas de obligada referencia hasta el inicio de la I Guerra Mundial. Si bien entendemos que no entra de los límites estrictos de la Filosofía del Derecho ni del objeto de estudio, consideramos que no dejarían de resultar muy interesantes las aportaciones y reflexiones del profesor Rivaya al respecto, habida cuenta de que otras expuestas en el texto y que superan también los límites del Derecho, aportan cuestiones muy interesante para su lectura.

Podrían quedar por tanto pendientes estas cuestiones para una siguiente entrega o revisión, o para que otro investigador continúe por el camino abierto por el autor hace ya casi veinte años y que se revela tan interesante, apasionante y necesario como el texto *Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*.

HÉCTOR GONZÁLEZ PÉREZ  
Universidad de Oviedo  
e-mail: UO196894@uniovi.es

---

<sup>7</sup> Algunos trabajos que se han ocupado de estas cuestiones son J. AVILÉS, *La Daga y la dinamita. Los anarquistas y el nacimiento del terrorismo*, Barcelona, Tusquets editores, 2013, Á. HERRERÍN, *Anarquía, dinamita y revolución social. Violencia y represión en la España de entre siglos (1868-1909)*, Madrid, Catarata, 2011 y J. AVILÉS y Á. HERRERÍN, cit.



**Cástor DÍAZ BARRADO,**  
*América en busca de la integración: rasgos y principios  
desde la óptica del Derecho Internacional,*  
**Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 312 pp.**

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** procesos de integración en América, paz, democracia, derechos humanos, desarrollo  
**Keywords:** integration processes in America, peace, democracy, human rights, development

Como afirma Celestino del Arenal en el inicio de su magnífico Prólogo al libro que estamos comentando: “Los procesos de integración internacional constituyen uno de los fenómenos más característicos de las actuales relaciones internacionales. Su estudio representa, hoy, una de las tareas más importantes para los especialistas en Relaciones Internacionales y en Derecho Internacional. Las principales dinámicas, aunque no únicas, que están en la base de los procesos de integración que conocen las relaciones internacionales son los procesos de creciente interdependencia y de globalización que están transformando radicalmente la sociedad internacional”<sup>1</sup>.

En efecto, como he escrito en otro lugar, en relación a uno de los procesos de integración en América más relevantes y con mayor proyección, UNASUR: “En el mundo globalizado en el que vivimos, para afrontar los problemas y necesidades que plantea y para aprovechar las oportunidades que, sin duda, también ofrece, la actuación coordinada, conjunta o, mejor aún, consensuada en una sola voz que represente a un conjunto coherente –geográfica, cultural, política, social y económicamente– de Estados *no es ya una opción política o ideológica; se trata de una necesidad* tanto más acuciante

---

<sup>1</sup> C. DEL ARENAL, “Prólogo”, en C. DÍAZ BARRADO, *América en busca de la integración: rasgos y principios desde la óptica del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 9.

cuanto más avanza el proceso globalizador. En América Latina en general y en América del Sur en particular, como se sabe, muchas han sido las iniciativas y los intentos de articular procesos de integración política y económica, tanto a escala regional como subregional, desde el inicio mismo de los primeros pasos hacia la independencia –de los que en estas fechas se celebran los 200 años–. La apuesta en todos esos casos era exclusivamente ideológica, de posicionamiento político desde algunos de los propios líderes de la independencia, empezando, como se sabe, por el propio Simón Bolívar en las décadas iniciales del siglo XIX.

Sin embargo, *en los inicios del siglo XXI la integración no es ya una opción ideológica sino una auténtica necesidad objetiva si se pretende mantener un cierto grado de autonomía, de presencia y de influencia en la gobernanza global en cualquiera de los ámbitos materiales a los que la Globalización afecta –que, no lo olvidemos, son todos–*<sup>2</sup>.

El profesor Cástor Díaz Barrado, uno de los más reputados investigadores en América Latina y el Espacio Iberoamericano, labor que viene realizando con intensidad, rigurosidad y solidez desde el Centro de Estudios de Iberoamérica (CEIB) de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid al frente de un equipo de magníficos investigadores –que, entre otros, ha dado lugar a la reputada *Revista Electrónica Iberoamericana* o a colecciones como la *Colección CEIB de Estudios Iberoamericanos* y la *Colección de libros Cuadernos Iberoamericanos de Integración*– ha realizado una magnífica, profunda y muy útil obra de madurez en torno a los procesos de integración en el continente americano, centrada, como corresponde a aquellos que llegan a un estadio superior de conocimiento de determinados fenómenos –en este caso jurídico-políticos–, en analizar en profundidad los rasgos esenciales y los principios básicos que son comunes a dichos procesos.

Y es que, desde luego, no es esta tarea sencilla: identificar y profundizar en el análisis de rasgos y principios esenciales de cualquier institución nunca lo es; pero lo es menos aun cuando lo que se pretende es identificar, primero, y profundizar, después, en los rasgos y principios de toda una serie de procesos de integración, conectados entre sí, sin duda, pero de origen, composición y objetivos tan diversos como los muy numerosos procesos de integración latinoamericanos. Complejidad y dificultades que son superadas por el

---

<sup>2</sup> F. VACAS FERNÁNDEZ, J.M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, *La dimensión exterior de UNASUR: Instrumento de la acción concertada de los Estados sudamericanos*, núm. 9 Colección CEIB de Estudios Iberoamericanos, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 151-152.

autor a través de un análisis riguroso y en profundidad, que sólo desde el conocimiento sólido y maduro que no dan sino los largos años de estudio, diría, de entrega apasionada a su investigación y conocimiento.

El resultado es un precipitado esencial de los rasgos medulares y los principios y fundamentos básicos que definen y sustentan los intentos de integración en América, que en la obra conforman las dos partes en que se divide. En la primera parte el autor identifica como “rasgos esenciales de la integración en el continente americano”, a partir de la constatación de su gran proliferación y pluralidad de procesos, son:

- su *carácter multidimensional*, puesto que, al económico, como componente central común a todos ellos, se unen otros de naturaleza social y política y donde lo “ideológico” ocupa un lugar siempre predominante; lo que lleva a concluir la diversidad en las dimensiones de la integración de los diferentes procesos desarrollados.
- Su *carácter evolutivo y dinámico*, tanto desde la perspectiva de su nacimiento como en la paulatina asunción de competencias, así como en los propios esquemas de integración adoptados.
- La constatación del reflejo de la diversidad geográfica en los procesos de integración, cuyo alcance territorial varía y se adapta a la misma: desde un alcance hemisférico al regional o, más limitadamente, subregional.

