



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 30, Época II, enero 2014



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 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, DICE, MIAR, CARHUS, INRECJ, Qualis, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la I Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y obtuvo el Sello de Calidad FECYT.

Redacción y Administración

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.ansategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



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

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 (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

ÁNGEL LLAMAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretarios:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

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

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS (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 (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ (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 (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 (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN (Universitat de València)
FEDERICO ARCOS (Universidad de Almería)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA (Universidad Pontificia de Comillas)
DIEGO BLÁZQUEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
Ignacio Campoy (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA (Universidad Carlos III de Madrid)
JAVIER DORADO (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARIÑAS (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 (Universidad de Vigo)
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)
ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)
CARLOS LEMA (Universidad Carlos III de Madrid)
FERNANDO LLANO (Universidad de Sevilla)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ (Universidad de Jaén)
ÁNGEL PELAYO (Universidad de Cantabria)
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO (Universidad de Alcalá)
ALBERTO DEL REAL (Universidad de Jaén)
JOSÉ LUIS REY (Universidad Pontificia de Comillas)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
MARIO RUIZ (Universitat Rovira i Virgili)
RAMÓN RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ (Universidad de Cantabria)
JAVIER SANTAMARÍA (Universidad de Burgos)
ÁNGELES SOLANES (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR (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

Nota del Director	11
-------------------------	----

ARTÍCULOS

Un análisis de los derechos humanos en el contexto biográfico de Norberto Bobbio	17
<i>An analysis of human rights in the biographical context of Norberto Bobbio</i>	

MARIO G. LOSANO

El fin de la cultura de los derechos: Unión Europea post-Maastricht y transformaciones en el Estado constitucional	43
<i>The end of the culture of rights: post-Maastricht European Union and changes in the constitutional State</i>	

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

Derechos e interpretación: la argumentación ambigua de “la naturaleza de las cosas” en la jurisprudencia constitucional italiana y la cuestión del reconocimiento jurídico de la unión homosexual	71
<i>Rights and interpretation: the ambiguous “nature of things” argument in the Italian constitutional jurisprudence and the subject of the legal recognition of homosexual unions</i>	

ILENIA MASSA PINTO

Las funciones del derecho de asociación en el régimen constitucional español	103
<i>The roles of the right of association in the Spanish constitutional regime</i>	

JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES

Corrupción y rendición de cuentas	145
<i>Corruption and accountability</i>	

JUAN JESÚS MORA MOLINA

Norberto Bobbio y los derechos sociales: elementos de reflexión	173
<i>Norberto Bobbio and social rights: something worth thinking about</i>	

PAOLA CHIARELLA

El derecho a la pensión desde la perspectiva de la teoría multinivel de los derechos: ¿cohabitación o conflicto de subsistemas?	195
<i>The right to pension from the perspective of the theory of multi-level rights: coexistence or conflict of subsystems</i>	

AINHOA LASA LÓPEZ

La recepción de Savigny en España: un episodio en la historia de la circulación de las ideas	227
<i>Savigny's reception in Spain: An episode in the history of ideas</i>	

LUIS M. LLOREDO ALIX

RECENSIONES

Elías Díaz, <i>El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho</i>	269
--	-----

LUIS M. LLOREDO ALIX

Martha Nussbaum, <i>La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad</i>	279
---	-----

ANDRÉS MURCIA GONZÁLEZ

David Bondia García, Antonio Jiménez Luque, <i>The Colombian Enigma</i>	293
---	-----

JAUME SAURA ESTAPÀ

Octavio Salazar Benítez, *Masculinidades y ciudadanía. Los hombres también tenemos género*299

JAVIER VILAPLANA RUIZ

Ben Bradford, José García Añón, José Antonio García Saez, Andrés Gascón Cuenca, Antoni Llorente Ferreres, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*307

LOLA BORGES BLÁZQUEZ

Massimo La Torre, Marina Lalatta Costerbosa, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*313

IVAN VALIA

Participantes en este número321

NOTA DEL DIRECTOR

Creo que en esta ocasión el contenido del número de *Derechos y Libertades* que el lector tiene en sus manos, manifiesta de nuevo la plural problemática de los derechos, y también la riqueza de las perspectivas y enfoques a la hora de abordarla.

Así, incluimos en primer lugar el trabajo de Mario Losano, “*Un análisis de los derechos humanos en el contexto biográfico de Norberto Bobbio*”. En él, se aborda la figura de Norberto Bobbio, tratando de investigar la conexión entre sus ideas filosóficas y las circunstancias políticas, sociales y culturales que le tocó vivir. El análisis se centra de manera especial en la paulatina evolución del pensamiento de Bobbio, que transitó desde la Filosofía del Derecho a la Filosofía política y que derivó hacia una paulatina aproximación a los derechos humanos.

El segundo trabajo publicado es el de Albert Noguera Fernández, “*El fin de la cultura de los derechos: Unión europea post-Maastricht y transformaciones en el Estado constitucional*”. El punto de partida del mismo es la constatación de que una de las características propias del Estado constitucional, desde sus orígenes, ha sido la estructuración ideológica de las sociedades europeas alrededor de un proceso de individualización construido sobre una cultura de los derechos. Así, se constituía un escenario en el que los ciudadanos podrían adoptar una actitud activa en defensa de sus derechos. Pero en el marco de la crisis actual, la fuerte y cada vez mayor movilización ciudadana contra las políticas económicas de los Estados miembros y la Unión Europea presenta ya limitadas posibilidades de cambiar nada ni influir sobre unos dirigentes empeñados, a pesar de la oposición ciudadana, en implementar “más Europa” en lugar de “otra Europa”. El autor explica, mediante un análisis de las últimas transformaciones en el Estado Constitucional, el porqué de este fenómeno de cada vez mayor limitación de los recursos de la movilización ciudadana para influir o determinar las políticas públicas.

Por su parte, Ilenia Massa Pinto aborda la cuestión de las semejanzas entre algunas manifestaciones del discurso de los derechos y el desarrollo del argumento basado en la “naturaleza de las cosas”. En su trabajo “*Derechos e*

interpretación: la argumentación ambigua de “la naturaleza de las cosas” en la jurisprudencia constitucional italiana y la cuestión del reconocimiento jurídico de la unión homosexual”, se refiere a la ambigüedad de fondo que esconde el lenguaje que se emplea al tratar, en nuestros Ordenamientos, el derecho a la orientación sexual, o el derecho a la procreación medicamente asistida sin límites, o el derecho a una muerte digna, por ejemplo. En estos casos, nos encontramos con una confusión de los derechos con los simples deseos subjetivos. Las controvertidas argumentaciones difundidas, tanto a nivel científico como político, sobre los temas caracterizados por una fuerte connotación ética, implican una concepción específica del fundamento de los derechos evocados, que no siempre se explicita. La intención del trabajo es la de hacer emerger dichas concepciones con el objetivo principal de indicar cómo un discurso encaminado a satisfacer las pretensiones de justicia material, incluso contra los ordenamientos jurídicos positivos, lleva inevitablemente a la revalorización, si bien oculta, de la argumentación ambigua de la “naturaleza de las cosas”.

En el trabajo *“Las funciones del derecho de asociación en el régimen constitucional español”*, José Joaquín Fernández Alles procede al análisis de la operatividad del derecho de asociación en nuestro Ordenamiento a través del estudio de las novedades legislativas y jurisprudenciales surgidas en el periodo 2007-2013. Para ello, enmarca el derecho de asociación en el sistema de valores del régimen constitucional analizando diversas vertientes de la dimensión funcional de dicho derecho, entre las que destacan la referida a la fundamentación jurisprudencial de los derechos de las personas; como régimen común de otros derechos; como garantía subsidiaria de otros derechos; o como elemento de integración de los extranjeros.

Juan Jesús Mora Molina analiza un tema esencial a la hora de asegurar la salud del sistema de derechos y de la democracia en su conjunto. Así, en *“Corrupción y rendición de cuentas”*, se refiere al fenómeno de la corrupción, subrayando la relevancia de la determinación de los gobiernos y de la eficacia de las medidas de rendición de cuentas adoptadas. Desde el momento en que la corrupción presenta muy diferentes formas de manifestación, se carece de explicaciones universalmente válidas acerca del abuso de poder o de la apropiación de bienes públicos para beneficio privado. En el trabajo se reivindica la utilidad de un enfoque construido desde la Filosofía del Derecho y la Filosofía Política.

El artículo de Paola Chiarella es el segundo que incluimos en este número de la revista sobre el pensamiento de Norberto Bobbio. En *“Norberto*

Bobbio y los derechos sociales: elementos de reflexión", rescata las aportaciones del maestro italiano a la hora de construir una teoría de los derechos sociales que supere la concepción de los mismos que los entiende como meras proposiciones programáticas de acción política y no como auténticos derechos. Para ello, se subrayan las ventajas de un enfoque funcional de los mismos, asumiendo así una perspectiva que caracterizó la evolución del pensamiento filosófico-jurídico de Bobbio.

Ainhoa Lasa López analiza las consecuencias de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales que, en diciembre de 2012, establecía los límites a medidas restrictivas del contenido esencial del derecho a la pensión. En su artículo "*El derecho a la pensión desde la perspectiva de la teoría multinivel de los derechos: ¿cohabitación o conflicto de subsistemas?*", reconoce que desde el momento en que la Carta Social Europea está presente tanto en el Derecho de la Unión, como en algunos sistemas jurídicos nacionales, la decisión tiene gran trascendencia jurídica. Pero el trabajo también aborda algunos interrogantes sobre sus efectos, debido a que, de un lado, la Carta Social Europea responde a unas coordenadas distintas a las del proyecto europeo; y, de otro, a que los parámetros europeos también forman parte de los ordenamientos internos, infiltrando las prerrogativas de un constitucionalismo de mercado que pone límites a la dimensión social nacional.

Y, en último lugar, Luis Lloredo traza un panorama de la recepción de Carl Friedrich von Savigny en España. En efecto, en su trabajo "*La recepción de Savigny en España: Un episodio en la historia de la circulación de las ideas*", desarrolla un estudio de historia de circulación de las ideas, entendida como el análisis de los procesos de adaptación de las teorías a contextos diversos a los originales. Así, el pensamiento de Savigny se recibió en España de la mano del nacionalismo y al hilo de la discusión sobre los derechos forales. A partir de ahí, la interpretación de Savigny osciló entre el nacionalismo y el tradicionalismo, pero descuidó por completo la faceta del Savigny dogmático.

Quisiera concluir esta presentación refiriéndome a algunas novedades que sin duda van a beneficiar a la revista. Por una parte, desde este número la revista se incluye en el sistema DOI (*Digital Object Identifier*), cumpliendo así con un criterio de homologación internacional de las revistas científicas. Por otra parte, sigue aumentando nuestra presencia en bases de datos internacionales, entre las que destacamos el *Philosophers Index*. Además, en este número se incluye en el Consejo de Redacción a los profesores Patricia Cuenca Gómez, Silvina Ribotta, Roberto M. Jiménez Cano, Oscar Pérez de

la Fuente y Rafael González Tablas. Aunque alguno de ellos colabora desde hace tiempo con la revista, estoy seguro de que su inclusión formal en el Consejo va a ser un elemento de enriquecimiento del mismo.

Finalmente, a partir de ahora contamos con el apoyo de la Fundación Cultural Enrique Luño Peña. Quiero agradecer de manera muy especial la confianza que el Presidente de la misma y miembro del Consejo de la revista, el Profesor Antonio Enrique Pérez Luño, demuestra de nuevo en relación con las actividades que desarrollamos desde el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Creo que esta es una estación más en el fructífero camino de colaboración que desde hace años compartimos con el Profesor Pérez Luño y con los colegas de la Universidad de Sevilla que trabajan a su lado.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ARTÍCULOS

UN ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO BIOGRÁFICO DE NORBERTO BOBBIO*

AN ANALYSIS OF HUMAN RIGHTS IN THE BIOGRAPHICAL CONTEXT
OF NORBERTO BOBBIO

MARIO G. LOSANO
Università degli Studi di Torino

Fecha de recepción: 25-6-13

Fecha de aceptación: 25-9-13

Resumen: *El artículo aborda la figura del iusfilósofo italiano Norberto Bobbio, tratando de investigar la conexión entre sus ideas filosóficas y las circunstancias políticas, sociales y culturales que le tocó vivir. Especialmente, se aborda la paulatina evolución del pensamiento de Bobbio, que transitó desde la filosofía del derecho a la filosofía política y que, poco a poco, fue incluyendo un filón de investigación en torno a los derechos humanos.*

Abstract: *The article is devoted to the italian legal philosopher Norberto Bobbio. Concretely, we will try to illustrate the connection between his philosophical ideas and the political, social and cultural circumstances he went through. In this regard, we will analyze the progressive evolution of Bobbio's thought, which started in the frame of legal philosophy, but continued mostly in political philosophy and finally included a huge research focus on the history and the nature of human rights.*

Palabras clave: derechos humanos, fenomenología, fascismo italiano, neokantismo, positivismo jurídico

Keywords: human rights, phenomenology, Italian fascism, neokantism, legal positivism

* Traducción de Luis Lloredo Alix. Doctor en Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid.

*“Di una cosa io mi glorio:
della scuola di Gregorio”*

NORBERTO BOBBIO

1. LA IMPORTANCIA DE LAS FECHAS: UNA BREVE BIOGRAFÍA DE BOBBIO

Hay algunos acontecimientos de la historia individual, nacional e internacional que contribuyeron de manera determinante a orientar la reflexión de Norberto Bobbio hacia una serie de temas dominantes. Además, al dirigirme a un público extranjero, me parece importante llamar la atención sobre algunos episodios que no necesariamente son conocidos por quien no haya seguido específicamente los avatares de la historia política italiana. Me limitaré aquí a mencionar de forma sucinta algunos puntos de la biografía cultural de Bobbio, reenviando, a quien esté interesado, a una exposición más extensa y documentada (así como a un análisis más preciso de los textos y, sobre todo, de los documentos de archivo) en un libro mío de próxima publicación¹.

Bobbio nació en 1909, fecha a la que él mismo atribuía un significado particular: “haber nacido en 1909 significa que, cuando cayó el fascismo, teníamos treinta y cinco años, es decir, que habíamos llegado a la mitad de nuestro camino y que, al haber transcurrido desde entonces otros treinta años, hemos vivido en el post-fascismo la otra mitad. En definitiva, significa que el final del fascismo ha escindido en dos partes casi iguales nuestra vida”. Aquella generación “ve la propia vida dividida por una profunda fractura entre un antes y un después, y considera el momento de esa fractura como un momento de renacer”².

Nacer en 1909 equivalía a desarrollar la propia formación cultural, en su integridad, durante la época fascista. Esta última había comenzado en 1922, cuando Bobbio tenía aún trece años, de manera que estuvo expuesto a la influencia directa del régimen, frente al cual sólo desarrolló un planteamiento crítico de forma gradual, con el aumento de la edad y con la agudización de

¹ El volumen se encuentra en prensa, en portugués, en la casa editorial Elsevier de São Paulo, Brasil.

² N. BOBBIO, *Maestri e compagni*, Passigli, Firenze, 1984, p. 9, en la que Bobbio compara su vida con la de Eugenio Garin, nacido también en 1909.

los conflictos sociales, que le terminaría conduciendo al antifascismo militante y a la cárcel.

Después de cursar estudios en el Liceo Massimo d'Azeglio, donde tuvo como compañeros y profesores a varias personalidades antifascistas, Bobbio se inscribió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, en 1927, licenciándose en 1931 con el filósofo del derecho Gioele Solari, gracias a una tesis sobre *Filosofía y dogmática del derecho*. Fue admitido después como alumno en el tercer año de la Facultad de Filosofía y Letras, y se licenció en 1933 con Annibale Pastore, en filosofía teórica, después de haber asistido durante dos años a su curso sobre Husserl: de hecho, su segunda tesis tenía como objeto *La fenomenología de Husserl*. En el intervalo que discurre entre estas dos licenciaturas, en 1932, realizó con Renato Treves un viaje a Alemania, puesto que Solari consideraba indispensable la aportación de la cultura germana para un filósofo del derecho.

Las dos tesis de licenciatura revelan que Bobbio tenía una mentalidad filosófica preponderante. Una mentalidad que, poco a poco, iría orientándose hacia el derecho, sobre todo cuando decidió emprender la carrera universitaria como iusfilósofo. En 1938 publicó el libro con el cual conseguiría la cátedra: estaba dedicado a un aspecto de la teoría de la interpretación, a saber, el uso de la analogía en el razonamiento jurídico³. A éste le siguió el opúsculo sobre la costumbre⁴, en el que Bobbio mostraba interés por las teorías antiformalistas y en el que se marcaban distancias tanto respecto de su pasión anterior (la fenomenología husserliana, que era demasiado apriorística), como respecto de su futuro punto de referencia (el neokantismo y en particular Kelsen, que era demasiado formalista).

Sin embargo, esta trayectoria académica sería pronto perturbada por una serie de incidentes políticos, que cada vez eran más frecuentes. La relación con amigos antifascistas del liceo y de la universidad provocó que se viera envuelto en los arrestos de 1935, que tuvieron consecuencias graves para algunos, pero que, para Bobbio, se resolvieron con una mera admonición: una medida administrativa más liviana que la cárcel, pero lo suficientemente fuerte como para interrumpir su carrera académica. Por esta razón, Bobbio

³ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della Regia Università, Torino, 1938. En el mismo año publicó "L'analogia nel diritto penale", *Rivista Penale*, mayo de 1938, pp. 526-542.

⁴ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padua, 1942, reimpresso con una importante introducción de Paolo Grossi, Giappichelli, Turín, 2010.

terminó enviando un escrito a Mussolini, en el que subrayaba su conformidad con el régimen. Esta misiva sería exhumada en 1992 para desacreditar a Bobbio y, con él, a todos los antifascistas: habíamos entrado ya en la fase berlusconiana de la política italiana.

Su recurso fue admitido y, en 1935, dio inicio a su docencia en la Universidad de Camerino. En 1938, su concurso de acceso a la cátedra fue bloqueado por el ministerio. La intervención de un influyente tío de Bobbio puso remedio también a este obstáculo y, finalmente, pudo participar y vencer en el concurso. Sin embargo, no pudo optar al destino deseado, en la Universidad de Urbino, ya que se trataba de un hombre “soltero”: en efecto, la legislación demográfica fascista preveía penalizaciones en la carrera para quien no estuviese casado. Así pues, en 1939 fue llamado a ocupar una cátedra en Siena y, desde allí, pasaría a Padua en 1940.

Mientras tanto, en 1938, el régimen fascista había promulgado las leyes raciales, que para Bobbio significaron un brusco despertar del conformismo de aquellos años. “Con la imprevista e improvisada aprobación de las leyes raciales –escribirá Bobbio más de medio siglo después– nuestra generación se topó, en los años de madurez, con el escándalo de una discriminación infame que, tanto en mí como en otros, dejó un sello indeleble. Fue entonces cuando el espejismo de una sociedad igualitaria propició la conversión al comunismo de muchos jóvenes moral e intelectualmente serios. Sé bien que hoy [o sea, en 1994], a tantos años de distancia, el juicio sobre el fascismo debe emitirse con la distancia del historiador. Aquí, sin embargo, no hablo en tanto que historiador, sino sólo con el ánimo de ofrecer un testimonio personal de mi educación política, en la cual, como reacción al régimen, tuvieron también importancia los ideales de la igualdad y la fraternidad, más allá y además de los de la libertad”⁵.

En Padua, Bobbio se aproximó al Partido de Acción, organización antifascista de inspiración no marxista, y dio comienzo a su actividad como filósofo militante. Entre tanto, Gioele Solari se había jubilado en 1942 y Bobbio le había sustituido con carácter provisional en Turín, pese a continuar su docencia en Padua.

En 1943 tuvo lugar el dramático año de la división de Italia, con el armisticio del 8 de septiembre, que hizo pasar a los soldados italianos de aliados a enemigos de los alemanes: el sur de la península continuó la guerra del lado de los aliados democráticos, mientras que en el norte se refundó un Estado fascista bajo la égida de los alemanes. En aquel 1943, Bobbio contrajo matri-

⁵ N. BOBBIO, *Destra e sinistra. Ragioni e significato di una distinzione politica*, Donzelli, Roma, 1994, p. 87.

monio y Gioele Solari, como regalo de bodas, invitó a Bobbio a elegir entre los libros de su biblioteca. Bobbio escogió la edición de las obras de Carlo Cattaneo: así comenzó su relación con uno de los autores que más fuertemente influirían en su pensamiento.

Finalizada la guerra, en los meses de octubre y noviembre de 1945, Bobbio emprendió un viaje a Inglaterra que tuvo un peso en su formación no menor al que había tenido su viaje a Alemania de 1932: “el viaje a Inglaterra –escribió en su autobiografía– significó el descubrimiento de la democracia”⁶.

En 1948 fue llamado a Turín y, en ese mismo año, comenzó su actividad en la universidad piamontesa, en la que permanecería hasta su jubilación, ocupando hasta 1972 la cátedra que había pertenecido a su maestro Gioele Solari en la Facultad de Derecho y, a partir de 1972, enseñando en la Facultad de Ciencias Políticas.

2. LAS RAÍCES BIOGRÁFICAS DE LAS OBRAS DE BOBBIO: LAS CESURAS DE 1945 Y DE 1972

Se pueden identificar dos cesuras en el conjunto de la producción científica de Bobbio. En 1945, el final de la segunda guerra mundial y, en Italia, la caída del fascismo y el advenimiento de la república democrática permitieron a Bobbio afrontar con libertad los temas iusfilosóficos y políticos que le caracterizarían hasta el final de sus días. En 1972, los acontecimientos, esta vez más locales, llevaron a Bobbio desde la facultad de derecho a la de ciencias políticas y, por consiguiente, a un interés prevalente por los temas de teoría y práctica políticas.

Pese a todo, esta segunda cesura no implicó un abandono de los temas de filosofía del derecho en favor de los politológicos. En realidad, estos dos intereses siempre estuvieron presentes en Bobbio, de modo que el punto de inflexión de 1972 indica sólo que antes de éste predominaron (pero sin ser exclusivos) los intereses filosófico-jurídicos, mientras que después prevalecieron (pero también sin exclusividad) los intereses filosófico-políticos. Esta distinción presenta, sobre todo, una gran utilidad expositiva, porque permite ordenar en dos filones homogéneos la copiosa producción de Bobbio.

En 2010, dicha producción fue sintetizada por Marco Revelli de la siguiente manera: “actualmente, los escritos catalogados son 4803, entre los cuales se

⁶ N. BOBBIO, *Autobiografía*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 109.

encuentran 128 libros, 944 artículos y 1452 ensayos”, a los que hay que añadir 457 entrevistas, 316 conferencias o lecciones, así como 455 traducciones a veintidós lenguas⁷. Para los años que transcurren entre 1934 y 1993, la bibliografía de Carlo Violi constituye un punto de referencia fiable y completo⁸, mientras que para el decenio de 1994-2004 no existe todavía ninguna bibliografía. Las dos versiones anteriores de 1984 y 1990, promovidas ambas por Carlo Violi, contienen también la bibliografía de los escritos sobre Bobbio⁹. Los escritos de Bobbio catalogados en la bibliografía publicada en 1995 superan el millar.

La vastedad de esta producción se debe, además de a la laboriosidad de Bobbio, a dos características de su obra: por un lado, su propensión a escribir artículos antes que libros y, por el otro, su participación en el debate político, como filósofo militante, en la prensa diaria.

3. LA FORMACIÓN DEL JOVEN BOBBIO (1931-1944)

Los escritos juveniles de Bobbio se sitúan en el marco de los acontecimientos expuestos a grandes líneas en el epígrafe precedente. En particular, las dos tesis de licenciatura –hasta ahora inéditas– nos permiten valorar el progresivo tránsito desde un planteamiento esencialmente filosófico a temas propiamente jurídicos.

3.1. Las dos tesis de licenciatura: las influencias de Croce y Husserl

El título de la tesis de 1931, *Filosofia e dogmatica del diritto*¹⁰, retoma “uno de esos problemas de escuela sobre los que se ejercitan habitualmente los

⁷ M. REVELLI, “Nel labirinto del Novecento”, en N. BOBBIO, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, progetto editoriale e saggio introduttivo de Marco Revelli, Mondadori, Milano, 2010, p. XI.

⁸ C. VIOLI, *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio, 1934-1993*, a cura di Carlo Violi, Laterza, Roma-Bari, 1995.

⁹ N. BOBBIO, *50 anni di studi. Bibliografia degli scritti 1934-1983*, a cura di Carlo Violi; *Bibliografia di scritti su Norberto Bobbio*, a cura di Bruno Maiorca, Franco Angeli, Milano, 1984; N. BOBBIO, *Bibliografia degli scritti 1984-1988*, a cura di Carlo Violi; *Bibliografia di scritti su Norberto Bobbio*, a cura di Bruno Maiorca, Franco Angeli, Milano, 1990.

¹⁰ El frontispicio de esta tesis dactilografiada, defendida el 11 de julio de 1931, es el siguiente: “Regia Università di Torino. Tesi di laurea in Filosofia del Diritto. *Filosofia e dogmatica del diritto*. Chiarmo Prof. Gioele Solari. Torino, Giugno, 1931-IX” Éste es el título del ejemplar conservado en el Archivo Histórico de la Universidad de Turín (Asut). A este documento es al

filósofos del derecho principiantes, una especie de tema obligado en el currículum universitario de los filósofos del derecho”¹¹.

En su tesis, Bobbio se proponía afirmar la autonomía teórica de la filosofía del derecho respecto de la ciencia jurídica, superando ante todo el positivismo clásico, que concebía a la filosofía como una síntesis de las ciencias particulares. El neokantismo le brindó el instrumento para esta crítica: “el nuevo criticismo lograba esa diferenciación entre filosofía y ciencia que el positivismo, constreñido por su propio método –al no conocer más realidad que la de los datos– no había conseguido aferrar. A continuación reconocemos el exceso opuesto de la nueva escuela” (p. 62).

Bobbio rechazaba, pues, el neokantismo y apelaba en su lugar al neohegelismo, arribando así hasta el Croce de la *Lógica* y de los *Lineamientos de filosofía del derecho*: “superando el positivismo dogmático y el presunto carácter absoluto de la ciencia, superando el neokantismo y el presunto apriorismo del derecho, era necesario reconocer los límites de la investigación científica, estableciendo sus funciones y evaluando sus resultados; ya no se trataba de extenderla más allá de sus posibilidades, sino de considerarla en la limitación de su irremediable carácter empírico. Esta nueva tendencia había sido señalada por la lógica de Croce: en síntesis, el problema había sido planteado sobre sus verdaderas bases, gracias a la distinción crociana entre conceptos puros y pseudo-conceptos” (p. 221). En conclusión, “superando los problemas científicos del positivismo y los problemas filosóficos del neokantismo, nos atenemos así a la filosofía idealista neo-hegeliana” (p. 242).

Así pues, la tesis de filosofía del derecho de 1931 afronta los temas filosóficos con una clara adhesión al idealismo crociano. En cambio, el libro de 1934, *Scienza e tecnica del diritto*, se mueve por completo en el ámbito del mundo jurídico, aborda “el problema de la relación entre filosofía del derecho y ciencia jurídica”¹² y distingue “la dirección teórica pura que da origen a la ciencia y la dirección teórico-normativa que da origen a la técnica”¹³. Sobre la base de esta distinción, Bobbio erigirá en 1942 su teoría de las fuentes y, en particular, de la costumbre (sobre la que se volverá en breve).

que se refieren los reenvíos que se hacen entre paréntesis después de las citas en el cuerpo del texto.

¹¹ N. BOBBIO, *Filosofía del diritto e teoria generale del diritto*, ahora en su *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, p. 27.

¹² N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, Istituto Giuridico della Regia Università, Torino, 1934, p. 51.

¹³ N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., p. 47.

La concentración de la atención del joven Bobbio en el ámbito jurídico resulta todavía más evidente si se cotejan la tesis sobre *La fenomenologia di Husserl* de 1933 con su otro libro sobre la corriente fenomenológica. La tesis se mueve íntegramente en el campo de la filosofía teórica y constituye un análisis en profundidad del pensamiento de Husserl, sin ninguna apertura al mundo del derecho¹⁴. Al contrario, el libro de 1934, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, encauza los instrumentos conceptuales husserlianos, desde su mismo título, hacia “la filosofía social y jurídica”. De sus tres partes, la primera dedica un capítulo introductorio a la “filosofía de Husserl” en general, pero en los dos capítulos sucesivos pasa de inmediato a la filosofía social y a la filosofía jurídica desde la perspectiva fenomenológica. La segunda parte analiza “la ciencia de la sociedad y del derecho”, así como “la sociedad y el derecho” en el seno del “sistema de la fenomenología”.

Estos pocos trazos nos muestran que el Bobbio universitario se había decantado fundamentalmente por una aproximación filosófica a los problemas jurídicos. Pero en los años que van desde 1931 a 1934, el interés cultural de Bobbio se iría precisando en paralelo a la cada vez más neta identificación del campo al que dirigiría su actividad futura. Entre las dos licenciaturas de 1931 y 1933 tuvo lugar el viaje a Alemania y en 1934 el examen de libre docencia: así tocaban a su fin los años de aprendizaje y de búsqueda de un camino independiente.

3.2. La redefinición lógica de la analogía

A partir de los años de docencia en Camerino, iniciada en 1935, la atención de Bobbio se fue alejando del estudio general de las relaciones entre sistemas filosóficos y derecho –objeto de sus tesis de licenciatura y de las obras inmediatamente subsiguientes a éstas– y se concentró en la teoría general del derecho. Tanto el ensayo sobre la analogía de 1938, como el de la costumbre de 1942, son claros indicios de esta nueva orientación que acompañaría a Bobbio en su ulterior actividad investigadora.

Al considerar retrospectivamente estas dos obras de su propia “prehistoria”, Bobbio las subestimó y las desconsideró de forma notable, datando así

¹⁴ El frontispicio de esta tesis, defendida el 20 de diciembre de 1933, es el siguiente: “Regia Università di Torino. Facoltà di Lettere e Filosofia. Tesi di laurea in filosofia teoretica. *La fenomenologia di Husserl*. Chiar.mo Prof. Annibale Pastore. Torino, Novembre 1933, Anno XII. Norberto Bobbio”. Éste es el título del ejemplar conservado en el Archivo Histórico de la Universidad de Turín (Asut). A este documento es al que se refieren los reenvíos que se hacen entre paréntesis después de las citas en el cuerpo del texto.

su interés por la teoría general del derecho en la crítica a Carnelutti de 1949, pese a que, “si se quisiera ser más preciso, a los temas de teoría del derecho ya había dedicado en realidad las dos principales monografías escritas en mis años de aprendizaje”¹⁵. Sin embargo, el libro sobre la analogía – “la mejor construida de sus monografías de los años treinta”¹⁶– hizo de Bobbio “el mayor escritor italiano en la materia”¹⁷. Pero el volumen sobre la costumbre no fue menos importante.

En particular, el libro sobre la analogía ocupa un puesto preeminente en la producción del Bobbio filósofo del derecho, no sólo por la originalidad y el rigor de la argumentación, sino también por la doble importancia de su contenido, tanto en lo que se refiere a su contribución a la cultura jurídica de la época en la que fue publicado, como en tanto que anticipación de la futura evolución del pensamiento de Bobbio, que a la sazón tenía veintinueve años¹⁸.

En el momento de su publicación, en efecto, aquel escrito proponía una teoría limitativa del uso de la analogía en el derecho, en contraste con la tendencia general a extender su uso por razones prácticas y políticas. Del tratamiento puramente lógico de la analogía se desprendía el deseo de Bobbio de salvaguardar la *certeza del derecho*: un tema ciertamente *non grato* para las dictaduras de aquellos años. Por otra parte, en las décadas sucesivas, la exégesis de este texto también puso de manifiesto los primeros indicios de los elementos lógico-deónticos y analítico-filosóficos que después serían desarrollados por el Bobbio de madurez: indicios sobre los que volveremos al final de este mismo epígrafe.

El tratamiento de la analogía en Bobbio está vinculado con los resultados de sus análisis anteriores. Partiendo de la distinción entre actividad teórica y actividad técnica del jurista, esto es, entre conocimiento y exégesis de

¹⁵ N. BOBBIO, “Premessa”, en N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, p. XVI.

¹⁶ Así P. GROSSI, “Introduzione”, en N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. XI.

¹⁷ G. VASSALLI, “L’analogia nel diritto penale”, en *Nuovissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1964, p. 607.

¹⁸ N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della R. Università, Torino, 1938. Hoy hay disponible una nueva edición. N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, a cura di Paolo Di Lucia, Giuffrè, Milano, 2006. Las citas del presente texto se extraen de esta última edición y, siempre que no sean necesarios comentarios, se indican sólo con el número de página de la edición de 2006.

las normas, Bobbio aborda esta última, o sea, la actividad interpretativa. Las dictaduras europeas, que en aquellos años contaban con un consenso difuso, tendían a desvincularse de la sujeción positivista al texto de la norma y a privilegiar la actividad creadora de los jueces. La “escuela del derecho libre” teorizaba una orientación de este tipo, que terminaba desembocando en el arbitrio, como después se verá en la crítica que Bobbio dirigió a las reformas penales soviética y nacionalsocialista.

En cambio, Bobbio construye su teoría de la analogía con el fin de salvaguardar la certeza del derecho y el Estado de derecho. Para lograr este objetivo de corte liberal, rechaza la función creadora del intérprete: su analogía es *analogia legis* y no *analogia iuris*. En un escrito posterior, Bobbio recordará que, en el uso moderno, el término *analogia iuris* ha sido reemplazado por los “principios generales del derecho” (con la salvedad del derecho canónico) y precisará que, “al contrario que en la pareja «interpretación extensiva-analogía», en la que la diferencia de nombre encubre un procedimiento lógico idéntico, en la pareja «*analogia legis-analogia iuris*» el mismo nombre encubre dos procedimientos lógicos distintos”¹⁹.

Partiendo de estas premisas, Bobbio no pretendía ocuparse ni de los problemas especulativos de la interpretación, ni de sus usos políticos, sino que se proponía analizar la interpretación analógica desde la perspectiva de “su naturaleza de procedimiento lógico y, por lo tanto, estudiarla en su funcionamiento, casi diría que en su mecanismo”. El título del libro expresa inequívocamente esta delimitación metodológica: *L'analogia nella logica del diritto*.

El texto de Bobbio aborda el tema de la analogía en las normas especiales y excepcionales apelando al derecho vigente en 1938 (es decir, al código civil de 1865 –el primer código de la Italia unificada– que se abría con las doce *Disposiciones* conocidas como *Preleyes*) y al código de comercio. Los argumentos adoptados para este propósito, pese a ser teóricamente relevantes, pueden omitirse porque se refieren a normas que ya no son vigentes en la actualidad.

Más complejo y más político, a la altura de 1938, era el problema de la analogía en el derecho penal: de hecho, “el Código Penal soviético de 1927 y la Ley Penal alemana de 28 de junio de 1935 han devuelto la gloria perdida a la analogía y, a decir verdad, también a algo más que la simple analogía, interrumpiendo una tradición que, a decir de todos, ya se había convertido en un pa-

¹⁹ N. BOBBIO, “Analogia”, en *Nuovissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1964, p. 605.

trimonio común de todas las naciones civilizadas” (p. 205; la cursiva es mía). También en Italia se alzaban voces invitando a reformar el derecho en este sentido: de ahí la importancia de la crítica de Bobbio a estas concepciones; se trataba de una crítica cauta, pero no precisamente conformista en aquellos años del fascismo y del eje Roma-Berlín.

Bobbio invitaba a distinguir el uso de la palabra “analogía” en sentido propio –es decir, basada en la “relación de semejanza” entre la previsión de la norma y el caso concreto (p. 118)– del uso en sentido erróneo, que es equivalente a “arbitrio” porque “contradice el sistema de la legalidad” (p. 237). La analogía en sentido propio o riguroso podía existir también en el derecho penal, sin que esta constatación hubiera de conducir a objeciones emotivas basadas en un “posicionamiento moralizante, que es el peor enemigo de la crítica paciente y del entendimiento prudente” (p. 237).

En estas páginas, Bobbio estaba siguiendo un principio que le acompañaría a lo largo de toda la vida: “frente a las novedades verdaderas, y con mayor razón frente a las que sólo son aparentes, no se trata de condenar ni mucho menos de adherirse, sino, ante todo, de comprender” (p. 238)²⁰. Veinticinco años después, este planteamiento regresará casi con las mismas palabras: “he aprendido a respetar las ideas ajenas, a detenerme ante el secreto de cualquier conciencia, a comprender antes de discutir, a discutir antes de condenar”²¹.

La teoría de la analogía en Bobbio es una teoría extrema, en el sentido de que restringe la analogía en exclusiva al ámbito del razonamiento lógico. Esta “redefinición epistemológica del razonamiento analógico”, escribe Ferrajoli, “ha restringido hasta tal punto la analogía, constriñéndola por completo en el interior del principio de legalidad, que prohibirla se convierte en algo inútil e irrelevante, o incluso en algo insensato”²². La analogía, reducida así a su mínima expresión, es compatible con la certeza del derecho y, por lo tanto, puede emplearse también en el derecho penal. Sin embargo, entre los juristas el término “analogía” no se entiende en este sentido rigurosamente lógico y, por consiguiente, la teoría de Bobbio ha tropezado con la incomprensión de muchos.