En la segunda parte, el autor centra su análisis en identificar y profundizar en los “principios y fundamentos que sustentan la integración americana”. Y que funcionan como el sustrato necesario que vehicula y sustenta todo el proceso:

- *La paz*, “fundamento imprescindible de la integración”, que se articula en torno a las denominadas Zonas de Paz y que está, sin duda, en la base de la integración en materia de seguridad y defensa.
- *La democracia*, calificada por el autor como “principio constitucional de la integración”; por más que tanto en el pasado –desde luego y de manera generalizada durante toda la Guerra Fría– como en el presente se vea sometida a pruebas explícitas e implícitas evidentes –Cuba, Venezuela, Nicaragua, sí; pero también Honduras, Paraguay, Brasil, Guatemala, Colombia ...–.
- *El respeto de los derechos humanos*, como “principio necesario para la integración”.
- *El desarrollo económico y social*, como base de la integración.

Dibujándose de este modo el triángulo virtuoso que sustenta el difícil y complejo progreso en el marco de la Sociedad Internacional globalizada del tiempo presente, y cuyos vértices son: paz y seguridad, derechos humanos y democracia, desarrollo económico y social. Su profunda interconexión e interdependencia, su relación simbiótica en la que la retroalimentación funciona tanto en positivo como en negativo, tiene probablemente en América y sus procesos de integración su ejemplo paradigmático, así como el campo de pruebas más acabado, para bien y para mal.

En definitiva, una obra necesaria, imprescindible ya para todos aquellos que, de manera iniciática, o desde una mayor profundidad, se adentren en el complejo y diverso, pero no por ello anárquico o deslavazado, como aquí se demuestra, mundo de los procesos de integración en América.

FÉLIX VACAS FERNÁNDEZ  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*e-mail: felix.vacas@uc3m.es*

**Francisco M. MORA SIFUENTES (coord.),**  
*Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica,*  
**2ª ed., México, Fontamara-IEEG, 2017, 287 pp.**

EVERARDO RODRÍGUEZ DURÓN  
*Universidad Autónoma de Aguascalientes, México*

**Palabras clave:** democracia, deliberación, ciudadanía, representación, justicia constitucional  
**Keywords:** democracy, deliberation, citizenship, representation, judicial review of legislation

Los que corren no parecen ser buenos tiempos para la democracia. A uno y otro lado del Atlántico el ideal democrático resulta contestado por el resurgimiento de corrientes poco dispuestas para aceptar el carácter deliberativo y pluralista que exige la formación de la voluntad colectiva a través de la regla mayoritaria. Sin embargo, este no es momento para la desesperanza. Al contrario, es tiempo para reflexionar sobre la manera en que las instituciones democráticas pueden desplegar toda su potencialidad en beneficio de nuestras sociedades. Justo dentro de este afán se inscribe el libro *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, coordinado por Francisco M. Mora Sifuentes, cuya segunda edición corregida y aumentada apareció en agosto de 2017.

Esta edición –donde se superan algunas erratas menores y se agrega el prefacio sobre “Un catálogo de argumentos y problemas democráticos”, redactado por el propio Mora Sifuentes– reúne las contribuciones de Massimo La Torre, Juan Carlos Bayón, Javier de Lucas, Félix Ovejero, Bernard Manin y Azi Lev-On, Roberto Gargarella, Francisco Ansuátegui Roig, Mariano Melero de la Torre y Jeremy Waldron. Cada uno de ellos aborda cuestiones abiertas del debate democrático que resultan valiosas en sí mismas; pero, más allá de los aspectos particulares, destaca la visión global provocada por el libro en su conjunto. La obra muestra a la democracia como un fenómeno

complejo que no se limita al momento electoral, sino que supone el mantenimiento de ciertas condiciones relacionadas con el ejercicio de los derechos, la transparencia, la deliberación constante y la rendición de cuentas. Así, el conjunto de trabajos recopilados por Mora Sifuentes, de alguna manera viene a ser el relato de esas condiciones que permiten contemplar a la democracia bajo su mejor luz posible.

Comenzaré por referirme a la contribución de Massimo La Torre titulada “¿La decadencia de Occidente? Sobre el futuro de la democracia”, la cual se funda en dos aspectos claramente definidos. Por una parte, es un ejercicio descriptivo de la problemática que asecha a la democracia; y, por otro lado, es una reivindicación de los ideales de libertad e igualdad que subyacen a esta forma de gobierno. La Torre precisa que la discusión sobre la democracia se mueve entre la saciedad y la ansiedad, principalmente por el efecto de dos males devastadores: la corrupción y la erosión del espacio público en perjuicio de los ciudadanos. La corrupción viene a ser una patología que lleva a una aguda degradación moral manifestada en la vulgarización del espacio público y en el alejamiento de la política del ámbito netamente ciudadano. Según La Torre, entre las causas de este empobrecimiento destacan la reducción de la democracia a la forma precaria de un espectáculo televisivo y la creencia de que las cuestiones democráticas solo pueden ser tratadas por los técnicos ajenos al común de las personas. El efecto es la creación de un círculo vicioso: la televisión ha alejado el debate de los centros ciudadanos en la medida en que la democracia se convirtió en un ejercicio reservado solo para unos pocos especialistas avezados en el tratamiento de los temas que nos incumben a todos.