²⁰ La frase continúa así: “... para darse cuenta de que a diversas necesidades históricas corresponden diversos sistemas jurídicos; y tanto más cuando no es algo evidente que a la legalidad formal corresponda siempre y con mayor rigor la legalidad sustancial”.

²¹ N. BOBBIO, “Prefazione del novembre 1963”, en *Italia civile*, Lacaita, Manduria, 1964, p. 8.

²² L. FERRAJOLI, “Prefazione”, en N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, cit., p. XVIII.

Junto a los presagios de kelsenismo, el volumen de 1938 contiene también los primeros anuncios de los futuros intereses de Bobbio por la lógica deóntica –sobre lo cual han llamado la atención Paolo di Lucia, en su prefacio, y Amedeo G. Conte– y por la filosofía analítica del lenguaje, introducida en Italia a través de un ensayo de Bobbio de 1950 y acogida después por numerosos estudiosos, el primero de los cuales sería Uberto Scarpelli.

3.3. La costumbre como fuente normativa

El tiempo que transcurre entre el libro sobre la analogía y el de la costumbre, es decir, entre 1938 y 1942, fue crucial tanto para Italia como para Bobbio, que pasaba de los veintinueve a los treinta y tres años y que entraba así en el periodo de la madurez científica y política. En 1938 las leyes raciales habían logrado despertar el antifascismo de Bobbio; en 1940 Italia había entrado en guerra; y en 1942 había empezado el declive militar del eje ítalo-alemán con las batallas de El Alamein en el norte de África, de Guadalcanal en el Pacífico y de Estalingrado en la Unión Soviética. En esos mismos años, Bobbio (que, siendo profesor en Padua, en 1942 había participado en la fundación de la sección trevisana del Partido de Acción, por aquel entonces clandestino²³) escribió y publicó su libro sobre la costumbre²⁴.

En opinión de Paolo Grossi, la prehistoria de Bobbio se presenta ya como una “operación cultural” caracterizada por una aspiración metodológica unitaria: “lógica jurídica, significados puros de las cosas, esencias, ciencia rigurosa, ciencia pura, racionalidad pura. Tanto en el momento más propiamente fenomenológico, como en la reconstrucción de la interpretación analógica, a Bobbio le impulsa un mismo proyecto cultural: proceder a una purificación de la *iurisprudencia*, a descarnarla”. Esta directriz le sirvió a Bobbio para “construir un castillo de teoría general inexpugnable frente a la tosca facticidad circundante (la primera de todas ellas, en Italia, era la zafia y violenta facticidad política del Régimen) y frente a las derivaciones extremas del idealismo imperante, que ya se había aliado con el Régimen, al menos por lo que respecta al filón de pensamiento de Gentile”²⁵.

²³ N. BOBBIO, *Autobiografía*, cit., p. 51.

²⁴ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942; reimpresión: Giappichelli, Torino, 2010. La indicación de las páginas en este artículo reenvía a este último texto.

²⁵ P. GROSSI, “Introduzione”, en N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. XII ss.

Es difícil decir si esta defensa contra la “tosca facticidad” fascista es fruto de una elección política o de la predisposición filosófica de Bobbio. A mi juicio, la posición de Bobbio presentaba todavía oscilaciones, pero esta diversa percepción puede depender de los años o de las obras que se tengan en cuenta. Con todo, lo que sí es cierto es que también Bobbio intentaba refugiarse en el “tecnicismo” en el que, durante el fascismo, se salvaban muchos juristas; y era precisamente a los juristas, no a los “especulativos”, a quienes pretendía dirigirse Bobbio. Más allá del tecnicismo jurídico, en aquellos años Bobbio se refugió también en la reconstrucción histórico-filológica, al ocuparse de la edición crítica de Tommaso Campanella de 1941²⁶.

La elección del tema resulta intrigante: ¿por qué precisamente la costumbre, la más descuidada e incomprendida de todas las fuentes del derecho, que el propio Bobbio consideraba como una “reliquia de épocas jurídicas superadas” (p. 29)?

Bobbio se sentía atraído por este “derecho espontáneo, inmediato, no voluntario” (p. 7) porque los juristas habían colocado al derecho estatal en el centro de su atención, ocupándose sólo marginalmente del derecho consuetudinario. En cambio, para el teórico del derecho este último abría un territorio de frontera entre el derecho y la sociedad, que estaba a la espera de ser trabajado. Cuando Bobbio afrontó el tema de la costumbre, el ordenamiento italiano recibía el derecho consuetudinario “apelando a él en bloque para toda una materia (los usos mercantiles del artículo 1 de nuestro código de comercio)”: un auténtico y propio “reenvío entre ordenamientos” (p. 94). Además, se retomaba el debate sobre las fuentes del derecho, que son los fundamentos del edificio jurídico: “si nos demoramos tanto en observar cómo están hechas las pilastras, ello quiere decir que el edificio vacila y que necesita una revisión que comience desde abajo”. Por eso, después de los trastornos sociales e institucionales de la primera mitad del siglo XX, “la ciencia jurídica debe volver a empezar con el problema de las fuentes si se quiere poner a la altura de la vida” (p. 13).

El libro sobre la costumbre es netamente antipositivista y, sin embargo, Kelsen –definido como “el más original y más desprejuiciado de los juristas contemporáneos” (p. 8)– es citado en él una docena de veces²⁷, y

²⁶ T. CAMPANELLA, *La città del Sole*, texto italiano e testo latino a cura di Norberto Bobbio, Einaudi, Torino, 1941. La introducción de Bobbio se encuentra en las pp. 7-51.

²⁷ Kelsen es citado en las pp. 7, 8, 9, 15, 16 y 16 n., 18, 34 (norma fundamental); 35 s. (principio de efectividad); 50 n., 56 n., 61, 73 (coactividad).

no siempre para marcar distancias. En el análisis jurídico del concepto de revolución, Bobbio apunta hacia “el contenido del derecho” y pregunta: “¿qué es el derecho?” (es decir, “¿qué hechos llevan en sí mismos la razón de su juridicidad?”) y no, formalista y kelsenianamente, “¿qué vale como derecho en la esfera de influencia de esa determinada norma fundamental?” (p. 35 s.). Partiendo de esa posición, el normativismo no le convence: “la doctrina normativista es un producto de la concepción según la cual el derecho pertenece a la esfera del deber ser y del prejuicio según el cual el deber ser es una esfera separada por completo de la del ser y no existen trasiegos entre ambas. Ahora bien, lo que pertenece al deber ser no es el derecho, sino la idea de justicia, que al final tampoco está tan lejos de los hechos como para no poder extraerse siempre e inmediatamente de éstos, y sólo de éstos” (p. 37 s.).

Sin embargo, en las observaciones críticas de este libro ya se abren espirales de reconocimiento que preludian la “conversión” de 1949: “la teoría pura del derecho, que representa lo más maduro que ha producido la ciencia jurídica en Alemania, ha recibido muy escasa influencia del pensamiento filosófico, incluido el neokantismo del cual se ha sabido, en retrospectiva, que Kelsen era un continuador y un seguidor; o, al menos, ha recibido de éste tan sólo influjos genéricos y beneficios discutibles, ya que se ha formado en una tradición genuinamente jurídica, purificada y clarificada en exclusiva por la fuerte personalidad de su autor” (p. 9, nota 5). Estas aperturas de 1942 anuncian la aceptación de la teoría pura del derecho a partir de la posguerra.

Precisamente en el último año de la guerra, vio la luz un librito destinado a no tener continuación en la evolución cultural de Bobbio. Bobbio se sentía atraído y a la vez repelido por el “decadentismo”, esto es, por la filosofía del existencialismo de Karl Jaspers y Martin Heidegger. El libro *La filosofía del decadentismo* de 1944²⁸ –que años después Bobbio definiría como “tan apasionado como improvisado”²⁹– tuvo fortuna y fue traducido al inglés y al español, pero pronto la repulsa prevaleció sobre la atracción y el interés de Bobbio por el existencialismo se agotó con dicho escrito. Aquella obrita marcó “el punto de inflexión entre la primera y la segunda fase de la vida”³⁰ de Bobbio y puso fin a la “prehistoria” de su actividad intelectual.

²⁸ N. BOBBIO, *La filosofía del decadentismo*, Chiantore, Torino, 1944.

²⁹ N. BOBBIO, *La mia Italia*, Passigli, Firenze, 2000, p. 102.

³⁰ N. BOBBIO, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, Torino, 1996, p. 151.

4. LA “CONVERSIÓN” DE BOBBIO A LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

En 1949, como ya se ha recordado, Bobbio recibió la llamada de la universidad de Turín. En ese mismo año se puede situar el inicio de su asunción de la teoría pura del derecho. En efecto, Bobbio tomó partido a favor de la teoría normativista de Kelsen en 1949, en un texto crítico que escribió sobre Francesco Carnelutti³¹. De Carnelutti, Bobbio impugnaba la doctrina imperativista del derecho, mientras que se pronunciaba a favor de la teoría pura del derecho: su ensayo de 1949 marca, por lo tanto, su “conversión” a Kelsen.

En la crítica a Carnelutti, Bobbio aclara ante todo su percepción de las relaciones entre filosofía del derecho y teoría general del derecho, retornando así a temas que ya estaban presentes en su pensamiento desde su tesis de licenciatura con Gioele Solari. Pero ya habían pasado veinte años desde aquel trabajo y se advierte la maduración científica de Bobbio: mientras que entonces seguía el idealismo dominante, ahora buscaba un camino propio, que finalmente encuentra en el normativismo kelseniano. De manera que, para trazar una biografía cultural de Bobbio, es relevante reconstruir qué entendía él por teoría general del derecho y por filosofía del derecho, dejando aparte las críticas a Carnelutti que, pese a ser interesantes, atañen a una obra que pertenece ya al pasado.

En el conjunto de los ensayos que sellan el tránsito al normativismo, es posible identificar la arquitectura fundamental de las concepciones del Bobbio filósofo del derecho, que él fue afinando a lo largo de toda su vida, pese a no haber querido nunca compendiarlas en un único “sistema”. En el volumen de 1955 sobre la teoría general del derecho, la posición de Bobbio va delineándose en oposición a las doctrinas de otros teóricos del derecho: sobre todo en contraste con la de Carnelutti y, después, con la de Alessandro Levi, de Paul Roubier, de Jean Dabin y de Jean Haesaert, mientras que el ensayo de 1954 sobre *La teoria pura del diritto e i suoi critici*³² marca la consolidación definitiva de sus concepciones en la dirección del iuspositivismo.

³¹ Francesco Carnelutti (1879-1965) fue uno de los máximos juristas italianos del siglo XX y ejerció una fuerte influencia tanto en la doctrina jurídica como en la legislación. Dejó una vastísima obra en el campo civil, penal, procesal y laboral.

³² N. BOBBIO, “La teoria pura del diritto e i suoi critici”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pp. 356-377; reproducido también como apertura de la obra *Diritto e potere* de 1992.

A partir de 1949, Bobbio –ya alejado del idealismo y partícipe de la renovación de posguerra– se adhiere a la teoría formal de Kelsen y, en el artículo de 1954, se hace cargo “de forma calurosa, casi diría que osada, de defenderla frente a sus detractores”³³, a saber, frente a los sociólogos y los iusnaturalistas. A este panorama de críticas contra la teoría pura del derecho siguió en 1973 una reconstrucción de dicha teoría³⁴. Pero en el largo intervalo que hubo entre los dos artículos, Kelsen estuvo presente en la docencia de Bobbio, en particular en los dos cursos sobre la teoría de la norma y la teoría del ordenamiento, que confluyeron después en el libro *Teoria generale del diritto* de 1993, del que ya ha llegado el momento de ocuparnos.

5. LA GÉNESIS DE LA “TEORÍA GENERAL DEL DERECHO”

Los estudios sectoriales de teoría general del derecho vistos hasta aquí traslucen una visión general que, sin embargo, Bobbio jamás quiso sistematizar ni en un manual (“una pesadilla” para él), ni en una obra abarcadora. Y sin embargo, existe una *Teoria generale del diritto* gracias a una curiosa génesis colombiana.

La *Teoria generale del diritto* fue publicada también en Italia en 1993, cuando Bobbio ya se dedicaba fundamentalmente a la filosofía política desde hacía veinte años. El prefacio de Bobbio narra la génesis del libro y, en particular, expresa su renuencia a presentarse como autor de una “teoría general del derecho”: “aceptando la reciente petición de algunos colegas y accediendo a un antiguo deseo del editor Giappichelli, he consentido en republicar” en un único volumen los dos cuadernos de apuntes para los estudiantes de los cursos 1957-58 y 1958-59, respectivamente sobre la norma³⁵ y sobre el ordenamiento³⁶, que ya habían sido publicados juntos en 1987, en una traducción colombiana. No obstante, los primeros pasos en esta dirección se remontan al curso del año académico 1954-55 y al correspondiente cuaderno de apuntes para los estudiantes³⁷.

³³ N. BOBBIO, *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 8.

³⁴ N. BOBBIO, “Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1973, pp. 187-215.

³⁵ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958, 245 pp. (litografiado).

³⁶ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, 218 pp. (litografiado).

³⁷ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico. Lezioni raccolte dagli studenti L. Borgei, C. V. Sarasso, G. Witzel*, Giappichelli, Torino 1955, 242 pp. (litografato).

Quizá pueda hallarse una explicación a la reticencia de Bobbio en el hecho de que aquellos cursos estaban pensados para los alumnos de primer y segundo año y, por lo tanto, tenían que recurrir a simplificaciones que Bobbio aceptaba para la didáctica, pero dudaba en transferirlas a un libro que necesariamente debía dirigirse también a los especialistas. Con todo, él mismo, en las primeras páginas de la parte relativa a la teoría del ordenamiento, recuerda que los dos cursos de los años cincuenta “forman juntos, el uno y el otro, una *teoría del derecho* completa, desde el punto de vista principalmente formal” (p. 159, cursiva de Bobbio).

Los dos cuadernos de apuntes y, en consecuencia, el volumen de 1993, se sitúan en la fase kelseniana de Bobbio, que reivindica puntualmente esta ascendencia. Kelsen es su “autor *princeps*” y “nunca ha sido un secreto”, prosigue, “que los dos cursos son de inspiración kelseniana”: “kelseniana es, para empezar, la distinción entre teoría de la norma (aislada) y teoría del ordenamiento (conjunto estructurado de normas)” (p. VIII), pese a que la definición de derecho sea investigada en los caracteres distintivos del ordenamiento, siguiendo “la doctrina italiana de la institución” (p. IX). Kelseniano es también el hecho de identificar la característica del derecho en el ordenamiento, y no en la norma, como ya quedaba claro “en la distinción kelseniana entre el sistema estático propio de la moral y el sistema dinámico propio del derecho” (p. IX). Este volumen constituye la coronación del pensamiento teórico-jurídico de Bobbio.

Los dos libros publicados a principios de los noventa –*Diritto e potere* de 1992 y *Teoria generale del diritto* de 1993– parecen poner el sello final a la fase kelseniana de Bobbio, que de hecho ya había concluido una veintena de años antes. No obstante, este punto final sólo vale para el Kelsen teórico del derecho. En efecto, ya desde hacía años Bobbio había encontrado en el Kelsen teórico del Estado y de la democracia una fuente de su propio pensamiento politológico: “en su teoría del Estado emergen dos temas fundamentales. Al discutir acerca de ellos, en especial en los últimos años [anteriores a 1992], me he inspirado, pese a no habérmelo propuesto, en el pensamiento kelseniano: la democracia y la paz; la democracia, entendida como un conjunto de reglas destinadas a permitir a un conjunto de individuos tomar decisiones colectivas con el máximo consenso posible; la paz, en favor de esa forma de pacifismo que llamo “institucional” o, usando una fórmula típicamente kelseniana, la paz a través del derecho”³⁸.

³⁸ N. BOBBIO, *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 11 s.

En este punto, podemos concluir el discurso sobre el Bobbio teórico del derecho para pasar al del Bobbio politólogo y, en especial, a su visión de los derechos humanos. Éstos hunden sus raíces en la teoría positivista del derecho, en la democracia parlamentaria, en la investigación de la paz a través del derecho: todos temas de origen kelseniano.

6. UNA VISIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Bobbio publicó en 1951 su primer escrito acerca de los derechos del hombre³⁹, pero sólo más tarde se ocupó intensamente del tema, sobre todo en los años sesenta y setenta, cuando en Europa ya se habían consolidado la paz y la democracia: sin éstas, en efecto, la afirmación de los derechos del hombre es prácticamente imposible⁴⁰. En el universo intelectual de Bobbio, por lo tanto, el problema de los derechos del hombre “está estrechamente ligado al de la democracia y el de la paz”: de hecho, estos derechos “se hallan en la base de las constituciones democráticas”, mientras que la paz es “el presupuesto necesario para el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos del hombre en cada uno de los Estados y en el derecho internacional”⁴¹.

Los escritos de Bobbio sobre todos estos temas nacieron en momentos diversos, pero él los percibió siempre como estrechamente conectados entre sí, “hasta el punto de que varias veces –escribía en 1966– se me ha ocurrido presentar su vinculación como meta ideal de una teoría general del derecho y de la política, que por otro lado nunca he sido capaz de escribir”. “Derechos del hombre, democracia y paz” son “tres partes de un único sistema”: los derechos humanos “se encuentran en la base de las constituciones democráticas modernas”, mientras que la paz los garantiza en el nivel nacional y en

³⁹ Hoy también es frecuente la forma “derechos humanos”, mientras que Bobbio utilizaba la de “derechos del hombre”. En el texto se usará siempre “derechos del hombre” para no crear discontinuidad respecto a las citas extraídas de Bobbio.

⁴⁰ Este tema se trata en profundidad en N. BOBBIO, *I diritti dell'uomo e la pace*, conferencia de 1982, en N. BOBBIO, *Il Terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra*, Sonda, Milano, 1989, pp. 92-96.

⁴¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, p. VII (*El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991; además del *Prólogo* de Gregorio Peces-Barba, contiene tres artículos más respecto a la edición italiana: I. *Gurvitch y los derechos sociales*; II. *Igualdad y dignidad de los hombres*; V. *¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara*. El propio Bobbio indica algunos otros ensayos sobre derechos humanos no incluidos ni en *L'età dei diritti* ni en *Il terzo assente*, en *L'età dei diritti*, nota 3, p. XI (trad. esp.: nota 3, p. 22).

el internacional; “sin derechos del hombre reconocidos y protegidos no hay democracia, y sin democracia no se dan las condiciones mínimas para la solución de los conflictos sociales”⁴².

La literatura española, y en especial los escritos de Gregorio Peces-Barba, influyeron de forma decisiva en las concepciones de Bobbio. En el *Prólogo* a la edición española de *L'età dei diritti*, precisamente, Gregorio Peces-Barba subrayaba esta coincidencia de visiones: Bobbio acepta “una ética racional inserta en la historia” (y rechaza, por tanto, toda ética absoluta) y “por esa misma razón aceptará plenamente mi tesis de que los derechos siguen, desde su formación inicial para limitar el poder absoluto, tres grandes procesos, de positivación, de generalización y de internacionalización”⁴³. Pero también Bobbio reconoció esta influencia en sus propias teorías: “se han consolidado los tres procesos evolutivos de la historia de los derechos humanos que presenta y comenta la *Introducción general* a la antología de documentos editada por Gregorio Peces-Barba, *Derecho positivo de los derechos humanos: positivación, generalización e internacionalización*”⁴⁴.

Esta recíproca influencia y esta coincidencia de visiones hizo que el uno se viese reflejado en la obra del otro, lo cual sugirió a Bobbio el siguiente párrafo: “di una cosa io mi glorio: / della scuola di Gregorio”.

6.1. La militancia socialista de Bobbio y los derechos humanos

Llegados a este punto, es necesaria una breve digresión biográfica. Después de la militancia en el Partido de Acción, disuelto en la inmediata posguerra, Bobbio no se inscribió en ningún partido hasta 1966, cuando la unificación de los partidos socialistas pareció abrir el camino hacia esa unidad de las izquierdas que Bobbio siempre había predicado en vano. En particular, el socialismo liberal era para él el único terreno en el que podían echar raíces los derechos humanos más recientes, es decir, los derechos sociales. Desafortunadamente, la historia del socialismo italiano ha sido una historia de escisiones. Después de una de éstas, en 1968, la parte más consistente de los socialistas se reagrupó bajo el nombre originario de Partido Socialista

⁴² N. BOBBIO, *De senectute*, cit., p. 165.

⁴³ G. PECES-BARBA, “Prólogo”, en N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 10.

⁴⁴ N. BOBBIO, *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997, p. 154 s. El libro al que Bobbio se refiere es: G. PECES-BARBA, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, pp. 11-16.

Italiano, mientras que en 1969 nació en Partido Socialdemócrata Italiano, en posiciones más moderadas.

La carta con la que Bobbio explicaba su adhesión a este atormentado partido, en 1966, contiene una frase profética: “si el ámbito del socialismo democrático no estuviese destinado a aumentar, sería un mal signo no sólo para el socialismo, sino también para la democracia”⁴⁵. Las elecciones de 1968 marcaron el colofón de una última legislatura de duración regular –cinco años– mientras que las legislaturas subsiguientes no lograron llegar hasta su fin natural. A partir de los años noventa, el proceso de “Manos Limpias”, la crisis de los partidos tradicionales y, en particular, la desaparición del partido socialista de Craxi y la caída del comunismo real, abrieron el camino a la así llamada “Segunda República” y a dos décadas berlusconianas, que sometieron a una dura prueba a la frágil democracia italiana⁴⁶.

Pietro Nenni, el líder de los socialistas, había propuesto a Bobbio la candidatura a las elecciones parlamentarias de 1968. Pero Bobbio había declinado cortésmente la invitación: además de la desilusión por la disgregación del Partido Socialista Unificado, se sumaba en aquel momento una razón universitaria. “Como usted bien sabe –escribía a Nenni el 18 de diciembre de 1967, en una carta que es un *j'accuse* contra la vieja universidad–, un poco en toda Italia, pero de forma más grave y aguda en Turín, han estallado agitaciones universitarias que ponen en crisis la estructura, por lo demás ya decadente, de nuestra universidad”. Y valorando las reclamaciones de los estudiantes que se habían sumado a la agitación, añadía: “yo estoy totalmente de su parte, al revés que la mayor parte de mis colegas”. Se abría así un aspecto de la vida de Bobbio y de su concreta apertura al diálogo, en el que no es posible profundizar aquí.

Es importante terminar esta digresión sobre el Bobbio socialista dando cuenta de las crecientes incomprensiones entre Bobbio y el secretario general de los socialistas Bettino Craxi, cuya personalidad “decisionista” no podía encontrar puntos de acuerdo con “el filósofo de la indecisión”. Su polémica fue haciéndose cada vez más fuerte y, por parte de Craxi, menos amable. Pese a que Bobbio se limitaba a decir que los juicios de Craxi sobre él habían sido “generalmente no benévolos”, era forzoso admitir que en otras ocasio-

⁴⁵ “Avanti!”, 1 de noviembre de 1966 (cit. en N. BOBBIO, *Autobiografía*, cit., p. 179).

⁴⁶ Sobre el primer decenio de la “Segunda República” puede verse la reconstrucción de los dos profesores de historia contemporánea S. COLARIZI y M. GERVASONI, *La tela di Penelope. Storia della Seconda Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

nes Craxi se mostró “decididamente hostil”⁴⁷, como cuando Bobbio criticó el programa de reformas propuestas por Craxi como *Palabras en la niebla*⁴⁸. Craxi le respondió con un “rapapolvo”, al que Bobbio reaccionó con moderación, suscitando por ello las críticas de su amigo Luigi Firpo, quien le reprochó su “respetuosa tibieza”. “Después del rapapolvo de Craxi sólo me faltaba también el tuyo”, concluía resignado el filósofo del diálogo⁴⁹.

En 1984, mientras la vida política estaba marcada por la aclamación de Craxi en tanto que secretario del partido socialista y por la muerte de Enrico Berlinguer, la vida universitaria de Bobbio llegaba a su fin con su septuagésimo quinto cumpleaños. Pero el año de su jubilación fue también el año en que el Presidente de la República, el socialista Sandro Pertini, nombraría a Bobbio senador vitalicio⁵⁰.

En las actividades del Senado, Bobbio participó activamente desde 1984 hasta 1988, cuando ya no pudo ir a Roma por razones de salud. Es preciso, pues, distinguir la presencia efectiva de Bobbio en el Senado de la inclusión formal de su nombre en las comisiones parlamentarias. En efecto, aunque 1988 marcó el fin de sus viajes a Roma, al ser senador vitalicio el organigrama parlamentario continuó designándolo como miembro de varias comisiones hasta 2004, el año de su muerte.

6.2. Los derechos humanos según Bobbio

Una vez esbozada, de forma extremadamente sintética, la militancia socialista de Bobbio, podemos regresar a la estructura de su teoría de los derechos del hombre, de la que ahora convendrá ilustrar sus diferentes núcleos.

Partiendo de los escritos de Bobbio acerca de los derechos del hombre, se puede intentar reconstruir una más limitada teoría de los derechos humanos. Ésta se abre con la pregunta sobre su origen, o sea sobre sus fundamentos, que Bobbio situaba en la evolución histórica de la humanidad y no en un valor absoluto: posición típica del Bobbio relativista y crítico con toda forma de iusnaturalismo. En cuanto que derechos históricos, los derechos del hom-

⁴⁷ N. BOBBIO, *Autobiografía*, cit., respectivamente p. 207 y p. 208.

⁴⁸ N. BOBBIO, “Parole nella nebbia”, *La Stampa*, 8 de febrero de 1987, p. 1.

⁴⁹ N. BOBBIO, *Autobiografía*, cit., p. 209.

⁵⁰ Bobbio fue senador vitalicio entre el 18 de julio de 1984 y el 9 de enero de 2004, fecha de su muerte.

bre no nacen todos al mismo tiempo, son diversos entre sí e incluso pueden entrar ocasionalmente en conflicto: las condiciones políticas y materiales de todas las épocas ponen sobre la mesa distintas exigencias y así adquieren forma varias generaciones de derechos del hombre. En todas las épocas, nacen como aspiraciones pero tienden a consolidarse como derechos positivos, es decir, reclamables ante un juez.

Como la positivación de los derechos del hombre ha tenido lugar primero en el nivel de los Estados y hoy está afirmándose en el nivel internacional, su tutela judicial se está transformando: de la tutela nacional a la internacional. Con todo, la verdadera dificultad reside en la efectiva realización de estos derechos, lo que no plantea preguntas de filosofía política, sino que requiere decisiones de política concreta. En particular, puesto que la nuestra es la era de los derechos sociales, su realización está condicionada por dos visiones distintas de la sociedad: el liberalismo y el socialismo. Es así como el tema específico de los derechos del hombre retornaba al acervo de los temas generales de filosofía política que Bobbio ya había desarrollado en otras ramificaciones de su actividad investigadora.

La crítica frente a la búsqueda de un fundamento absoluto de los heterogéneos derechos del hombre coincide con la crítica al iusnaturalismo, que es el fundamento de su teoría general del derecho y sobre la que no es posible detenernos aquí en detalle. Reconducir los derechos humanos a un "valor último" (¿pero a cuál?) es un acto de fe que no explica su heterogeneidad, históricamente verificable: "no veo cómo puede darse un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos"⁵¹. Existen derechos del hombre incompatibles entre sí, en el sentido de que en la evolución histórica ciertos derechos se afirman en menoscabo de otros. Por ejemplo, el derecho de propiedad del siglo XVIII era prácticamente absoluto porque constituía una defensa contra el arbitrio del soberano absoluto, mientras que apenas dos siglos después sería restringido por la obligación del uso social de la propiedad. La constitución de Weimar ponía en claro que la propiedad es fuente no sólo de derechos (individuales), sino también de deberes (sociales): "la propiedad obliga"⁵².

A la heterogeneidad diacrónica se asocia en ocasiones la sincrónica: los derechos que prohíben la esclavitud o la tortura permanecen siempre en vi-

⁵¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 10.

⁵² "Eigentum verpflichtet gegenüber der Gesamtheit" (art. 158, Constitución de Weimar).

gor, mientras que muchos otros pueden ser suspendidos en situaciones excepcionales, por ejemplo en caso de guerra. Pero si todos tuvieran el mismo fundamento absoluto, su restricción sería injustificable. Por último, en la evolución histórica, la realización de los derechos sociales implica una restricción de los correspondientes derechos de libertad de terceros: si la propiedad está sujeta a un uso social, el propietario debe renunciar a una cuota de su libertad de disposición del bien. El derecho social y el derecho de libertad, en cuanto son susceptibles de entrar en conflicto, no pueden bascular sobre el mismo fundamento absoluto; un fundamento que, señala Bobbio, "no es sólo una ilusión; algunas veces es también un pretexto para defender posiciones conservadoras"⁵³.

Una vez rechazado así el fundamento absoluto, la explicación de la formación de los derechos humanos ha de buscarse en su génesis histórica, que se articula en tres fases. En la primera, los *derechos de libertad* atribuyen a los ciudadanos algunas esferas de actividad, en las que el Estado no puede inmiscuirse sino parcialmente (por ejemplo, libertad de movimiento, de empresa, etc.). En la segunda fase, los *derechos políticos* atribuyen a los ciudadanos una esfera de autonomía respecto al Estado (por ejemplo, libertad de asociación, de voto, etc.). En la tercera fase, en fin, los ciudadanos obtienen mayor igualdad y bienestar a través de los *derechos sociales* garantizados por el Estado. Bobbio habla de libertad *del* Estado, *en el* Estado y *mediante* el Estado.

Otra tripartición busca identificar la progresión de la eficacia de los derechos del hombre. En la primera fase, los filósofos enuncian el principio según el cual los seres humanos, en cuanto tales, tienen por naturaleza derechos inviolables e inalienables. Esta noble exigencia, formulada por los iusnaturalistas del XVIII (Locke) respecto de toda la humanidad, tropieza, sin embargo, con la praxis política concreta. De manera que estos derechos del hombre son universales por su contenido, pero limitados por su eficacia. La segunda fase empieza con la revolución americana y con la francesa, que sustituyen al Estado absoluto por un Estado que se encuentra constreñido por los derechos de sus ciudadanos. Los derechos del ciudadano dejan de ser nobles aspiraciones y se convierten, por lo tanto, en derechos positivos: pero no son todavía universales porque, al igual que en las sucesivas constituciones, sólo son titulares los ciudadanos del Estado en cuestión. Se inicia así la lenta evolución hacia la positivación de los derechos humanos que, inaugurada con

⁵³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 14.

los derechos positivos nacionales, culmina con la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948; culmina, pero no se detiene, porque la evolución social hará surgir nuevos derechos fundamentales, cada uno de los cuales deberá recorrer todo el *iter* que ha sido descrito hasta aquí. Los derechos codificados en la *Declaración* de 1948 “no son los únicos posibles derechos del hombre: son los derechos del hombre histórico tal y como éste se configuraba en la mentalidad de los redactores de la *Declaración* después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial”⁵⁴.

“Después de esta declaración, el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés”⁵⁵, porque ahora el fundamento de los derechos humanos no tiene por qué buscarse en concepciones filosóficas controvertidas, sino que se identifica con un texto jurídico preciso que la mayoría de los gobiernos del mundo ha considerado justo aprobar. Buscar el fundamento de este fundamento no añadiría nada al texto en vigor. Por ello, la atención se traslada a la efectiva realización de estos derechos. Si un Estado no tutela jurídicamente un derecho establecido por su constitución o por un tratado suscrito, al ciudadano no le queda más que el viejo derecho de resistencia.

En las relaciones entre Estados y organización internacional, esta última puede ejercer solamente varios tipos de persuasión extrajurídica en favor de los derechos del hombre. Su única tutela efectiva es la coerción ejercida por un tribunal internacional. La *Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales*, que entró en vigor en 1953, instituyó en 1959 la Corte Europea de los Derechos del Hombre, a la que el ciudadano puede dirigirse después de haber agotado los recursos previstos en el derecho nacional. Esta tutela vale únicamente para los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, pero es ya un notable resultado, puesto que en el panorama internacional se trata más de una excepción que de una regla. En conclusión, “sólo se podrá hablar de tutela internacional de los derechos del hombre, como hecho consumado, cuando una jurisdicción internacional consiga imponerse y sobreponerse a las jurisdicciones nacionales, y cuando se produzca el paso de la garantía *dentro* del Estado –que todavía caracteriza en su mayor parte a la fase actual– a la garantía *contra* el Estado”⁵⁶.

⁵⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 28.

⁵⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 15.

⁵⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 37.

6.3. Los derechos humanos después de Bobbio: los problemas de la primavera árabe

Bobbio exponía esta concepción de los derechos humanos en 1968, cuando aún no se había suscitado en todo su dramatismo el problema de las relaciones con los Estados islámicos. De hecho, Bobbio veía en la descolonización “uno de los fenómenos más interesantes y vistosos del ascenso de los derechos del hombre”⁵⁷ y prefiguraba una progresiva aproximación a los modelos democrático-occidentales por parte de los Estados ex coloniales, incluidos aquellos con población prevalentemente islámica.

En realidad, la ausencia en éstos de una burguesía y de un pluripartidismo eficaz llevó a la prevalencia de las organizaciones militares o religiosas, ambas propensas más bien a la autocracia que a la realización de los derechos del hombre. En particular, en el Islam la conversión a otra religión (o a ninguna) constituye un delito de apostasía, que es castigado con penas graves, incluida la de muerte. En este sentido, la afirmación de los derechos del hombre está sufriendo en estos países graves dificultades.

Dado que la Declaración de 1948 establece en su artículo 18 “la libertad de cambiar de religión o de credo”, ya en ese momento rehusaron suscribirla Afganistán, Irak, Pakistán, Arabia Saudí y Siria. En 1981, otros Estados han preferido redactar una *Declaración islámica general de los derechos del hombre*⁵⁸, cuya formulación no coincide exactamente con la Declaración de 1948⁵⁹. Así las cosas, en los Estados de la “primavera árabe”, el debate sobre los derechos del hombre retoma su camino desde la primera fase mencionada antes, es decir, desde la aserción teórica de su deseabilidad. En la ya indicada progresión hacia su efectividad, a ésta debería seguir su positivación, en un camino que promete estar plagado de dificultades.

Llegamos así al último elemento de esta teoría de los derechos del hombre. En la sociedad actual, los derechos de libertad y los sociales se encuentran frecuentemente en conflicto. La realización de los derechos sociales exi-

⁵⁷ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 30.

⁵⁸ La versión en alemán está disponible en el sitio: www.dadalos.org/deutsch/Menschenrechte.

⁵⁹ M. G. LOSANO, “Revolución en el Mediterráneo: ¿hacia un Islam democrático? El problema de la libertad de religión”, *Derechos y Libertades*, núm. 26, época II, 2012, pp. 15-43; retomado y actualizado en: M. G. LOSANO, “Dopo la primavera araba: il problema della libertà di religione”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XLIII, núm. 1, 2013, pp. 193-222.

ge limitaciones a los de libertad y viceversa: en concreto, es necesario hallar fórmulas de compromiso socialmente aceptadas. Piénsese en el derecho a la salud: se puede entregar por completo al ciudadano, que podrá decidir si y cómo tutelarse (o no tutelarse); o bien se puede instituir un sistema sanitario nacional y obligatorio, que intervenga en las elecciones de las personas, imponiéndoles determinadas cargas e itinerarios. En el primer caso, quien no quiera tutelarse (pero también quien no pueda) se quedará sin cobertura médica; en el segundo caso, quien no tenga medios para tutelar su propia salud será atendido a través de la solidaridad del resto de sus conciudadanos. Visto así, el contraste entre derechos del hombre es sólo el reflejo de dos visiones opuestas de la organización social: “Esta distinción entre dos tipos de derechos humanos, cuya realización total y contemporánea es imposible, es una consecuencia, por lo demás, del hecho de que incluso en el plano teórico se enfrentan y se oponen dos concepciones diversas de los derechos del hombre, la concepción liberal y la socialista”⁶⁰.

MARIO G. LOSANO
Università degli Studi di Torino
Via della Moscova 30/E
20121 Milano (ITALIA)
e-mail: mario_losano@yahoo.it

⁶⁰ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 41.

**EL FIN DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS:
UNIÓN EUROPEA POST-MAASTRICHT
Y TRANSFORMACIONES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

*THE END OF THE CULTURE OF RIGHTS: POST-MAASTRICHT
EUROPEAN UNION AND CHANGES IN THE CONSTITUTIONAL STATE*

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
Universitat Rovira i Virgili

Fecha de recepción: 6-11-11
Fecha de aceptación: 18-3-13

Resumen: *Una de las características propias del Estado constitucional, desde sus orígenes, ha sido la estructuración ideológica de las sociedades europeas alrededor de un proceso de individualización construido sobre una cultura de los derechos (de participación-representación y de Justicia-dignidad). Ello permitía que los ciudadanos adoptaran una actitud activa en defensa de sus derechos y, mediante la lucha política, poder establecer una secuencia temporal de progreso social o progresiva mayor igualdad.*

Esta es, sin embargo, una secuencia que se ha detenido. En el marco de la crisis actual, la fuerte y cada vez mayor movilización ciudadana contra las políticas económicas de los Estados miembros y la Unión Europea presenta ya limitadas posibilidades de cambiar nada ni influir sobre unos dirigentes empeñados, a pesar de la oposición ciudadana, en implementar "más Europa" en lugar de "otra Europa". El presente artículo explica, mediante un análisis de las últimas transformaciones en el Estado Constitucional, el porqué de este fenómeno de cada vez mayor limitación de los recursos-acciones de movilización ciudadana para influir o determinar las políticas públicas.