Es precisamente este entorno de pauperización democrática el que obliga a La Torre a emprender una enfática reivindicación de los presupuestos en que se funda esta forma de gobierno. El profesor de Catanzaro nos recuerda que una experiencia auténticamente democrática debe promover la formación de planes de vida autónomos y racionales fundados en el adecuado conocimiento de las potencialidades de cada uno –autoestima–. Ello explica la quintaesencia de la democracia, al hacer hincapié en el carácter igualitario y deliberativo que detona el potencial epistémico de la reflexión colectiva sobre los temas comunes. En esta parte el argumento de La Torre no solo es particularmente persuasivo, sino que adquiere –si se me permite decirlo así– un alto valor estético: para que las formas democráticas funcionen hay que deshacerse del elitismo epistemológico, ya que la moral no es un asunto

de destreza. De acuerdo con La Torre, ejercer la democracia es como dar un beso. El beso tiene sentido si lo da quien quiere besar y tiene el sentimiento que lo induce a ello. Para quien es besado no importa tanto la habilidad para besar, sino que el ósculo se lo haya dado la persona a quien quiere o hacia la cual tiene un sentimiento de atracción o afecto. “Como no se puede besar a la fuerza, ni confiar en algún experto, de la misma forma, el autogobierno no se impone ni puede dejarse en manos de un perito”.

Me parece un acierto que el trabajo de La Torre haya sido colocado al principio del texto colectivo, porque marca los extremos de salida y llegada en la carrera democrática. Es cierto que el camino entre estos dos puntos es complejo y no está exento de vericuetos escabrosos y problemáticos, como el propio libro nos permite ver; pero incluso con ello parecen ser más las razones que apuntan a la necesidad de que el paradigma democrático se extienda no solo en lo que hace a las actividades privadas como la familia o el trabajo; sino que también debe expandirse en relación con las organizaciones supranacionales derivadas de los procesos globalizadores. Lo anterior supone una serie de complicaciones de diseño, en la medida en que –tal como lo refiere Juan Carlos Bayón– históricamente la democracia ha estado asociada a los confines del Estado soberano, tan es así que la vinculación entre estos dos elementos es denominada por el propio autor como “la teoría estatista de la democracia”.

La contribución de Bayón constituye una respuesta a la complicada cuestión de si puede existir democracia más allá del Estado soberano; y como podrá advertirse sobre este aspecto caben, al menos, dos posibilidades. Primero, podría sostenerse que el gobierno democrático requiere una pluralidad de centros de decisión que exceden y superan al Estado tradicional. Sin embargo, otra forma de contestar la pregunta pasaría por afirmar que un gobierno democrático colocado por debajo de la escala óptima representada por un *demos* adecuadamente determinado y cohesionado –al menos lingüísticamente–, estaría condenado a la ineficacia. Entonces, bajo los presupuestos tradicionales de la teoría democrática tal como aparece en la mayoría de nuestros Estados, parece que hay buenas razones para aceptar la tesis estatista y sostener que no puede haber democracia por encima del Estado soberano.

No obstante, Bayón se apresura a añadir que el verdadero desafío a la concepción tradicional no estriba en si la democracia puede surgir más allá de la estructura del Estado soberano, sino que la cuestión es mucho más fina,

pues implica cuestionarse por la forma en la cual los diversos *demos* superpuestos e implicados en los procesos de globalización, pueden relacionarse entre sí y las consecuencias que derivan de estas interrelaciones para la política tradicional. De esta forma, un nuevo orden internacional, constituido por diversos centros de decisión que operan por encima del Estado nación, parecería requerir un modelo democrático ampliado y desvinculado de las fronteras nacionales.

En ese orden de ideas, la respuesta a la pregunta planteada es más sutil de lo que puede pensarse, ya que no pasa solamente por elegir uno de los dos cuernos del dilema presentado al principio, sino que la verdadera cuestión a resolver está relacionada con la determinación de cuál es la escala apropiada hasta donde se puede mantener cierta uniformidad lingüístico-cultural, como precondition para el funcionamiento de las formas democráticas, a fin de que sea en ese nivel donde se halle la sede habilitada para tomar la última palabra sobre los temas que atañan a la existencia colectiva. De acuerdo con Bayón, el desarrollo actual de las organizaciones supranacionales aunado a otros factores relacionados con los procesos de integración, parecen apuntar hacia el hecho de que el Estado nación debe considerarse como el último eslabón donde existe un *demos* con las condiciones de uniformidad cultural y lingüística adecuadas para garantizar la deliberación democrática. Esta forma de resolver la cuestión contribuye a determinar el papel y las funciones que le corresponde desempeñar a las organizaciones políticas postsoberanas como espacios concéntricos, constituidos a través de una distribución horizontal de competencias entre unidades con distinto alcance de dominio geográfico.

La propuesta de Bayón no únicamente demuestra que la vinculación entre “democracia y Estado soberano es bastante más que un vínculo contingente”, sino que también es un intento de reconciliación de la tesis estatalista con su postura opuesta, en virtud de que no niega el espacio que le corresponde a las instancias internacionales en un entorno cada vez más globalizado, sin desconocer con ello la relevancia del Estado soberano en este nuevo orden. Tal como dice Bayón, aunque existe una tendencia fundada hacia la transformación de la democracia a fin de que responda a nuevas formas de ciudadanía, problemas y mecanismos de rendición de cuentas novedosos, esto no implica que deba difuminarse el vínculo existente entre soberanía y democracia.

Existe otra cuestión que está implícita en las contribuciones de La Torre y Bayón, en la cual no me he detenido suficientemente, pero que en los tra-

bajos de Javier de Lucas y Félix Ovejero ocupa un lugar central. Es un tópico afirmar que la democracia requiere de una ciudadanía activa y protagónica, pero contentarse con esa afirmación sin hacerse cargo de los retos que la teoría democrática debe asumir en este campo, es más bien un ejercicio bizantino. Lo cierto es que la teoría democrática tiene pendientes una serie de tareas que obligan a tomar en serio las exigencias del pluralismo, de modo que se asegure también la igualdad de derechos para todos, especialmente cuando las condiciones de nuestras sociedades están marcadas por una realidad profundamente inequitativa.

Javier de Lucas es claro al señalar que las formas democráticas deben tornarse más sensibles hacia la multiculturalidad, ya que las diferencias entre sujetos son cuestiones accidentales que no se fundan en aspectos ontológicos, sino en situaciones idiosincráticas y nacionalistas que exacerban las diferencias y favorecen las condiciones de marginación de ciertas minorías, sin reparar en el hecho de que, incluso dentro de la diversidad, es posible encontrar ciertas cuestiones que nos son comunes con carácter imprescindible. Por ello, no solo es necesario abrir el debate democrático para que también las minorías –como los inmigrantes o todos los demás grupos insulares– puedan ser consideradas; sino que igualmente resulta inaplazable encontrar elementos de creatividad jurídica a fin de que todos los sujetos gocen de los mismos derechos, por el solo hecho de ser personas.

En esta práctica democrática igualitaria subyace una noción peculiar vinculada con la democracia republicana. En efecto, como lo recuerda Félix Ovejero en su contribución, la democracia republicana es la mejor forma de asegurar colectivamente un conjunto de derechos iguales, asentados sobre la base del compromiso ciudadano en torno a las leyes dictadas por medio de un ejercicio deliberativo. Para lograr tales condiciones asociadas al republicanismo se requiere de diseños institucionales que favorezcan la distribución del poder y garanticen las condiciones económicas necesarias para lograr la participación de todos en pie de igualdad. De este modo, resulta claro que la democracia es una forma de gobierno donde triunfa la fuerza de las razones y donde todo aquel que quiera participar en el diálogo lo pueda hacer en condiciones de igualdad y libertad.

Ahora bien, para que la deliberación colectiva pueda acercarnos a los resultados correctos que Félix Ovejero describe, es menester que se cumplan una serie de condiciones relacionadas con la calidad de la información de que disponen los participantes. Esta es una cuestión que debe ser tomada en

cuenta en la era de las tecnologías de la información y la comunicación, pues el impacto de las redes sociales y el internet son factores que inciden en la calidad de nuestras democracias. Como lo refieren Bernard Manin y Azi Lev-On en su artículo, internet no necesariamente implica una mejora sustantiva en la deliberación realizada a través de la red. Contrario a ello, el uso de internet obstaculiza la deliberación porque en lugar de favorecer la diversidad, propicia la creación de un espacio para el reforzamiento y la radicalización de las opiniones. La red favorece la *homofilia*, es decir, la interacción con personas que tienen preferencias semejantes, debido a que los propios servidores de internet conducen a un conjunto limitado de páginas en función de las preferencias del sujeto, limitando así la diversidad; y en parte también porque los propios usuarios carecen de la pericia necesaria para realizar una búsqueda profunda en la red. Esta tendencia perjudicial de las redes debe ser tomada en cuenta, porque si la democracia requiere deliberación, es claro que la calidad de la información es un elemento indispensable para arribar a decisiones colectivas correctas.

Con esto llego a un tercer orden de cuestiones que está implicado en la parte final de las contribuciones del libro coordinado por Mora Sifuentes, donde se abordan ciertos problemas de fundamentación de la democracia y las tensiones que esta forma de gobierno guarda con el constitucionalismo y la teoría del derecho. Esta parte final del libro inicia con el artículo de Francisco Javier Ansuátegui Roig, donde se explica la necesidad de desarrollar un modelo democrático de corte deliberativo que complemente y supere las limitaciones de la democracia mayoritaria. La propuesta de Ansuátegui parte de una concepción constitucional dinámica que acepta la conexión entre la democracia y la regla de la mayoría, aunque aclara que junto con el principio mayoritario existen otros elementos entre los que se encuentra el respeto de los derechos fundamentales, sin los cuales no puede hablarse de una práctica democrática auténtica. Precisamente, la existencia de los derechos fundamentales como límites para la regla de las mayorías es algo que no depende del consenso ya que se trata de bienes básicos para la realización de todo plan de vida. Pero es justo aquí donde la inclusión constitucional de esos contenidos se torna problemática, porque los derechos indisponibles suponen un modelo de democracia limitada, pues mientras la regla mayoritaria supone la capacidad permanente para disponer sobre la agenda pública, el constitucionalismo se caracteriza por imponer vallas a esa disposición.

Después de repasar diversas posiciones teóricas que han tratado de sostener la compatibilidad entre constitucionalismo y democracia, Ansuátegui se pregunta hasta qué punto ambas exigencias son extrañas entre sí, o si bien, pueden ser analizadas como parte de un mismo discurso. Y con ello llega a la parte esencial de su contribución, al sostener una concepción donde la democracia y el constitucionalismo aparecen interrelacionados. Esto es así porque en el Estado de Derecho la norma jurídica es un instrumento encaminado a reconocer y garantizar derechos. Si ello es de este modo, entonces podría sostenerse que no todo Estado es un Estado de Derecho, pues para ello será necesario que se satisfagan determinadas condiciones relacionadas con la existencia y respeto de ciertos derechos constitucionales, a partir de los cuales el concepto mismo de la democracia resulta enriquecido. De este modo, la Constitución deja de ser una norma suprema en sentido puramente formal y se convierte en un parámetro de racionalización del poder a partir de la aceptación de determinadas pautas sustanciales de validez. Consecuentemente, Ansuátegui tiene razón al precisar que “el mantenimiento de un concepto sustantivo de Estado de Derecho vinculado a la noción de democracia y de Constitución, permite integrar las nociones contrarias de ambos”.

Como sabemos, la tensión entre la democracia y el constitucionalismo se muestra más claramente en el campo del control de constitucionalidad, aspecto que ocupa la atención de Mariano Melero de la Torre, quien en su contribución propone una lectura del control constitucional basada en la *Commonwealth*, donde –desde una óptica antipositivista– se trata de garantizar la participación política y la rendición de cuentas mediante una concepción procedimental que otorga un valor moral al imperio de la ley. Según Melero de la Torre, el control constitucional basado en la *Commonwealth* implica la participación de todos los poderes del Estado en la protección de los derechos fundamentales; aun cuando ello no impide la existencia de un atenuado desequilibrio a favor de los jueces, quienes pueden inaplicar las leyes o revocar los actos administrativos que atenten contra los derechos e, incluso, “salvar” las disposiciones legales a través de una interpretación conforme. Pero en todo caso, los jueces deben tomar en serio la deliberación legislativa y reservar la última palabra al congreso en cuestiones de derechos. De este modo, constitucionalismo de la *Commonwealth* aparece como una alternativa y como una corrección al constitucionalismo dominante fundado en la preeminencia judicial.