Abstract: *One of the characteristics of the constitutional State, since its origins, has been the ideological structuring of European societies around an individualization process built on a culture of rights (participation-representation rights and justice-dignity rights). This allowed citizens to adopt a proactive attitude in defense of their rights and, through political struggle, to establish a temporal sequence of progressive social progress or greater equality.*

However, this sequence stopped. In the context of the current crisis, the strong and growing citizen mobilization against the economic policies of the Member States and the European Union has already limited ability to change anything or influence the politicians committed, despite public opposition, in implement "more Europe" instead of "another Europe".

This article explains, through an analysis of recent changes in the Constitutional State, the reason for this phenomenon of increasing limitation of the citizen mobilization efforts to influence or determine public policy.

Palabras clave: Estado constitucional, derechos, Unión Europea, justicia, representación

Keywords: constitutional State, rights, European Union, justice, representation

1. INTRODUCCIÓN

“Otro mundo es posible!” u “Otra Europa es posible!”, ha sido durante las últimas dos décadas y media el lema de encuentro de demandas diversas, agendas múltiples, organizaciones y formas de lucha diferentes. Todas ellas coincidentes en un punto básico: el modelo de globalización y de Unión Europea actual, marcadamente neoliberal, ya no es útil en el actual contexto de crisis para generar bienestar e igualdad, todo lo contrario.

Mientras en determinadas regiones del planeta (países de la zona andina en América Latina, países árabes del norte de África, etc.) la movilización ciudadana ha servido durante las últimas décadas para derrocar gobiernos e iniciar procesos constituyentes que reformaran su sistema político y económico, en Europa las cada vez más masivas expresiones de descontento popular por la precariedad en aumento de amplios sectores de la población no parecen cambiar nada, tener ningún efecto ni capacidad de influencia sobre los gobernantes europeos y estatales que, envueltos en múltiples escándalos de corrupción pero sin dimitir, continúan empeñados en implementar no “otra Europa” sino “más Europa”. A pesar de las movilizaciones todo parece indicar que, después de esta crisis, el capitalismo no sólo no desaparecerá sino que será peor que el de hoy.

El presente trabajo intenta responder la siguiente pregunta: ¿cómo es posible que la movilización ciudadana no esté cambiando nada y el sistema pueda continuar funcionando y sosteniéndose aun y sin contar con el consenso de la ciudadanía?

Ello se puede entender analizando la transformación de la forma Estado Constitucional que se ha producido durante los últimos años. Desarrollaré esta cuestión a partir de los siguientes tres puntos:

- a) El Estado Constitucional: la participación-reivindicación y los derechos como cultura viva;
- b) La Unión Europea y desconstitucionalización: ¿continúan existiendo los mismos mecanismos de legitimación democrática del Estado?
- c) Las transformaciones en el Estado constitucional: la participación-reivindicación y los derechos como componente cultural heredado muerto.

2. EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA PARTICIPACIÓN-REIVINDICACIÓN Y LOS DERECHOS COMO CULTURA VIVA

Podemos afirmar que las sociedades europeas actuales adquieren su forma actual como comunidad jurídico-cultural con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789. Si bien, seguramente, existieron también tradiciones y experiencias pre-revolucionarias (revolución norteamericana y Declaración de derechos de Virginia de 1776) que colaboraron en conformar nuestra modernidad, parece haber unanimidad en aceptar el hecho de que la Declaración francesa de 1789 es el punto de apoyo sobre el que se establecen y proyectan los paradigmas político-culturales o jurídico-culturales base del Estado Constitucional.

Entre muchos otros¹, uno de los aspectos que 1789 introdujo, como parte de este nuevo marco cultural, fue la institucionalización de un proceso político de participación de los ciudadanos (varones propietarios en un primer momento) en la toma de decisiones y el reconocimiento de la dignidad humana como premisa antropológica y de los derechos como producto inevitable de ello.

Por tanto, 1789, como momento inicial de un nuevo ciclo histórico, se caracteriza por la construcción ideológica de la sociedad y el Estado alre-

¹ El carácter escrito de las constituciones, la idea de codificación y de la positivización del derecho, la doctrina del poder constituyente del pueblo, procesos de elaboración y reforma de la constitución, la separación de poderes, el concepto de Ley-voluntad general, la República como forma de Estado y la idea del Estado-nación. (P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 76-77).

dedor de un proceso de individualización construido sobre una cultura de los derechos (de participación-representación² y de Justicia-dignidad³). Estos dos, la participación-representación y la dignidad-justicia, son los elementos sobre los que se sustenta, desde entonces, la legitimidad “democrática” del mismo.

Desde finales del siglo XVIII hasta hoy, la cuestión de la legitimidad democrática del Estado Constitucional se ha desarrollado en un campo conceptual con pocas variaciones. Han existido múltiples posiciones acerca de cuál de los dos elementos tiene o no tiene prioridad sobre el otro.

Por un lado, algunos autores como Stuart Hampshire⁴, Michael Walzer⁵ o Jeremy Waldron⁶, han otorgado primacía al elemento procedimental en la toma de decisiones como elemento importante para determinar el reconoci-

² Este primer elemento responde a la pregunta acerca de quién y cómo deben tomarse las decisiones políticas, esta es la cuestión de la participación.

³ Este segundo elemento hace referencia a la pregunta de cuál es el contenido justo o correcto de las decisiones políticas, esta es la cuestión del garantismo. De acuerdo con esto, para ser enteramente reconocido o legítimo, un Estado democrático debe no sólo producir sus leyes con la participación y consentimiento de la mayoría de los “ciudadanos”, sino también asegurarse de que las leyes se adecúan a ciertos valores o contenidos sustantivos de justicia y dignidad humana establecidos en su norma fundante: la Constitución. El Estado Constitucional no sólo debe ser un Estado de participación, sino también un Estado de derechos o de Justicia. Esta es una concepción de la legitimidad defendida en el siglo XX por autores como Joseph Raz por vía de su “concepción de la autoridad como servicio” (J. RAZ, *Ethics in the public domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994), mediante la cual parte de la idea de que al derecho, a las normas, les corresponde desarrollar una función de “mediación” entre los valores o principios constitucionales y las políticas a implementar. En consecuencia, cuando el Estado-Derecho adopta una norma, los ciudadanos, para considerar si es legítima o ilegítima, lo que deben hacer es reproducir en sus mentes las razones en base a las cuales se ha adoptado tal norma. Para fijar el significado de la norma (y por consiguiente, de las directrices autoritativas del Derecho) los ciudadanos deben retroceder a las razones originales que están detrás de esa norma. Deben explorar los principios y valores subyacentes que dicha norma intenta llevar a la práctica. Esto es lo que Ronald Dworkin llama una “interpretación constructiva” de la norma (R. DWORKIN, “Thirty Years On (Book Review of *The Practice of Principle* by Jules Coleman)”, *Harvard Law Review*, núm. 115, 2002, pp. 1655-1687). Esto les permitirá determinar si la norma persigue o se adecúa a los principios o valores constitucionales de justicia y, por tanto, si queda o no satisfecha esta segunda condición necesaria para su consentimiento.

⁴ S. HAMPSHIRE, *Innocence and Experience*, Penguin Press, Londres, 1989.

⁵ Walzer defiende la posición de que la mayoría democrática tiene el derecho de vulnerar derechos: “una de las características de la democracia –dice este autor–, es que la gente tiene el derecho de actuar incorrectamente” (M. WALZER, “Philosophy and democracy”, *Political Theory*, núm. 9, 1981, pp. 379-399).

⁶ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

miento o legitimidad del Estado Constitucional. Según esta postura, los desacuerdos sobre el valor Justicia son tan amplios en una sociedad plural, que sólo queda confiar en los procedimientos para fundar una teoría del reconocimiento⁷. Ahora bien, esta es una postura no del todo aceptable, como señala la réplica de Estlund⁸ a esta concepción, si los desacuerdos sustantivos son tan amplios y profundos ¿por qué pensar que vamos a ponernos de acuerdo en un procedimiento legítimo? ¿por qué no pensar que el hecho del pluralismo y los desacuerdos contaminará también nuestras concepciones sobre los procedimientos legítimos?

Por otro lado, otros autores otorgan primacía al sustantivismo, al contrario de la anterior, defienden que a la hora de evaluar la legitimidad del

⁷ El autor que mejor ha expuesto la primacía del procedimiento democrático por encima del elemento de Justicia sustantiva es, seguramente, Jeremy Waldron. El punto de partida de Waldron es el siguiente: 1. La gente no está de acuerdo en qué derechos tiene; y, 2. Dado este hecho, debemos respetar el derecho de la gente a participar y expresar su opinión en la resolución de este desacuerdo. Por tanto, Waldron no ve el derecho a participar como un derecho-valor al mismo nivel o en equilibrio de importancia que los otros. Para él, la participación es fundamental. La participación mayoritaria en la resolución de los desacuerdos sobre derechos debe ser adoptada, aunque esto supusiera peores resultados para los derechos que adoptar otro mecanismo de toma de decisiones (A. KAVANAGH, "Participation and Judicial Review: a Reply to Jeremy Waldron", *Law and Philosophy*, núm. 22, 2003, pp. 456-457). La argumentación de la justicia sustantiva es, para Waldron, una justificación insuficiente para limitar el derecho de los derechos: "(...) Si un procedimiento es democrático y se realiza terminando con el resultado correcto, no hay injusticia para nadie. Pero si el proceso es no democrático, este conlleva inherentemente y necesariamente, una injusticia en su operación, para las aspiraciones participativas de los ciudadanos ordinarios. Y, esta injusticia existe, al margen de si termina con el resultado correcto o no (...)" (J. WALDRON, "A Right-based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993, p. 50). Así pues, frente al argumento epistémico, Waldron impone el argumento de la primacía de la democracia.

En resumen, Waldron asigna un status especial al derecho a participar, que hace que no se pueda limitar por ningún otro derecho o valor o principio de la moralidad política. Si creemos en el gobierno de la gente, luego no podemos anular su decisión, ni cuando sea incorrecta. Pero, ¿por qué Waldron otorga tanta importancia a este derecho de participación?

Pues porque para Waldron la participación tiene valor, independientemente o más allá del propio proceso participativo. Él piensa este derecho como un derecho que tiene un valor intrínseco relacionado con la dignidad de la persona (igualdad jurídica y libertad).

Al permitir a los individuos la oportunidad de ser parte del proceso de toma de decisiones de la comunidad, está confirmando y afianzando su igualdad de derechos (igualdad jurídica) y su autonomía (libertad). En este sentido, garantizar un igual derecho a participar evidencia un reconocimiento público de la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad personal.

⁸ D. ESTLUND, "Political Quality", en J. PAUL, E. FRANKEL, F.D. MILLER (eds.), *Democracy*, Cambridge University Press, 2000, pp. 127-160.

Estado Constitucional la dimensión sustantiva debe tener prevalencia sobre la procedimental. Esta es también una postura de complicado sustento. Si las decisiones políticas son reconocidas sólo si son congruentes con aquello que consideramos justo, entonces éstas no merecen respeto ni obediencia cuando no se ajusten a nuestras creencias. Pero dado que en nuestras sociedades muchas personas tienen concepciones de la justicia distintas, no habría acción colectiva posible, ni autoridad posible⁹. Uno de los principales exponentes de esta corriente es Ronald Dworkin, quien defiende la existencia de un espacio protegido de derechos indisponibles por las mayorías legislativas, así como la necesidad de depositar la última palabra institucional en el procedimiento no mayoritario de la revisión judicial de las leyes¹⁰.

Y finalmente, todavía por otro lado, otros han defendido que la única concepción aceptable del reconocimiento o legitimidad es una concepción mixta. Esta idea se expresa en lo que Habermas ha llamado la “tesis de la co-originalidad”. Esto es, sostener que ambas clases de consideraciones –la procedimental (soberanía) y la sustantiva (Justicia)– son co-originales, ambas se presuponen mutuamente, se entrecruzan, ambas son irrenunciables¹¹, aunque tampoco esta es una posición exenta de contradicciones¹².

Pero en cualquier caso, y más allá de estas disputas, parece haber consenso en aceptar que, en distinto o igual grado de influencia o prioridad, el elemento procedimental de la participación-representación y el elemento sustantivo de la dignidad-justicia constituyen el auténtico *prius* y fundamento “democrático” del Estado Constitucional.

⁹ S. LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, pp. 33-34.

¹⁰ Vid. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977; R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986; R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

¹¹ J. HABERMAS, “Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls Political Liberalism”, *Journal of Philosophy*, núm. 92, vol. 3, 1995, pp. 109-131.

¹² Robert Dahl ha cuestionado la tesis de la co-originalidad de Habermas, señalando la imposibilidad real de que puedan cumplirse plenamente ambos criterios de reconocimiento social (procedimental y sustancial) en una relación de paridad absoluta, sin que se pueda dar primacía de uno sobre el otro, esto es algo idealmente muy atractivo pero empíricamente imposible. Las dimensiones procedimental y sustancial de la legitimidad no se encuentran en una relación de armonía, sino, casi siempre, de tensión (Vid. R. DAHL, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 197; Vid. también: J.L. MARTÍ, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2006, p. 148).

En una sociedad donde se respetan y cumplen estos dos vínculos Estado-sociedad, como fue, en parte, el Estado constitucional social europeo de postguerra, caracterizado a nivel procedimental por la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones manifestado, entre otras vías, por la negociación permanente entre sindicatos, Estado y patronal para la toma de las decisiones (corporativismo) y a nivel sustantivo por la garantía de los derechos sociales, las situaciones de ingobernabilidad se resolvían por la vía democrática implicando una secuencia temporal de cada vez mayor igualdad.

Cuando aquí hablo de ingobernabilidad me refiero a lo que Norberto Bobbio define como una ingobernabilidad entendida como consecuencia de la desproporción entre el cada vez mayor número de demandas provenientes de la Sociedad Civil (un obrero formado, sindicado y políticamente militante de la década de 1960, formula más demandas al Estado que un campesino analfabeto del siglo XIX) y la capacidad del sistema político para responder a las mismas¹³. La ingobernabilidad se plantea, entonces, como un problema de diferencia entre demanda (social) y respuesta (estatal). La resolución de esta tensión por la vía de la participación y la garantía de los derechos implica que deba ser resuelta mediante el reforzamiento y la mejora del estado de los servicios, esto es, mediante la adaptación parcial del orden estatal real al orden social querido. Se trata así de una opción que conduce a un Progreso permanente, en tanto que la tensión “demandas sociales-capacidad estatal” es irresoluble. Una vez que, mediante la lucha social, un grupo social consigue sus objetivos, consigue adecuar el orden institucional a sus expectativas, la tensión orden-expectativas no desaparece, sino que se reconstituye. Surgen nuevas expectativas sociales más exigentes que vuelven a poner en tensión orden real y orden querido¹⁴.

La resolución de esta tensión por la vía democrática se plasmo en la secuencia histórica: Constitucionalismo formal e individualista (que se orienta a la defensa de la libertad civil y las garantías personales); Constitucionalismo liberal-democrático (la participación y la libertad política se hacen más generales); y, Constitucionalismo social (universalización de los derechos políticos y sociales).

En este contexto, la participación-movilización de los ciudadanos y la reivindicación de derechos era cultura viva, dinámica, en movimiento, algo

¹³ N. BOBBIO, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en N. BOBBIO, G. PONTARA y S. VECA, *Crisis de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 14-15.

¹⁴ Sobre el carácter irresoluble de esta tensión, vid.: B. de SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, Trotta/ILSA, Madrid, 2009, pp. 29-33.

plenamente conectado con la totalidad, integrado en el paradigma socio-cultural de la comunidad. Los derechos de ciudadanía representaban el espacio en el que se definían las relaciones sociales, políticas y económicas y, por tanto, el ser constitutivo e interrelacional de los sujetos. Precisamente por esto, la movilización-denuncia de los actores sociales podía y era eficaz para transformar la realidad.

3. UNIÓN EUROPEA Y DESCONSTITUCIONALIZACIÓN: ¿CONTINÚAN EXISTIENDO LOS MISMOS MECANISMOS DE LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL ESTADO?

Después de la crisis mundial de octubre de 1973 y con el objetivo de llevar a cabo una recuperación económica de los países miembros y de aumento de competitividad respecto a Estados Unidos y los países asiáticos, la Unión Europea (UE) empezó a abrazar el modelo neoliberal. El Acta Única Europea (1986) puede considerarse el primer paso en esta dirección. Esta suponía que la UE llevaba a cabo la liberalización comercial más amplia posible, permitiendo a los grandes capitales operar sin ninguna traba en todo el territorio comunitario sin exigirles ninguna contrapartida. A ello le siguió una atención por los aspectos monetarios, no se puede construir una comunidad económica sin una cierta estabilidad entre las monedas de sus participantes. La transformación de la Comunidad Europea en Unión Económica y Monetaria (UEM) se hizo en dos pasos:

Primero, mediante el Informe Delors (1989), que estableció un plan donde se empieza a incidir con mucha más fuerza en la política económica de los Estados miembro, exigiendo el cumplimiento de condiciones especialmente en el área de la política monetaria y fiscal (liberalizar los movimientos de capital; prohibición de los Estados de recurrir a sus Bancos Centrales para solicitar créditos en condiciones favorables para financiar gasto público, teniendo que recurrir al mercado privado como cualquier otro solicitante de crédito; compromiso de avanzar hacia la independencia de los Bancos Centrales, etc.). Todo ello implica que los Estados pierdan importantes instrumentos de política económica y, por tanto, se vaya eliminando paulatinamente la capacidad de los gobiernos de hacer una política económica que no sea la neoliberal.

Y, segundo, mediante el Tratado de la Unión Europea o de Maastricht (1992), desde el cual se han sucedido con rapidez una serie de modificacio-

nes institucionales de alcance que han consolidado la apuesta por el neoliberalismo. Han sido muchos los cambios establecidos, aunque podemos destacar dos elementos fundamentales: la implantación de la moneda única y la constitución del Banco Central Europeo. Esto implicó, para los Estados, no sólo perder la posibilidad de una política monetaria, sino que, además, las condiciones exigidas para pasar a formar parte de la UEM suponían cumplir unos requisitos que reducían muy fuertemente las posibilidades de los países miembro de hacer una política fiscal activa ya que ponían un límite muy bajo a los déficit fiscales y a la deuda pública. Es decir, de acuerdo con la teoría neoliberal, se establecía un límite muy fuerte al papel que los gobiernos pudieran jugar para mejorar la actividad económica, el nivel de empleo de sus países o la política de seguridad social¹⁵. Las condiciones impuestas por el Tratado de Maastricht se convierten en permanentes, en 1996, con la firma en Dublín del llamado Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹⁶.

En resumen, podemos decir que, especialmente a partir del Tratado de Maastricht, se produjo, en primer lugar, el desarrollo de la institucionalización y juridificación de la Unión Europea y, en segundo lugar, la configuración de un libre mercado en expansión.

En cuanto al primero, el desarrollo de la institucionalización y juridificación de la Unión Europea, conjuntamente con la aplicación de los principios de primacía del derecho comunitario sobre el derecho estatal, así como el de aplicabilidad directa del derecho comunitario, comportó un cambio en el sistema de fuentes del derecho que ha puesto abiertamente en crisis las Constituciones del Estado social mediante lo que Supiot ha denominado un fenómeno de darwinismo normativo. El antiguo modelo de monismo jurídico parlamentario existente en el interior de los Estados (monopolio del Parlamento sobre la producción de legislación aplicable en su territorio), ha sido sustituido por un modelo de pluralismo jurídico (coexistencia de legislación estatal con la “normas” creadas por organismos tecnocráticos

¹⁵ Sobre ello, Vid. M. ETXEZARRETA, “Una panorámica crítica de la Unión Europea: un texto de divulgación”, *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 6, 2002; M. GILBERT, *Surpassing realism. The politics of European integration since 1945*, Rowman & Littlefield, 2003.

¹⁶ Este Pacto reforzaba la dureza de las condiciones que había impuesto Maastricht a la política fiscal, ya que exigía un cumplimiento permanente del equilibrio presupuestario (el déficit no puede ser nunca superior al 3% y debe tender al déficit cero) y, además, establecía que se impondrían multas importantes a los países que no cumplieran sus exigencias.

internacionales)¹⁷, donde las distintas normas jurídicas en convivencia se relacionan entre ellas, a partir de un nuevo principio superior: la libre competencia¹⁸. Ello convierte a la legislación parlamentaria estatal en un producto que compite con otras legislaciones o normas (*darwinismo normativo*), y donde se produce la selección natural de aquellas normas jurídicas mejor adaptadas a las exigencias del capital real y financiero. Surge un “mercado de productos legislativos” abierto a la elección de los individuos libres de situarse bajo la ley que les resulta más favorable.

Y en cuanto al segundo, la implementación de la llamada Constitución económica europea (centralidad del mercado, el pacto de estabilidad, la disciplina presupuestaria, el sistema de Banco Europeo, eliminación de las capacidades o competencias del Estado interventor, etc.) comportó la eliminación definitiva del Estado constitucional en su forma Estado social. El proceso de integración de la UE no sólo desconoce la relación de no subordinación entre razón económica y razón social propia del Estado social, sino que precisamente se configura sobre los contrarios. La centralidad del mercado pasa a aparecer materialmente en todo el *iter* europeo como motor del proceso, teniendo todo el resto de elementos que subordinarse a él.¹⁹

La Constitución se convierte entonces, en aspectos básicos del Estado social, en una estructura colgada en el vacío. La Constitución se incumple en supuestos básicos del Estado social recogidos en ella, como son los referidos a objetivos o fines propios de la intervención del Estado en materia de política económica (pleno empleo, redistribución de la riqueza) o a los medios, bien los específicamente previstos (planificación, política fiscal), bien los genéricamente necesarios para introducir el *reformismo* en el modelo socioeconómico (“remover los obstáculos o promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas”). El protagonismo de la Constitución es sustituido por nuevos ordenamientos jurídicos supraconsti-

¹⁷ Sobre el concepto de pluralismo jurídico entendido como la coexistencia de pluralidad de ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, Vid. F. SNYDER, “Global Economic Networks and Global Legal Pluralism”, en *EUI WP Law*. 99/6, European University Institute, Florencia, 1999; K.H. LAUDER, *Globalization and Public Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 y P. CASANOVAS, “Dimensiones del pluralismo jurídico”, en *Actas del VIII Congreso Internacional de Antropología*, Barcelona, 2002.

¹⁸ A. SUPLOT, *El espíritu de Filadelfia*, Península, Barcelona, 2011, pp. 66-67.

¹⁹ Sobre ello, vid. C. de CABO, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 106-132.

tucionales, produciéndose una situación donde si bien las Constituciones del Estado social continúan vigentes, se produce una desconstitucionalización del derecho común aplicable a la realidad²⁰.

Parece entonces clara la tensión que existe entre integración europea post-Maastricht y Estado Social y Democrático de Derecho. Ahora bien, la pregunta que nos formulamos aquí es si con la crisis que la desconstitucionalización o cambio en las fuentes del derecho, fruto de los procesos de integración mundial-europea, ha implicado sobre los principios constitutivos del Derecho Constitucional surgidos de la revolución francesa (crisis de la forma estatal Derecho, del monopolio del Estado en la producción jurídica, de la Constitución como fuente jurídica por excelencia, debilitamiento de los Parlamentos nacionales, etc.), ¿surgen nuevas formas, y asociadas a ella, una nueva gramática, de la legitimidad del Estado? ¿O se mantienen las mismas?

Creo que podríamos afirmar que lo que caracteriza la actual transformación del Estado Constitucional iniciada en la década de 1980, no es un cambio o la invención de nuevas formas de legitimación distintas a las democráticas tradicionales, basadas en la *representación* y la *Justicia*. Estas perviven, todavía hoy, como elementos *simbólicos* de legitimación del poder; sino una reformulación latente de tales formas.

El Estado continúa “simbólicamente” fundamentándose o justificándose (legitimándose) por el cumplimiento de los atributos procedimental de “representación” y sustantivo de “Justicia”, aunque estos atributos son reconceptualizados de manera que vienen a significar ahora cosas totalmente distintas.

La principal transformación que sufren los conceptos de “representación” y “Justicia” es que pasan de ser atributos pluralistas en el Estado Constitucional del siglo XX, dando lugar a una legitimidad parcial o abierta, a ser atributos monistas en el Estado neoliberal del siglo XXI, dando lugar a una legitimidad omniabarcante o cerrada. Ello tiene como consecuencia que la participación-reivindicación o las movilizaciones de los ciudadanos en defensa de sus derechos se convierten en un “elemento cultural heredado muerto” con limitada capacidad de influir en las decisiones del poder y transformar la realidad.

²⁰ Sobre el proceso de desconstitucionalización, Vid. C. de CABO, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, cit., pp. 100-102.

4. LAS TRANSFORMACIONES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: LA PARTICIPACIÓN-REIVINDICACIÓN Y LOS DERECHOS COMO COMPONENTE CULTURAL HEREDADO MUERTO

A medida que, a partir del Tratado de Maastricht, se produce la institucionalización y juridificación de la Unión Europea y se perfila la supremacía y efecto directo del Derecho Comunitario, de manera que se potencia fuertemente el papel e influencia de la Unión Europea en el interior de los Estados, el Estado Constitucional pasa a reconfigurarse sobre nuevas bases: en primer lugar, el progresivo trasvase de competencias constitucionales del Estado hacia órganos tecnocráticos internacionales no electos democráticamente implica una reconfiguración del elemento procedimental de legitimación estructurado alrededor de la representación política; y, en segundo lugar, la configuración de la Unión Europea como un libre mercado en expansión conlleva, de manera decisiva, una crisis del Estado social y la entronización del dogma neoliberal en el ámbito de las políticas económicas estatales, lo que reconfigura también el elemento sustancial de legitimidad basado en los derechos.

Explicaré, a continuación, estas transformaciones en la legitimidad democrática del Estado y veremos a continuación, sus efectos sobre la limitación de la capacidad de los ciudadanos movilizados para presionar al Estado y lograr un cambio en la dirección ideológica de las políticas públicas.

4.1. La transformación de la representación

La teoría política ha distinguido, tradicionalmente, tres formas de representación que construyen, cada una de ellas, formas de “interés general” o “generalidad” social diferentes. Estas han sido:

La “representación-directa” (auto-representación), vinculada a la idea de “soberanía popular”. Esta hace referencia al ejercicio directo del Poder por parte del pueblo, en forma de Poder Constituyente o democracia participativa.

La “representación-delegación”, vinculada a la idea de “mandato”. El mandato hace referencia a la existencia de un acuerdo –elección– entre dos o más personas por el cual una se compromete a ejercer en nombre de los otros una determinada gestión, bajo el control de estos últimos. La cualidad esperada del representante es, aquí, la proximidad.

Y la “representación-figuración”, vinculada a la idea de personificación. Esta hace referencia a la asunción por parte de una persona “más” capaz –no necesariamente elegida–, de la voluntad de los otros “menos” capaces, subrogándose en la voluntad y personalidad de estos últimos, sustituyéndolos plenamente y, por tanto, pudiendo actuar con plena libertad en su nombre. La cualidad esperada del representante es, aquí, la capacidad.

Estas tres formas distintas de representación construyen formas de “interés general” o “generalidad” y, por tanto, formas de legitimidad (con Hegel, la legitimidad del Estado pasa a identificarse con el “interés general”) distintas.

De un lado, la “representación-directa” y la “representación-delegación” construyen una forma de “interés general” o generalidad social dual o plural que podemos llamar “generalidad por mayoría”. Mientras que de otro lado, la “representación-figuración” construye una forma de “interés general” o generalidad social monista que podemos llamar “generalidad por unanimidad”. Pasemos a ver esto.

4.1.1. El Estado Constitucional del s. XX: representación-directa, representación-delegación y generalidad por mayoría

La representación-directa es una forma de democracia pura o soberanía popular defendida por Jefferson²¹ o Robespierre²² (a raíz de Rousseau) en los primeros años de la revolución norteamericana y la francesa.

Sin embargo, como consecuencia de la reacción conservadora de los federalistas en Estados Unidos²³ y de la reacción de Termidor en Francia, termino imponiéndose en ambos países, y en el resto de países donde al calor de las dos primeras surgen a lo largo del siglo XIX revoluciones liberales, un modelo de democracia no directa.

Las revoluciones liberal-democráticas terminaron implicando el surgimiento de una concepción compleja de la representación, una fusión entre

²¹ Vid. M. HARDT, *Thomas Jefferson. La Declaración de Independencia*, Akal, Madrid, 2009.

²² Vid. S. ZIZEK, *Robespierre. Virtud y terror*, Akal, Madrid, 2010.

²³ Sobre la reacción conservadora de los federalistas en contra de la participación democrática de la ciudadanía durante los primeros años de la revolución norteamericana, Vid. R. GARGARELLA, “The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas. 1776-1860”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, pp. 8-14; y R. GARGARELLA, *The Scepter of Reason. Public Discussion and Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 2000, pp. 55-105.

representación-delegación y *representación-figuración*, que pasan a entenderse, desde entonces, como indisolubles.

En el Estado Constitucional liberal, los representantes políticos son, a la vez, representantes elegidos por una minoría (sufragio censitario) o, después, una mayoría (sufragio universal) de los ciudadanos (*representación-delegación*), y representantes independientes del cuerpo electoral que los eligió. Tanto Hamilton o Madison como Siéyes (que son los que acaban imponiéndose sobre las visiones mucho más democráticas de Jefferson o Robespierre) establecen que, una vez elegidos, los representantes debían ser independientes de sus electores para poder deliberar efectivamente, esto es, para poder sustraerse de los intereses corporativos y actuar y expresar la voluntad en representación de toda la nación. Su propio estatuto de independencia es lo que, según tales autores, establecía y consagraba que pudieran desarrollar esta función (*representación-figuración*).

Es muy común ver en todas las constituciones liberales, viejas y nuevas, un artículo referido al sufragio como mecanismo de elección de autoridades políticas y, a la vez, otro que establece que estas “no estarán sometidas al mandato imperativo”.

No obstante, y aun reconociendo este carácter mixto de la representación, podemos afirmar claramente que en el Estado Constitucional la organización política se estructuraba alrededor del parlamentarismo y ello implicaba dos cosas:

Primero, que en el parlamentarismo, especialmente con la introducción del sufragio universal, el elemento de la representación-delegación es el fundamental (*la representación-figuración era funcional o secundaria con respecto representación-delegación*).

Y segundo, que en el parlamentarismo se da el juego de mayorías y minorías, que implica necesariamente reconocer la existencia de la división social. En este modelo, el ser “expresión de la voluntad general” (que es lo que otorga legitimidad a una decisión política), no se asocia a “unanimidad” sino a “mayoría”, que son cosas distintas. La voluntad general es una construcción no unánime, sino aritmética.

En consecuencia, podemos decir que tanto la representación-directa (Poder constituyente y democracia participativa) como la representación-delegación (elecciones parlamentarias), ambas formas propias del Estado Constitucional, construyen un “interés general” o generalidad a partir de la mayoría. Cada una de ellas construye, respectivamente, dos formas del pue-

blo: el *pueblo social*, que es la irrupción de mayorías o minorías activas en la escena política, es la suma de protestas e iniciativas de toda naturaleza, es el “pueblo-flujo”, el “pueblo-problema”. Y, el *pueblo electoral*, que es la mayoría aritmética que toma consistencia en las urnas.

Estas dos formas de pueblo construyen una generalidad o “interés común” por mayoría, no por unanimidad, ya que tales cuerpos del pueblo no representan al pueblo íntegramente o completamente sino que expresan una dimensión limitada del mismo.

La mayoría –que es lo que aquí otorga legitimidad– es una categoría dual, implica siempre, a la vez, una o varias minoría(s), con lo cual la legitimidad (de la mayoría) es imperfecta, disputable y arrebatable por la minoría. La legitimidad del Estado es “un proceso social en curso”. Es una legitimidad parcial, plural y abierta.

4.1.2. *El Estado neoliberal del s. XXI: representación-figuración y generalidad por unanimidad*

De manera paralela al activo proceso de reestructuración económica tendiente a minimizar el rol del Estado en las diferentes esferas de la actividad económica y social, desde los propios organismos internacionales se impulsó políticas que hacían énfasis en la ampliación de la capacidad institucional y en la eficacia de la acción estatal para el buen funcionamiento de los mercados. Hecha la reestructuración económica existía la necesidad de recrear en el ámbito de la administración pública condiciones similares a las del funcionamiento del mercado. De este modo, la nueva generación de reformas prioriza una serie de transformaciones “hacia adentro” del Estado²⁴, apoyadas cada vez más en las ideas básicas provenientes de las ciencias de gestión o del *management*, cuya legitimidad como fuente de propuestas para mejorar el desempeño del sector público encuentra sustento en la experiencia “exitosa” acumulada en el sector privado durante las últimas décadas.²⁵ En todas partes, y sobre todo en Europa, las llamadas agencias, comisiones o autoridades

²⁴ O. OSZLAK, “Quemar las Naves (o como lograr reformas estatales irreversibles)”, Trabajo presentado al IV Congreso Internacional del CLAD, México, 1999 (citado por A. LÓPEZ, “La Nueva Gestión Pública: algunas precisiones para su abordaje conceptual”, en *Serie I: Desarrollo institucional y Reforma del Estado* (Doc. 68), Instituto Nacional de Administración Pública, Argentina, p. 7).

²⁵ Vid. L. DIAMOND, M.F. PLATTNER y A. SCHEDLER (comps.), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Boulder (Col.), 1999.

administrativas técnicas o independientes, a las que quedan anexadas muchas empresas y servicios pseudo-públicos como simples aparejos de extensión administrativa, empezaron a multiplicarse y a convertirse en los nuevos espacios de toma de decisiones de naturaleza pública.

Uno de los rasgos de los nuevos órganos tecnócratas, nacionales e internacionales, de toma de decisiones políticas es que no han sido elegidos por los ciudadanos, lo que en palabras de los constitucionalistas norteamericanos Peter L. Strauss o Geoffrey P. Miller²⁶, o de los franceses C.A. Colliard y G. Timsit²⁷, los convierte en auténticas “anomalías jurídicas” cuya constitucionalidad está cuestionada. Una pregunta surge aquí, ¿puede un poder ser representativo aunque no proceda de una elección? Hoy, desde determinados sectores de la doctrina, se argumenta que sí. ¿Cómo?

Estos discursos, entre cuyos máximos representantes podemos ubicar a Pierre Rosanvallon²⁸, afirman que si bien en una sociedad como la del Estado Constitucional, con fuertes identidades políticas colectivas (de clase, de grupo, etc.), la irrupción del sufragio universal implicó la constitución de órganos de mediación (los partidos) entre la sociedad y el sistema electoral, que fueron instrumentos de regulación y democratización; hoy en día, las identidades políticas se han desestructurado. La fragmentación de las identidades colectivas ha creado una gran multiplicidad de sujetos independientes, de lo que resulta una fragilización y una relativización de la noción de “mayoría”. Ello ha transformado, por completo, la relación entre gobernados y gobernantes, teniendo que inventar un nuevo concepto de representación diferen-

²⁶ Estos autores hablan de las nuevas comisiones, agencias o autoridad técnicas independientes como instancias que no entran en ninguna de sus categorías. Si bien reconocen que estas ya se encuentran plenamente integradas en la cultura política nacional, no por ello dejan de constituir, según ellos, “anomalías jurídicas” y, por eso, su constitucionalidad sigue estando cuestionada (Vid. P.L. STRAUSS, “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Columbia Law Review*, vol. 84, núm. 3, 1984; y, G.P. MILLER, “Independent Agencies”, *The Supreme Court Review*, 1986 (vol. único)).

²⁷ En Francia, estos juristas han caracterizado estos nuevos órganos como contrarios a la tradición republicana. En primer lugar, se trata de instituciones que están en las antípodas de la visión jacobina de una soberanía única e indivisible. Y, en segundo lugar, la noción de imparcialidad, señalan, tampoco pertenece a la cultura política francesa. Durante la Revolución, la “voluntad” como fuerza que unifica y dirige es la reconocida, y no la imparcialidad, asociada a la prudencia, que remite al hecho de una sociedad dividida (Vid. C.A. COLLIARD y G. TIMSIT, (comps.), *Les Autorités indépendantes*, PUF, París, 1988).

²⁸ P. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2010.

te a la “representación-delegación” y al de “mayorías-minorías”, propios del parlamentarismo, que ya habrían pasado a la historia. Un nuevo concepto más adecuado a la actualidad, para poder organizar mejor la relación entre el poder y la sociedad²⁹.