La versión constitucional que presenta Melero de la Torre, le obliga a separarse de ciertas versiones afines representadas por las posturas de Jeremy

Waldron y Wilfrid J. Waluchow. De esta forma, Melero precisa que Waldron es inconsistente con el rechazo del control constitucional fuerte, porque los principios de publicidad y generalidad que fundan su teoría democrática traen consigo la necesidad de una evaluación institucional independiente de la legislación, lo que conlleva la elección de una instancia capacitada para realizar tal control, pero de lo que se trata en este campo no es de elegir cuál de los tres poderes sirve mejor para defender los derechos fundamentales, sino de encontrar la manera en la cual todos los departamentos del poder deben interactuar con ese propósito. Con relación a la teoría de Waluchow, Melero sostiene que ella no desactiva la objeción democrática porque la inclusión de ciertos valores en la regla de reconocimiento aceptada por Waluchow elimina la etiqueta positivista de su tesis y lo conduce a conclusiones abiertamente apuestas al modelo que intenta defender. Por todo ello, Melero de la Torre considera que solo es posible justificar la revisión de constitucionalidad desde un modelo no positivista, en el cual los procedimientos de formación y adjudicación jurídica tienen un impacto en la calidad moral del derecho. En ese escenario, los jueces mantienen un papel importante en el proceso de determinación de la regularidad de la ley, pero solo como una parte del mecanismo controlador que permite mantener abierto el proceso democrático a revisiones derivadas de la experiencia futura.

La obra colectiva cierra con el ensayo de Jeremy Waldron, sugerentemente titulado “¿Puede haber una teoría del derecho democrática?”. El autor de *Derecho y desacuerdos* explica que la contestación de esa pregunta puede implicar dos cosas parcialmente distintas: por un lado, la teoría del derecho democrática puede ser aquella centrada en las elecciones, el financiamiento de los partidos políticos o la división de los distritos electorales. Empero, otra respuesta a la cuestión, sugiere que la teoría del derecho para la democracia es un ejercicio particular de conocimiento del derecho tal y como se presenta en nuestras democracias actuales. En su artículo, Waldron se decanta por esta segunda respuesta, que tratará de justificar a partir de una relectura y perfeccionamiento de los presupuestos positivistas de la teoría del derecho.

Waldron sostiene que la aproximación puramente descriptiva de las normas está en un error y afirma que la teoría democrática que defiende explora las conexiones entre el valor de la democracia y el concepto de derecho. Con base en ello, explica que una teoría del derecho para la democracia tendrá que ser necesariamente una aproximación valorativa del fenómeno jurídico. Y aunque Waldron se separa de la neutralidad axiológica que caracteriza al

positivismo ortodoxo –de Kelsen, por ejemplo– esto no implica el abandono de dicha corriente, pues la teoría del derecho para la democracia tendrá que servirse también de los conceptos teóricos acuñados por el positivismo. Según Waldron, la aproximación positivista al derecho esta demarcada por un conjunto de tesis que se relacionan con (a) las fuentes institucionales de las normas, con (b) el criterio de reconocimiento del derecho y finalmente con (c) la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral. Pero limitar la existencia del derecho solo a estos tres factores, implicaría oscurecer otros elementos que son igualmente relevantes. Así, debemos reconocer que el derecho es también (d) un conjunto de normas elaboradas públicamente y emitidas en nombre del pueblo, las cuales están dotadas de (e) un carácter de generalidad. En síntesis, Waldron afirma que cuando la teoría del derecho asume las tres tesis clásicas del positivismo, adicionadas con el carácter público y general del derecho, entonces surge una teoría jurídica para la democracia.

A partir de los criterios de publicidad y generalidad de las normas, Waldron explora el potencial democrático del positivismo jurídico. Por ejemplo, en lo que respecta a la teoría de las fuentes, dice que la aplicación de las normas siempre requerirá que el demócrata se pregunte por su origen y quienes participaron en el proceso de elaboración, como condiciones necesarias para la obediencia y la rendición de cuentas; y lo mismo ocurre con los criterios para el reconocimiento del derecho. Según Waldron, el derecho democrático es el derecho del pueblo, por lo que su carácter democrático se ve debilitado por la mistificación de las condiciones para la construcción jurídica que no toman en cuenta la voluntad de los afectados. En cuanto a la tesis de la separabilidad, la teoría democrática sostiene que es preciso distinguir el juicio personal sobre la justicia de los parámetros objetivos de corrección. Dicho en otros términos, la versión democrática de la separabilidad implica diferenciar entre la afirmación de que una norma ha sido aprobada correctamente de la distinta proposición donde se sostiene que la norma era adecuada para ser aprobada. De otro lado, el enfoque democrático del derecho exige considerar a las normas como pautas para actuar en nombre de toda la sociedad en la medida que a través de ellas se tratan asuntos que incumben a todos; lo cual implica también el carácter general del derecho que trasciende al accidente de los mandatos particulares.

El conjunto de trabajos que se incluyen en la segunda edición de *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* deja ver que la democracia se

nutre de la confluencia de múltiples factores que constituyen una delicada síntesis a favor de las libertades y la igual consideración de todas las personas. Las contribuciones compiladas por Mora Sifuentes acreditan la existencia de hilos comunicantes compartidos entre todas las concepciones democráticas, sin los cuales esta forma de gobierno está impedida para desplegar toda su potencialidad como mecanismo de deliberación colectiva. En su integridad, el texto que Mora Sifuentes dio a la imprenta en su segunda edición, es un eficaz aliciente para superar la saciedad y la ansiedad democráticas de las que hablaba Massimo La Torre, porque cada artículo demuestra que la democracia es, a un tiempo, una compleja cuestión institucional y jurídica en donde los ciudadanos son los únicos habilitados para decidir. Cuando la democracia resulta contestada por visiones precarias y populistas directamente emparentadas con el liderazgo carismático al que se refería Max Weber, el ejercicio que nos expone la obra coordinada por Francisco Mora Sifuentes es tan inaplazable como esclarecedor. Ahora solo queda que el lector se adentre en el viaje intelectual a que nos invita *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, y se maraville con los resultados del trayecto.