Este concepto de representación “más adecuado a la realidad actual”, que ha terminado imponiéndose en parte de nuestras sociedades, ya no es pues una forma de “representación-delegación” asociada al Parlamento, sino una forma de “representación-figuración” que se personifica en los nuevos órganos estatales e internacionales tecnocráticos no electos.

Se ha reconceptualizado el concepto de “representación” para adaptarlo a la nueva estructura y funcionamiento del aparato del Estado y poder continuar utilizándolo como mecanismo de legitimación.

En este sentido, Rosanvallon afirma que los actuales órganos tecnocráticos no electos son órganos plenamente representativos de los ciudadanos, incluso más que los parlamentos (“Las distintas autoridades independientes (...) participan en la edificación de una sociedad más libre y democrática”³⁰). Tal representación se llevaría a cabo, por parte de estos órganos, a través de las siguientes tres vías:

a) Una *Representación por imparcialidad*: Los nuevos órganos tecnocráticos (estatales e internacionales) de toma de decisiones son –afirma esta postura– órganos técnicos y no “políticos”. Por tanto, son imparciales. Rosanvallon señala que el propio comportamiento imparcial tiene una dimensión representativa por la preocupación que lo anima a tener muy en cuenta la totalidad de los datos de un problema y no desatender ninguna situación. La imparcialidad, dice, es vigilancia, presencia activa en el mundo, la voluntad de entregar la representación más fiel posible de ella. Citando a Kant dice que la imparcialidad consiste en “adoptar todos los puntos de vista concebibles”. Por tanto, lejos de resultar una posición prominente, de una visión superior y despegada de las cosas, es, por el contrario, una inmersión reflexiva en el mundo. La imparcialidad consistiría en ampliar su propio pensamiento a los efectos de tener en cuenta el de los demás. Este “pensamiento ampliado” es una manera de deshacerse de la estrechez de las visiones y enfrentamientos político-partidistas, para intentar el acceso a una forma de generalidad. Participa de un esfuerzo de representación de la sociedad por entero, sin

²⁹ P. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, cit., p. 289.

³⁰ *Ibid.* p. 170.

quedarse únicamente con las voces dominantes o las expresiones de clase o de grupo³¹.

b) Una *representación por atención o proximidad*: La proximidad viene dada por el acortamiento de la distancia entre gobernante y gobernado. Los viejos representantes parlamentarios, pertenecientes a partidos de clase, gobernaban en base a objetivos colectivos de clase. Estos objetivos se caracterizan por ser de tipo agregativo, ya que toman a los individuos en su conjunto y no separadamente (así, el desarrollo económico, el bienestar general, etc.). Las decisiones de Parlamento, fundamentadas en implementar tales objetivos, se aplicaban de manera general sin tener en cuenta los casos particulares.

Los nuevos órganos tecnocráticos “independientes”, al no responder a un programa político de clase, afirman sus defensores, atienden o tienen en cuenta la totalidad de las situaciones particulares existentes, por tanto, a la hora de tomar decisiones amplían su campo de atención y proximidad.

Se trata de órganos preocupados de los efectos de las leyes y políticas generales sobre los individuos. Por ello –dice– se podría hablar de una práctica de “descenso en generalidad”. Es una generalidad que atiende a la particularidad, lo que genera mayor proximidad o identificación (representación) de la totalidad de ciudadanos con el Poder.

c) Una *representación por reflexividad*: Rosanvallon define como formas de “*democracia inmediata*” (concepto que toma de Condorcet³²), a las dos principales modalidades de ejercicio de la soberanía por parte del pueblo: la representación-directa y la representación-delegación.

Estas –dice– son formas políticas de inmediatez porque no implican una reflexibilidad de lo social, sino que entienden la vida política como pura acción espontánea, como expresión directa, no mediatizada, del sentimiento o la pasión, de la irracionalidad.

Con ellas, dijo Ernst Renan, la voluntad general no es más que un capricho de la mayoría de cada momento³³. La posibilidad siempre abierta de reformularla termina, paradójicamente, por roerla. Literalmente, se descompone al segmentarse y someterse a perpetuas variaciones. Para decirlo de otro modo, se disuelve como “voluntad”, para reducirse a una yuxtaposición de

³¹ Ibid. pp. 127-133.

³² Vid. CONDORCET, “Aux amis de la liberté sur les moyens d’en assurer la durée (7 de agosto de 1790)”, en *Euvres de Condorcet*, Firmin Didot Freres, Paris, 1847-1849, t. X, p. 178-179.

³³ E. RENAN, *La Monarchie constitutionnelle en France*, M. Lévy Frères, Paris, 1870, p. 127.

decisiones que terminan por ser contradictorias³⁴. Se trata de una “tiranía del corto plazo”.

El pueblo –continúa afirmando– es demasiado múltiple para que una sola de sus manifestaciones espontáneas e irreflexivas pueda resumirlo y representarlo de manera suficiente. La única manera de garantizar la democracia es crear una “soberanía compleja” basada en una diversificación de las temporalidades y de los modos de expresión de la vida política.

De acuerdo con esto, la democracia necesitaría, estructuralmente, “terceros independientes y reflexivos” para que, con calma, eviten que el soberano no se reduzca a una expresión violenta o electoral mayoritaria sino que represente a todos los ciudadanos.

Los órganos tecnocráticos, por su “independencia” y porque manejan amplios niveles de de información, dispositivos de confrontación y especialistas aptos para la deliberación, introducirían esta condición democrático-reflexiva y garantizarían que las decisiones políticas cumplan una plena y amplia función de representación social y política³⁵. La llamada soberanía

³⁴ P. ROSANVALLON, P. *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, cit. pp. 196-197.

³⁵ Después de ver estos tres nuevos tipos de “representación”, podemos observar que lo que se produce es un proceso de “judicialización” de la estructura política. Rosanvallon usa los mismos argumentos que utilizaron Hamilton o Madison en el famoso *The Federalist* no. 10, donde afirmaban que los comportamientos irracionales es una tendencia propia e inevitable de las Asambleas legislativas que daba lugar al “despotismo de la legislatura”, y que era necesario empoderar a órganos técnicos independientes (los jueces) para garantizar el interés general. El primero en introducir como argumento para la defensa de la revisión judicial, el miedo a la tiranía de la mayoría, que luego utilizaron Hamilton o Madison, fue James Kent. Este autor hizo del despotismo de la mayoría el centro de su argumentación para la revisión judicial, y a diferencia de los autores anteriores, la presentó como la mejor razón para preferir a los jueces antes que al pueblo o al legislativo a la hora de interpretar la Constitución (Vid. J. KENT, “An Introductory Lectura to a Court of Law Lectures”, en Ch.S. HYNEMAN y D.S. LUTZ (eds.), *American Political Writing during the Founding Era, 1760-1805*, Liberty Press, Indianapolis, 1983, pp. 941-942; Vid. también: T. HORTON, *James Kent: A Study in Conservatism*, D. Appleton-Century company, New York-London, 1939, pp. 63 y 85-87). Más recientemente, esta argumentación ha sido utilizada también por autores como Ronald Dworkin o John Hart Ely para, en su enfrentamiento con Jeremy Waldron acerca de la llamada “dificultad contra-mayoritaria”, defender el papel de los jueces, a pesar de no ser electos, en el fortalecimiento de la democracia. Judicializar el poder político, permite que los órganos político-tecnocráticos, aun y no teniendo “legitimidad democrática” pues no son electos por los ciudadanos, aparezcan como cuerpos profesionales y apolíticos de toma de decisiones que velan por el interés general de todos y, por tanto, como igualmente representativos de los intereses de la toda la población (Vid. R. DWORKIN, *Freedom's Law. The moral Reading of the American constitution*,

compleja (donde intervienen tales órganos tecnocráticos) aparecería como la forma política adecuada para una expresión más fiel de todo el pueblo, al estar funcional y materialmente multiplicada. Por esto, sería más representativa³⁶.

En conclusión, de estas nuevas formas de representación-legitimidad (por imparcialidad, atención, proximidad y reflexividad), propias de los órganos tecnocráticos, se derivan dos conclusiones: una, que se trata de una concepción que permite que la idea de representación no tenga porqué estar unida, puede despegarse, de la elección (incluso, afirman algunos, la “no elección” genera más representación³⁷); y dos, se trata de una concepción de la representación que satisface la exigencia de unanimidad.

Oxford University Press, Oxford, 1999; J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980; J. WALDRON, *Law and disagreement*, cit.)

³⁶ En este sentido, un artículo por el que, en el 2004, les otorgaron el Premio Nobel de Economía, Kydland y Prescott, pretendían demostrar que, a menudo, era racional restringir el margen de maniobra de los gobernantes a los efectos de evitar que tomaran decisiones circunstanciales, vinculadas, por ejemplo, a plazos electorales, contrarios, en el medio plazo, al interés general. Más vale un gobierno con reglas que un gobierno discrecional, sostenían, tomando como ejemplo el caso de la política monetaria. Estos dos autores, grandes defensores de la independencia de los Bancos Centrales, fueron algunos de los promotores de la noción de “constitucionalismo económico” (F.E. KYDLAND y E.C. PRESCOTT, “Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans”, *The Journal of Political Economy*, vol. 85, núm. 3, junio 1977). Esta noción de “constitucionalismo económico” que se consolidó en la década de 1980 (vid. R.B. MCKENZIE (comp.), *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government*, Lexington Books, Lexington (Mass.), 1984; J.M. BUCHANAN *Constitutional Economics*, Basol Blackwell, Oxford, 1991), fue utilizada por teóricos liberales deseosos de restringir los poderes económicos, monetarios y fiscales de los gobiernos, considerados demasiado inclinados a dejarse influir por intereses externos. Los trabajos de James M. Buchanan, Milton Friedman o Friedrich Hayek desarrollaron este enfoque. Su propuesta consistía en incluir en la Constitución unos principios obligatorios para los gobernantes: obligación de presentar presupuestos equilibrados, limitación del gasto público a un cierto porcentaje del PIB, limitación del crecimiento de la masa monetaria etc. Se trata de limitar el campo de las decisiones políticas, ya que estos autores consideran al político como estructuralmente incapaz, en términos tanto cognitivos como informativos, de gestionar racionalmente, en beneficio de todos, el campo económico (Vid. J.M. BUCHANAN, *Los límites de la libertad: entre la anarquía y Leviatán*, Premia, México, 1981; Capítulo I “Generality, Law and Politics” y Capítulo V “Generality and the Political Agenda” en J.M. BUCHANAN y R.D. CONGLETON, *Politics by Principle, not Interest. Toward Nondiscriminatory Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; R.B. MCKENZIE, *The Limits of Economic Science: Essays on Methodology*, Kluwer-Nijhoff Publishers, 1982; F. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1982).

³⁷ “Si una institución debe encarnar estructuralmente una forma de reflexibilidad e imparcialidad a distancia de cualquier inscripción en orden partidaria (...). La manifestación de su carácter de generalidad funcional podría quedar irremediabilmente comprometida por su

Mientras la representación o mayoría electoral construye una generalidad agregativa parcial, que no es una en su sustancialidad (el sufragio es estructuralmente dependiente de la manifestación de los antagonismos políticos. Es una generalidad atravesada por la divergencia de los intereses y las opiniones); la representación de imparcialidad, atención y proximidad y de reflexión, construye “simbólicamente” una generalidad omniabarcante, al presentarse como distanciada de los intereses particulares, al no tener ningún interés concreto, es la que “garantizaría” más adecuadamente la prosecución del interés general, con lo cual la exigencia de unanimidad o totalidad social puede ser satisfecha.

A diferencia de las representaciones del Estado Constitucional, que construían una generalidad basada en las formas de “pueblo electoral” o “pueblo social” (generalidad incompleta), la nueva idea de representación construye una generalidad basada en la forma de Pueblo-principio. Esto es, la inclusión de todos, en condiciones de “igualdad”, en la sociedad, entendida como todo unitario. Esta es una subjetivación de lo común deshaciendo el tejido disensual de la sociedad, convirtiendo en actores de lo común aquellos que no lo son.

En consecuencia, la representación por imparcialidad, atención y proximidad, y por reflexibilidad, constituiría una generalidad por unanimidad, y la unanimidad, a diferencia de la mayoría, no es un concepto dual, sino monista. La legitimidad sería, entonces, perfecta, omniabarcante y cerrada.

4.2. La transformación de la Justicia

El otro elemento de legitimidad, conjuntamente con el procedimental, es el sustancial: la Justicia. Como ya hemos señalado, para que el Estado sea plenamente reconocido o legítimo, debe no sólo producir sus leyes con la participación de la mayoría de los ciudadanos (representación-participación), sino también asegurarse de que las leyes se adecúan a ciertos valores o contenidos sustantivos de Justicia.

La categoría Justicia ha sufrido un proceso similar al de representación, pasando de ser, en el Estado Constitucional del s. XX, un atributo plural y abierto, a pasar a ser, en el s. XXI, un concepto monista y cerrado.

Podemos decir que se produce, en este sentido, una transformación de la categoría Justicia. Se pasa de una concepción “coherente” de la Justicia, en el

carácter electivo” (P. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, cit. p. 222).

Estado Constitucional del s. XX (esta era una concepción plural y abierta de Justicia), a una concepción “utilitarista” de la Justicia, en el Estado neoliberal del s. XXI (esta es una concepción monista y cerrada). Intentaré explicar esto.

La Justicia puede entenderse de dos maneras distintas: Justicia como sinónimo de “Derecho”, de relación inter-subjetiva. La Justicia sería, entonces, la que, mediante las instituciones jurídicas (tribunales y juzgados), regula o corrige las relaciones o modos de trato entre individuos. No nos detendremos en esta definición. O Justicia como sinónimo de “derechos”. La justicia sería aquí un ideal, a la vez, reivindicación social y objetivo del Estado.

Partiendo de esta segunda definición, podemos decir que la Justicia tiene su fundamento, su raíz, en la *ética*.

Como señaló Rawls, los dos conceptos principales de la ética son: lo *bueno* (el bien) y lo *correcto*³⁸. Definiré estos de la siguiente manera:

El bien, es un *objetivo* deseable, un fin racional. Se trata además de algo subjetivo. Spinoza escribió “no nos movemos hacia, queremos, creemos que algo es bueno, sino que es bueno porque nos movemos hacia ello, lo queremos, apetecemos y deseamos”³⁹. Por tanto, cada proyecto político de clase tendrá su propio bien, su propio objetivo final de Justicia, que será, a la vez, objetivo del Estado. Siempre se gobierna de acuerdo a fines (bien).

Lo correcto. Una vez fijado el objetivo-bien, lo correcto es el *procedimiento*, la acción (política), los mecanismos, que favorecen su logro.

La diferencia entre la concepción “coherente” y “utilitarista” de la Justicia será el modo de conectar, la relación existente entre estos dos conceptos básicos: lo bueno (objetivo –de Estado–) y lo correcto (procedimiento).

4.2.1. *La concepción coherente de Justicia en el Estado Constitucional del s. XX: la prioridad de lo correcto sobre lo bueno*

En esta concepción de Justicia, tan importante es lo bueno (el bien) como lo correcto.

En primer lugar, el gobierno, en función de sus intereses o proyecto político, determina qué es el bien, lo bueno. El objetivo o fin de Justicia que debe perseguir el Estado.

³⁸ J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1979, p. 42.

³⁹ Vid. entrada sobre Spinoza en *Diccionario de Filosofía de J. Ferrater Mora*, Ariel, Barcelona, 1994.

Ahora bien, en segundo lugar, el procedimiento para conseguir tal bien-objetivo de Estado, no puede ser cualquiera. Lo *correcto* (procedimiento) debe tener en cuenta que cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la noción de dignidad humana, que no puede ser anulada, ni siquiera en pro de un supuesto bien común. La vulneración de derechos fundamentales de algunos no puede argumentarse como algo correcto por el hecho de que contribuya a un bien colectivo mayor. Los derechos fundamentales no están sometidos al cálculo de intereses sociales mayores.

Por tanto, el *bien* no se puede interpretar como algo independiente de lo *correcto*, como algo independiente de sus consecuencias.

Ello supone, implícitamente o indirectamente, que la clase en el poder deba adecuar su concepción de *bien*, su bien-objetivo (su concepción de Justicia), a lo que requiere lo *correcto*, (lo justo-dignidad humana) o, al menos, no insistir en pretensiones que lo viole directamente.

Lo correcto, lo justo-dignidad humana, establece, entonces, un límite al bien propio del gobierno. Al diseñar el bien-objetivo del Estado, los hombres deben tener en cuenta las restricciones de lo correcto. Se produce, en consecuencia, una prioridad de lo correcto (lo justo-dignidad humana) sobre el bien (Justicia).

Ello hace que el *bien* (la Justicia), pueda ser constantemente discutida, en función de si se considera que respeta o no lo *correcto* (derechos-dignidad humana). En consecuencia, la Justicia es una categoría abierta, disputable y plural.

Esta es la concepción propia del Estado Constitucional democrático del s. XX. El constitucionalismo o garantismo es el establecimiento de límites y obligaciones al *bien-objetivo* del Estado en defensa de lo *correcto* (los derechos fundamentales de los ciudadanos).

4.2.2. *La concepción utilitarista de Justicia en el Estado neoliberal: la prioridad de lo bueno sobre lo correcto*

En esta concepción de Justicia, el *bien* aparece como algo absoluto y autónomo (concepción teleológica del bien), y lo *correcto* como mero instrumento subordinado al primero. Es una teoría que juzga la "justicia" de las cosas sin referirse a lo que es correcto. El *bien* es un "todo" independiente y separado de lo *correcto*.

Veamos un ejemplo. En la teoría utilitarista clásica, Jeremy Bentham (s. XVIII y XIX) estableció como *bien-objetivo* final: "la mayor felicidad del

mayor número"; es decir, el satisfacer los deseos del máximo de individuos posibles⁴⁰.

Cuando las instituciones más importantes de la sociedad están estructuradas de modo que obtienen el mayor balance neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos, la sociedad es justa. Se cumple el principio Justicia.

En este sentido, los términos apropiados o *correctos* de cooperación social son "*cualesquiera*" que permitan obtener la mayor suma de satisfacción de los deseos de los individuos, sin importar como se distribuye esta suma de satisfacciones entre los individuos.

La distribución *correcta*, en cada caso, es la que produce máximo balance neto de satisfacción, "*sea la que sea*". En consecuencia, la violación de los derechos fundamentales de unos pocos debería ser considerada *correcta* si contribuye a un mayor bien compartido por muchos.

Esto parece ser contradictorio con un precepto de Justicia de sentido común, relativo a la protección de los derechos y la dignidad humana.