EVERARDO RODRÍGUEZ DURÓN  
*Universidad Autónoma de Aguascalientes, México*  
*e-mail: everardord@hotmail.com*

# NOTICIAS



**Conferencia inaugural “Nuevos Desafíos del Cambio Tecnológico”  
de la unidad académica *Derechos Humanos,  
Diversidad y Nuevas Tecnologías (DERTECNIA),  
Universidad Carlos III de Madrid (UC3M), 23 de mayo 2018***

La recién creada unidad académica interdisciplinar DERTECNIA en la UC3M ha celebrado su primera conferencia, que ha estado dedicada a los temas relacionados con las promesas y peligros del progreso tecnológico.

DERTECNIA surgió por la iniciativa de los profs. Rafael de Asís Roig y Fco. Javier Ansuátegui Roig como respuesta al creciente interés sobre las consecuencias sociales del uso y desarrollo tecnológico, a partir de los trabajos que los profesores e investigadores de distintos departamentos y facultades están desarrollando. Unirse en un grupo pareció la cosa más lógica que se podría hacer no solo para tener una estructura académica interdisciplinar en la que compartir información, iniciativas y proyectos de investigación, sino también para descubrir los intereses de los colegas de distintos departamentos que tal vez van en la misma dirección o sorprenden por su novedad y enfoque.

La primera conferencia titulada *Nuevos Desafíos del Cambio Tecnológico* se organizó en tres mesas redondas: la de Privacidad, la de Igualdad y la de Responsabilidad.

La mesa sobre Privacidad incluyó civilistas, penalistas e internaciona- listas, así como un ingeniero informático. Es verdad que la privacidad es un bien de las personas privadas, y el desarrollo tecnológico la ha puesto en riesgo. Todos sabemos que la privacidad tiene que ser protegida pero los ponentes han presentado las cuestiones que han recalcado la complejidad de la cuestión: por ejemplo, la profesora Pilar Otero se cuestionaba cómo la intimidad está protegida por el derecho penal, mientras la profesora María del Carmen Pérez González atendía a la pregunta ¿qué hacemos para garantizar la protección de los datos sobre el dopaje de deportistas profesionales? ¿Son datos personales?

En fin, ninguna conferencia sobre retos tecnológicos a finales de mayo 2018 hubiera podido ignorar el nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la UE y la conferencia DERTECNIA no ha sido una excepción: se habló y discutió, gracias a la ponencia del profesor Manuel Ignacio Feliu Rey, sobre las diferencias de los criterios nacionales y los del Reglamento enfocando la discusión sobre las personas –y en particular, los menores– fallecidos. ¿Tienen los padres el derecho a acceder a las cuentas del hijo o hija fallecidos en las redes sociales o las redes sociales tienen que priorizar los intereses de las personas vivas que quizás no quieren que sus conversaciones privadas sean accesibles a los padres?

Como última cuestión de esta mesa, presentada por el profesor José María Sierra Cámara, figuró la de las medidas tecnológicas para garantizar la protección de los datos personales en la nube: desde el punto de vista informático hay muchas cuestiones abiertas, como por ejemplo la investigación de incidentes y las auditorías de seguridad.

En la mesa relativa a la Igualdad se reunieron profesores e investigadores de derecho internacional y procesal y también de informática y sociología, recalcando así que la igualdad no es solo un problema jurídico sino que un problema social mucho más amplio.

En esta mesa la profesora Helena Soletto Muñoz y el prof. Angel García Crespo presentaron un proyecto de investigación jurídico e informático sobre cómo, gracias a las herramientas tecnológicas, podemos ayudar a las personas con discapacidad sensorial a acceder a la ofertas culturales de teatro, cine y otros eventos.

El problema de igualdad, sin embargo, no es un problema que atañe solo a las personas con discapacidades sino una realidad que nos afecta a todos, sobre todo en el ámbito del trabajo donde, según la profesora María Victoria Gómez García, hay un enfrentamiento entre la velocidad del desarrollo tecnológico y las estructuras laborales más estáticas, como la organización del trabajo y los derechos de los trabajadores, entre otros.

La igualdad también es inseparable del mundo virtual donde la libertad de expresión choca contra el discurso del odio: este choque ha sido objeto de la discusión del profesor Oscar Pérez de la Fuente, que ha cerrado esta mesa y ha dado lugar a la ultima mesa de la conferencia, la referida a la Responsabilidad.

La mesa de la Responsabilidad ha incluido a los investigadores del ámbito del derecho, la filosofía y la economía. La variedad de áreas disci-

plinares demuestra que la responsabilidad jurídica no es la única responsabilidad que tiene relevancia en la nueva era tecnológica que vivimos. Es verdad que la responsabilidad jurídica quizás es la más impactante: la profesora Montserrat Abad Castelos habló sobre cómo la tecnología se ha vuelto un arma en la guerra contra el ciberterrorismo, y como este arma arroja una nueva luz sobre las responsabilidades de las partes involucradas.

La siguiente ponencia, a cargo del profesor Javier Dorado Porras, ha puesto en duda la responsabilidad individual gracias a los nuevos descubrimientos en las neurociencias, en particular en la neurociencia cognitiva, conectando estos retos con la modificación de los seres humanos.

Desde el punto de vista mercantil, la profesora Marta García Mandaloniz discutió la responsabilidad corporativa y social de las empresas y el papel de las tecnologías de comunicación en fortalecerla. También, gracias a la ponencia de las profesoras Virginia Hernández Paz y María Belén Usero Sánchez, se pudo reflexionar sobre cómo las redes sociales pueden impactar en la reputación corporativa sobre todo en el aspecto negativo si la participación empresarial en estas redes no tiene una estrategia definida con antelación.

MIGLE LAUKYTE

**XIX Semana de Ética y Filosofía política, Congreso Internacional  
Asociación Española de Ética y Filosofía Política, “Nuevas Narrativas  
éticas y políticas”, Facultad de Humanidades, Campus Industrial de Ferrol,  
Universidade da Coruña, 3-5 de octubre 2018**

Este Congreso Internacional comprendió muchas actividades, que se distribuyeron entre 3 Ponencias Plenarias, 11 Simposios, 24 Mesas Temáticas y las presentaciones de 8 libros.

Entre los simposios, destacó el homenaje a Esperanza Guisán que con el título “Del utilitarismo clásico al consecuencialismo contemporáneo: tendencias actuales en los estudios utilitaristas” algunos discípulos, colegas y amigos quisieron rendir a esta filósofa recientemente fallecida. Además, otras temáticas de los Simposios fueron posmodernidad; capitalismo neoliberal y fascismo; exilio español y memoria republicana; neuroética y neuropolítica.

Entre las mesas temáticas destacaron, entre otras, las temáticas de nuevas tecnologías y mejora humana; Democracia, virtudes cívicas y lucha contra la corrupción; Los límites ecológicos de la igualdad de capacidades; Teoría y práctica de la ética pública; Constitución y democracia. Revisiones contemporáneas del debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen; Ética y responsabilidad social corporativa/empresarial: enfoques éticos, sociológicos y antropológico; Posverdad, ética y discurso del odio; Conceptos éticos y políticos de las mujeres: sedimentos semánticos, resemantizaciones y nuevas narrativas.

La primera Ponencia Plenaria correspondió a la Catedrática emérita de la Universidad de Valencia, Adela Cortina que hizo un defensa de la ética de la razón cordial como tranfondo de la eticidad democrática. Desde la visión monista de la época franquista se ha ido transitando hacia visiones pluralista. La profesora Cortina hizo un recorrido por las visiones aristotélica, utilitarista, rawlsiana -que fue descartando por diversos motivos- hasta llegar a la ética del discurso de Habermas y Appel. Esta sería una buena base para el discurso moral pero también tendría defectos como que no tiene en cuenta las emociones. Se establecen entonces unas condiciones lógico/cordiales, no solo lógicos/formales. Esto significa incluir la ética de las virtudes y el cultivo de los sentimientos en la ética del discurso. Estas serían las bases para una ética de la razón cordial.

La segunda Ponencia Plenaria llevaba por título “Por qué las éticas clásicas monistas no son suficientes - La Ética animal como ejemplo.” y fue a cargo de la profesora Ursula Wolf de la Universidad de Mannheim. Se partió de considerar que existe un consenso sobre la capacidad de sentir y sufrir una experiencia de seres humanos y el resto de animales, pero que esto tiene poca incidencia en la práctica ya que se considera que los animales tienen una posición más débil que los humanos. La profesora Wolf analizó la ética de Kant basada en la noción de racionalidad que excluye a los animales de la incumbencia moral. Sin embargo, el utilitarismo entendido como minimización de sufrimiento o maximización del placer los podría incluir. Su análisis se centra en las éticas multicriteriales frente a las monistas, donde se defendería la relevancia de la ética para los animales. En este sentido, estudia la ética de mal y la ética de la compasión en el marco de la ética de las virtudes.

La tercera Ponencia Plenaria fue a cargo del Profesor de la Universidad de Cadiz, Ramón Vargas-Machuca y llevó por título “El demócrata perplejo y la impotencia política.” Y supuso la clausura de 3 días de interesantes debates, *workshops* y conferencias sobre Ética y Filosofía política.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE



## PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

FABIO CIARAMELLI

Es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Nápoles "Federico II". Ha publicado numerosos artículos y algunas monografías en el campo de la Filosofía continental y el pensamiento jurídico con un particular interés sobre los presupuestos filosóficos del institucionalismo jurídico. Sus libros más importantes son: *Transcendance et éthique. Essai sur Levinas* (1989); *La distruzione del desiderio. Il narcisismo nell'epoca del consumo di massa* (2000); *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho* (trad. J.-R.Capella) (2009); *Il fascino dell'obbedienza. Servitù volontaria e società depressa* (with U.M.Olivieri) (2013).

ADRIANO BALLARINI

Enseña *Filosofía del Diritto y Teoria generale del Diritto* en el Dipartimento di Giurisprudenza de la *Università di Macerata*. Entre sus publicaciones más recientes: "La storicità materiale dell'esistere. Una ipotesi di ricerca per la filosofia del diritto", *Rivista di filosofia del diritto*, 2018; *L'originalità storica del totalitarismo. Il diritto tra individuo e essere collettivo dominato*, en VV.AA. (a cura di), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Giappichelli, Torino, 2018; "Ermeneutica, storicità, filosofia del diritto", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3, 2016, pp. 377-414; *Hypotheses non fingo. Studi di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013. Discípulo de Sergio Cotta, ha sido investigador en la *Università degli Studi di Roma "La Sapienza"* hasta el 1989. Dirigió sus estudios principalmente a la formación del pensamiento jurídico moderno, a los clásicos del pensamiento filosófico y, más recientemente, a la hermenéutica y a la cuestión de la garantía jurídica constitucional de la singularidad.

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ

Es Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela, acreditado para concurrir a plazas de catedrático. Es doctor por la Universidad de Santiago de Compostela y licenciado en Derecho y en Filosofía. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Oxford y Carlos III de Madrid. Ha publicado trabajos sobre diversos temas de Filosofía moral y jurídica, inicialmente orientados hacia la temática de los derechos humanos (*La razón de los derechos*, 1995) y los derechos fundamentales (*Principios, fines y derechos fundamentales*, 2000); y en los últimos años hacia la interpretación y la argumentación jurídicas.

ANGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE.

Catedrático de Filosofía del derecho de la Universidad de Cantabria. Cuenta con cuatro sexenios de investigación y cinco quinquenios de docencia. Autor de seis monografías y más de treinta publicaciones entre artículos de revista y capítulos de libros colectivos.

Sus líneas de trabajo abarcan temas de bioética, teoría de la democracia y, más recientemente, cuestiones relativas a la globalización y el derecho.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

Jurista y politólogo. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia. Sus temas de investigación son Poder Constituyente, nuevo constitucionalismo latinoamericano, teoría de los derechos, derechos sociales, teoría de la democracia, justicia constitucional y sociología jurídica. Sobre los que tiene publicados y editados 12 libros y más de 80 contribuciones en revistas científicas y libros colectivos.

MARIO CATERINI

Es Profesor de Derecho Penal de la Universidad de la Calabria (Italia). Como monografías ha publicado: *Reato impossibile e offensività* (2004); *Il reato eccessivo* (2008); así como, entre otros, los ensayos: “Reviviscenza normativa e legalità penale” (2003); “Il dolo eventuale e l’errore su norma extrapenale nei reati di falso ideologico” (2007); “Le origini del reato preterintenzionale” (2008); “I reati di falso nel procedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato” (2009); “Sezioni unite versus offensività? Il falso impossibile in dichiarazione sostitutiva di certificazione” (2010); “Lo strabismo deeticizzante del legislatore penale economico: è forse vero che l’etica vale solo per i poveri e gli stupidi?” (2011); “Responsabilità penali in tema di rifiuti” (2011); “Imprenditori e ‘contiguità mafiosa’ tra impulsi repressivi ed esigenze personalistiche” (2012); “La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico” (2012); “L’interpretazione favorevole come limite all’arbitrio giudiziale” (2012); “L’ambiente ‘penalizzato’. Evoluzione e prospettive dell’antagonismo tra esigenze preventive e principio di offensività” (2013); “Criminalità, politica e mass media” (2013); “Riflessioni a margine di un caso di estorsione o truffa bancaria” (2014); “La legalità penal-mediatica. La mercificazione del ‘prodotto’ politico-criminali tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione” (2014); “Criminal Risk, Media Representation and Role of the Criminal Law Culture” (2015); “Dalla presunta innocenza dell’imputato alla presunta eficiencia del sistema penale” (2015); “Il fenomeno giuridico nell’opera di Répaci” (2015); “Il diritto penale del nemico presunto” (2015); “Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza” (2016); “Legalidad y ofensividad en los delitos económicos” (2016); “La criminalización de lo diferente” (2016). Ha editado junto al Prof. Marcello Gallo el volumen *Persona, pena, processo* (2012), y, junto al Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, el volumen *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia* (2014).

ENRIQUE PÉREZ-LUÑO ROBLEDO

Es Profesor Contratado Doctor acreditado de Derecho Procesal y realiza su actividad docente e investigadora en el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla. Profesor e Investigador del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Ha realizado estancias de investigación en la Universidades de Bolonia, Pisa y Salamanca. Premio de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (V edición), en la modalidad de Trabajos de Fin de Master. Autor de diversas publicaciones entre las que destacan, sus libros *El procedimiento de habeas data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías* (2017) y *La Reforma del Arbitraje de 2011. Presupuestos, antecedentes y alcance* (2013), y sus monografías sobre: *Las Nuevas Tecnologías y la garantía procesal de las libertades* (2012) y *Garantias Processuais do Estado de Direito: A Abolição da Tortura* (2016).

MARIA DALLI

Licenciada en Derecho y Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, premio extraordinario por ambos títulos. Actualmente Personal Investigador en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Groningen y en la University College of London y su línea de investigación principal es el derecho a la salud.

LEONARDO MELLACE

Es un estudiante de doctorado de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad *Magna Graecia* de Catanzaro (Italia). Se ocupa de Derecho Europeo y de Filosofía del Derecho. Actualmente trabaja sobre la crisis de la integración europea, el constitucionalismo europeo y el papel del Banco Central Europeo en el contexto de la crisis económica. Es autor de artículos en diferentes idiomas. Además, es miembro del Comité de Redacción de la Revista jurídica "Ordines".

NÉSTOR CALBET

Néstor Calbet es doctorando en Derecho Humanos en la Universidad de Deusto, Bilbao. Especialista en procesos de paz, realiza su tesis doctoral sobre la participación de la sociedad civil en las negociaciones de paz de Colombia. Ha estado vinculado a diferentes organizaciones por la paz y los derechos humanos, y ha trabajado en el Instituto de Derechos Humanos de Catalunya dónde ejerció de responsable de formación.



## INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**[fco-javier.ansuategui@uc3m.es](mailto:fco-javier.ansuategui@uc3m.es)**; **[derechosylibertades@uc3m.es](mailto:derechosylibertades@uc3m.es)**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

**Libros:** E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

**Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

**Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit., nota 5).

## INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails ([fcojavier.ansuategui@uc3m.es](mailto:fcojavier.ansuategui@uc3m.es); [derechosylibertades@uc3m.es](mailto:derechosylibertades@uc3m.es)). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

**Books:** E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

**Articles included in collective works:** G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

**Articles included in periodic publications:** N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, ( M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

# DERECHOS Y LIBERTADES

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2019), dos números al año

Abonaré la cantidad de 44,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos \_\_\_\_\_

Institución \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

CP \_\_\_\_\_ DNI/CIF \_\_\_\_\_

Población / Provincia \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

e-mail \_\_\_\_\_

### **Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria**

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com) para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta \_\_\_\_\_

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES  
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

*Suscripción formato papel*

---

2 números 44,00 €

Número suelto 25,00 €

*Suscripción on-line*

---

2 números 40,00 €

Número suelto 22,00 €

Artículo suelto 6,00 €



## ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- La idea de persona y dignidad humana *por Bustamante Alarcón, Reynaldo*
- En defensa del estado de derecho. Debilidades y fortalezas del estado de derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt *por Campoy Cervera, Ignacio*
- El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral *por Marcos del Cano, Ana M<sup>a</sup> (directora)*
- Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional *por Serra, María Laura*
- Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento” *por Pinto Palacios, Fernando*
- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación *por Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía *por Guichot Reina, Virginia*
- El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo *por González Ordovás, María José*
- Sobre discapacidad y derechos *por Asís Roig, Rafael de*
- El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho *por Díaz, Elías*
- Las víctimas del terrorismo en España *por Rodríguez Uribes, José Manuel*
- Democracia con motivos *por Jiménez Cano, Roberto M.*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)

CUADERNOS  
"BARTOLOMÉ  
DE LAS CASAS"



- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, M<sup>a</sup> del Carmen*
- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*
- El papel (est)ético de la literatura en la conmemoración del holocausto *por Fernández Gil, María Jesús*

**Debates del Instituto Bartolomé de las Casas**

- Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas *por Campoy Cervera, Ignacio*
- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*
- Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables *por Dorado Porras, Javier*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)