⁴⁰ Bentham define así su teoría: "El objeto del gobierno debería ser la máxima felicidad de todos los miembros del Estado. Pero lo que es bueno para uno puede ser opuesto a la felicidad de muchos otros. Desgraciadamente es imposible ensanchar indefinidamente la esfera de felicidad de cada individuo sin entrar en conflicto con la felicidad de otros. Por lo tanto, el único objetivo debería ser la mayor felicidad posible del mayor número; en una palabra, el bien común es el objetivo correcto del gobierno, y la tarea adecuada del legislador el descubrir la regulación conveniente para producir el mayor bien al mayor número de seres humanos. El legislador justo que considera igual a cada miembro de la comunidad no puede perseguir otro objetivo. La determinación de cada punto en cada ley, desde el principio al fin, sin excepción, debe estar dirigido hacia el mayor bien del mayor número y debe descansar sobre este principio". Ahora bien, ¿cómo se hacía efectiva, según Bentham, la felicidad del mayor número? Aunque Bentham estableció una larga lista de tipos de placer, muchos de orden no material, estaba convencido que la posesión de bienes materiales era tan básico para el logro de todas las demás satisfacciones que era lo único que podía tomarse como la medida de todas ellas ("a cada porción de riqueza corresponde una porción de felicidad"). Y "el dinero es el instrumento con el que se mide la cantidad de dolor o de placer". Por tanto, la felicidad pasaba por la posesión de riquezas. Con el objetivo de establecer la mayor felicidad del mayor número, Bentham defendía que los objetivos de la legislación debían ser garantizar un sistema de propiedad privada ilimitada y de empresa capitalista donde los hombres pudieran adueñarse sin límite del fruto de su trabajo (riqueza), además de no establecer mecanismos para asegurar la subsistencia, la redistribución ni la igualdad entre personas, ya que ello eliminaría el incentivo natural al trabajo productivo de cada uno para la generación de riqueza-felicidad (entre igualdad y seguridad la ley no debe titubear: "la igualdad ha de quedar en segundo lugar"). (Vid. J. BENTHAM, *The theory of Legislation*, N.M. Tripathy, Bombay, 1975, parte I, cap. 6, "Principles of the Civil Code").

De acuerdo con ello, cuando el legislador toma una decisión no se comportaría de manera muy diferente de cómo lo hace un empresario que decide como maximizar su ganancia. La decisión correcta es, esencialmente, una cuestión no moral sino de administración eficiente.

La Justicia se focaliza única y exclusivamente, se reduce, en la idea de *bien*, no a lo *correcto*. No se establece ninguna condición o límite sobre el bien-objetivo⁴¹.

En consecuencia, lo que subjetivamente califican como bien (Justicia), se eleva a la categoría de absoluto, a algo teleológico, y no se puede discutir. Se expulsa la discusión sobre la idea de bien (Justicia). Sólo puede existir disputa acerca de los procedimientos más eficaces, correctos, para lograr el bien, los medios más directos para lograr la meta. Y las discusiones sobre medios son técnicas, no morales⁴².

De ahí que mantenga que la concepción utilitarista de la Justicia se basa en un concepto cerrado, no discutible, o monista de Justicia.

Un ejemplo claro de esta concepción de Justicia lo encontramos en el neoliberalismo. El neoliberalismo reorganizó la sociedad como una máquina brutal y sin escrúpulos (subordinación de la dignidad-derechos, lo *correcto*, a los intereses económicos) que funciona sin fricciones, sirviendo a las necesidades del único objetivo-*bien*: la acumulación de capital. Palabras como Justicia, democracia, libertad, etc. se redefinieron, separándose de su valor original, en función de este único objetivo-bien sagrado. En la actualidad, el contexto de crisis es utilizado por los gobernantes para justificar el sacrificio de los derechos de dignidad de los ciudadanos en pro de un objetivo-fin de "justicia" superior: el crecimiento económico.

En resumen, de lo planteado en este punto 4, podemos extraer como conclusión que si bien el Estado, durante su etapa actual, continua legitimándose en base a los rasgos o atributos "democráticos" tradicionales: un rasgo procedimental (representación) y uno sustancial (Justicia), se ha producido, conjuntamente con la reestructuración del sistema económico y político, una redefinición de tales atributos, convirtiéndoles de categorías abiertas y plurales en el Estado Constitucional del s. XX, a categorías cerradas o monistas

⁴¹ Uno de los máximos representantes de esta teoría utilitarista de la Justicia, en el siglo XX, fue Henry Sidgwick, quien aplica la doctrina utilitarista a los problemas de la justicia social y económica (Vid. H. SIDGWICK, *The Methods of Ethics*, Macmillan, Londres, 1967).

⁴² Sobre la concepción utilitarista de Justicia, vid. J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, cit., pp. 40-52.

en el Estado neoliberal del s. XXI. Con lo cual la legitimidad del Estado ya no es algo políticamente disputable, abierto, plural, un "proceso social en curso", sino algo cerrado, indisputable y monista.

En una sociedad donde se han roto los mecanismos de participación y mediación entre Estado y Sociedad para la toma de decisiones de naturaleza pública y donde el Estado se ha convertido en una mera maquinaria tecnocrático-administrativa habilitadora de políticas neoliberales, autosuficiente y legitimada por sí misma, sin necesidad de contar con el consenso social de la mayoría, su supuesta imparcialidad lo convierten en algo incuestionable; los medios-recursos de movilización-reivindicación de los ciudadanos en defensa de sus derechos se convierten en un "elemento cultural heredado muerto".

Estos mecanismos de reivindicación se convierten en algo ajeno, autónomo, no funcional al orden cultural-normativo del poder. Estos se convierten en un elemento que caracterizaba la vida de nuestros ancianos y que, determinadas personas, transportamos al presente, adaptamos a nuestra realidad, convirtiéndolo en instrumento y objeto de reivindicación. Pero con el problema de que se trata de unos métodos desconectados, desfasados o desajustado del nuevo sistema cultural utilitarista de las estructuras de poder, unos métodos que ya no pertenecen a una realidad donde el contrato pueblo-Estado ya no existe, habiendo sido sustituido por un nuevo contrato Capital-Estado del que los ciudadanos ocupamos una posición de terceros ajenos. Tales mecanismos son ahora un elemento cultural heredado muerto, estático, que no está integrado o no es funcional, que es independiente, autónomo, a una realidad económica, política y social basada en otro orden cultural-normativo, la cultura tecnocrática del beneficio económico de una minoría. Se trata ya de un elemento desfasado en el nuevo sistema socio-cultural del poder puramente utilitarista.

Las manifestaciones, concentraciones, huelgas, etc. se convierten simplemente, ahora, en una especie de traje de domingo que nos ponemos, unos cuantos, para cuando las mismas terminan, sin haber logrado ninguna transformación, continuar con nuestra vida diaria, que nada tiene que ver con el gobierno común de la sociedad.

La transformación de los conceptos de representación y de justicia en el seno del Estado neoliberal del siglo XXI, produce, por tanto, en nuestros días, una ritualización, folklorización, cosificación o museificación de tales recursos-acciones de movilización, lo que nos lleva a hablar de una rituali-

zación, folklorización o museificación de una lucha política, con cada vez, menos capacidad de influir sobre las decisiones del Estado tecnocrático.

5. CONCLUSIONES

De todo lo planteado hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. A pesar de las cada vez más masivas movilizaciones reivindicando derechos sociales y expresiones de descontento popular con la política económica impulsada por los Estados miembros y la UE, estas no parecen estar iniciando una transformación en el sistema que se mantiene, ni tener la más mínima influencia sobre nuestros dirigentes, que continúan implementando “más Europa” y no “otra Europa”. A pesar de las movilizaciones podemos afirmar que, después de esta crisis, el capitalismo no sólo no desaparecerá sino que será peor que el de hoy.
2. Para responder a la pregunta ¿cómo es posible que la movilización ciudadana no esté cambiando nada y el sistema pueda continuar funcionando y sosteniéndose aun y sin contar con el consenso de la ciudadanía? hay que proceder a un análisis de la transformación de la forma Estado Constitucional que se ha producido durante los últimos años.
3. 1789, como momento inicial de un nuevo ciclo histórico, se caracterizó por la construcción ideológica del Estado alrededor de la cultura de la participación-representación y de los derechos. Estos dos, la participación-representación y la dignidad-justicia, son los elementos sobre los que se sustenta, desde entonces, la legitimidad “democrática” del Estado Constitucional.
4. El reconocimiento universal de estos dos elementos en el Estado social del s. XX implicó que los derechos de ciudadanía representaran el espacio en el que se definían las relaciones sociales, políticas y económicas, y por tanto, el ser constitutivo e interrelacional de los sujetos. La participación-movilización de los ciudadanos y la reivindicación de derechos era cultura viva, dinámica, en movimiento, algo plenamente conectado con la totalidad, integrado en el paradigma socio-cultural de la comunidad.
5. La tensión entre integración europea post-Maastricht y Estado Constitucional social ha provocado que, aunque continúan operan-

do como rasgos de legitimación “democráticos” del Estado los rasgos procedimental (representación) y sustancial (Justicia-dignidad) clásicos, se ha producido, fruto de la reestructuración del sistema económico y político, una redefinición de tales atributos, convirtiéndolos de categorías abiertas y plurales en el Estado constitucional del s. XX, a categorías cerradas o monistas en el Estado neoliberal del s. XXI. Con lo cual la legitimidad del Estado ya no es algo políticamente disputable, abierto, plural, un “proceso social en curso”, sino algo cerrado, indisputable y monista, lo que limita enormemente la capacidad de los ciudadanos de influir en la toma de decisiones de un aparato estatal-burocrático que se auto-legitima por sí sólo, independientemente de los ciudadanos.

Con ello respondemos a la pregunta formulada en la introducción de este trabajo.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
Facultat de Ciències jurídiques
Universitat Rovira i Virgili.
Av. Catalunya, 35. 43002, Tarragona
e-mail: albert.noguera@urv.cat

**DERECHOS E INTERPRETACIÓN: LA ARGUMENTACIÓN
AMBIGUA DE “LA NATURALEZA DE LAS COSAS”
EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA
Y LA CUESTIÓN DEL RECONOCIMIENTO JURÍDICO
DE LA UNIÓN HOMOSEXUAL**

*RIGHTS AND INTERPRETATION: THE AMBIGUOUS
“NATURE OF THINGS” ARGUMENT IN THE ITALIAN
CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE AND THE SUBJECT
OF THE LEGAL RECOGNITION OF HOMOSEXUAL UNIONS*

ILENIA MASSA PINTO
Università degli Studi di Torino

Fecha de recepción: 20-2-13

Fecha de aceptación: 15-4-13

Resumen: *Partiendo de la constatación que, en el actual discurso público, se denota un empleo indiscriminado, incluso por parte de los juristas, de las expresiones “derechos”, “derechos del hombre” y “derechos fundamentales”, la autora pretende explicar este dato como un síntoma que evoca trazas de la argumentación de la “naturaleza de las cosas” en los ordenamientos jurídicos actuales. Ya se trate del derecho a la orientación sexual, o del derecho a la procreación medicamente asistida sin límites, o del derecho a una muerte digna – tanto para nombrar algunos de los temas más debatidos últimamente en muchos ordenamientos – el lenguaje empleado esconde siempre una ambigüedad de fondo, ya que confunde los derechos con los simples deseos subjetivos, que se demuestran, en cambio, como impulso de una legítima lucha política por el reconocimiento de una normativa que los tenga en cuenta como derechos. En efecto, las controvertidas argumentaciones difundidas, tanto a nivel científico como político, sobre los temas caracterizados por una fuerte connotación ética, implican una concepción específica (del fundamento) de los derechos evocados, que no siempre se explicita. En este ensayo, la autora pretende hacer emerger dichas concepciones con el objetivo principal de indicar cómo el rechazo difundido de la doctrina pura del derecho – por la necesidad de satisfacer las*

pretensiones de justicia material, incluso contra los ordenamientos jurídicos positivos– llevará inevitablemente a la revalorización de la argumentación ambigua de la “naturaleza de las cosas”, aunque dicha revalorización se lleve a cabo de forma oculta, ya que no conviene nombrarla explícitamente en los ordenamientos modernos.

La autora afronta dichos temas partiendo del ferviente debate que se está llevando a cabo sobre el tema del reconocimiento jurídico de la unión homosexual.

Abstract: *The author observes that in public speech the use of expressions such as “rights”, “human rights”, “fundamental rights”, is not always so precise: this fact could be read as a symptom of the circulation of the “nature of things” argument in modern legal orders. When we talk about the right to the sexual identity, or the right to generate without limits, or the right to a “sweet death”, the language employed always hides an ambiguity in the background, because it mistakes rights for subjective wishes, which have to be considered as impulse of a legitimate political struggle for the recognition of a rule which states them as rights. In this essay the author intends to stand out the different conceptions (of the foundation) of the rights evoked, with the purpose to show how the refusal of the pure doctrine of law leads to a reevaluation of the ambiguous argument of the “nature of things”, although this reevaluation often happens in secret, because this argument is unacceptable in modern legal orders. The author faces this subject through the analysis of the Italian constitutional jurisprudence which concerns the legal recognition of homosexual unions.*

Palabras clave: derechos, interpretación, jurisprudencia constitucional italiana, unión homosexual

Keywords: rights, interpretation, Italian constitutional jurisprudence, homosexual union

1. PREMISAS: EL EMPLEO POCO CONTROLADO DE LA EXPRESIÓN DERECHOS Y LA ARGUMENTACIÓN DE “LA NATURALEZA DE LAS COSAS”

En los discursos públicos, actualmente, observamos un empleo indiscriminado, incluso por parte de los juristas, de las expresiones *derechos, derechos del hombre, derechos fundamentales*: este dato se podría considerar como un síntoma que evoca algunas trazas de la argumentación de “la naturaleza de las cosas” en los actuales ordenamientos jurídicos¹.

¹ Como se explica más adelante, “naturaleza de las cosas” es una expresión muy ambigua, y más bien sugestiva. Que normalmente se evoca o invoca, y casi nunca se define, para indicar una pluralidad de objetos. Toda la labor de A. TARANTINO, *La problematica odierna*

De hecho, la palabra *derechos* se emplea tanto para designar situaciones previstas y reguladas por el derecho positivo, como para designar situaciones no previstas por el derecho pero que lo deberían ser. En este segundo caso, recurrimos a la palabra *derecho* para hacer, en realidad, *política del derecho*. Su uso impreciso es debido al hecho de que esta palabra «si è caricata nella storia della cultura di una forza emotiva favorevole e intensa, sino a costituire uno strumento retorico di notevole efficacia (...). Chi si batte per i diritti, insomma, fa con il linguaggio una politica del diritto, adoprandosi ad influenzare il diritto positivo a vantaggio di classi di soggetti»².

Ya se trate del *derecho* a la orientación sexual, o del *derecho* a la procreación medicamente asistida sin límites, o del *derecho* a la muerte digna –por nombrar algunos de los temas más debatidos últimamente en muchos ordenamientos– el lenguaje empleado esconde siempre una ambigüedad de fondo, ya que confunde los derechos con los simples deseos subjetivos, que se demuestran, en cambio, como impulso de una legítima lucha política por el reconocimiento de una normativa que los tenga en cuenta como derechos.

Todo ello nos permite sostener que las controvertidas argumentaciones difundidas, tanto a nivel científico como político, sobre los temas caracterizados por una fuerte connotación ética, implican una concepción específica (del fundamento) de los *derechos* evocados, que no siempre se explicita. Más adelante, trataré dichas concepciones, con el objetivo principal de indicar cómo el rechazo difundido de la doctrina pura del derecho – por la necesidad de satisfacer las pretensiones de justicia material, incluso contra los ordenamientos jurídicos positivos³ – llevará inevitablemente a la revalorización de la argumentación ambigua de la “naturaleza de las cosas”, aunque dicha re-

della natura delle cose, Edizioni Milella, Lecce, 1980, por ejemplo, está focalizada en demostrar la multiplicidad y la ambigüedad de los empleos de la expresión “naturaleza de las cosas” ya que también son múltiples y ambiguos los empleos de las palabras “naturaleza” y “cosas”. Para una historia del concepto de naturaleza véase H. KELSEN, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, Chicago, 1943; R. LENOBLE, *Esquisse d’une histoire de l’idée de nature*, Albin Michel, Paris, 1968; P. COATES, *Nature. Western Attitudes since Ancient Times*, Polity Press, Cambridge, 1998; P. HADOT, *Le voile d’Isis. Essai sur l’histoire de l’idée de nature*, Gallimard, Paris, 2004; L. DASTON, F. VIDAL, *The Moral Authority of Nature*, The University of Chicago Press, Chicago, 2004; O. FRANCESCHELLI, *La natura dopo Darwin. Evoluzione e umana saggezza*, Donzelli, Roma, 2007.

² U. SCARPELLI, “Diritti positivi, diritti naturali: un’analisi semiotica”, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI, *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, pp. 40-41.

³ Como sabemos, en este sentido, a menudo se habla de “neoconstitucionalismo” (véase M. DOGLIANI, “(Neo)costituzionalismo: un’altra rinascita del diritto naturale? Alla

valorización se lleve a cabo de forma oculta, ya que no conviene nombrarla explícitamente en los ordenamientos modernos.

2. LA ARGUMENTACIÓN AMBIGUA DE “LA NATURALEZA DE LAS COSAS”

Siguiendo la clasificación realizada por Bobbio, podemos destacar al menos tres empleos distintos del término “naturaleza de las cosas”, según el objeto al que nos referimos: se emplea para indicar una concepción general del derecho (y entonces es sinónimo de *anti-voluntarismo*, ya que su objetivo es criticar la concepción según la cual las reglas son sólo el producto de la voluntad del legislador); para indicar una fuente del derecho (y entonces es sinónimo de *anti-legalismo*, ya que su objetivo es criticar la doctrina que ensalza la ley como suprema fuente del derecho); y por último, para indicar un medio de interpretación (y entonces es sinónimo de *anti-conceptualismo*, porque su objetivo polémico es el carácter dogmático de la jurisprudencia)⁴.

En todos los empleos indicados, el significado de la expresión “naturaleza de las cosas” tiene un fuerte valor *polémico*, y, como podemos ver, al final, ha conseguido difundirse en el pensamiento jurídico, poco a poco, aleándose con los instrumentos puestos a disposición para contrarrestar el positivismo jurídico. De hecho, como concepción general del derecho, la expresión se entrelaza con el resurgimiento del derecho natural; como fuente del derecho, muestra una relación muy estrecha con los éxitos de la sociología jurídica; como instrumento interpretativo, la “naturaleza de las cosas” goza de una pluralidad de aliados que podemos englobar bajo el nombre genérico de realismo jurídico. En cualquier caso, la “naturaleza de las cosas” es expresión evocada siempre con intención *polémica*, como “*un aspetto dell’odierna lotta contro il formalismo giuridico*”⁵.

Sin embargo, es más bien inusual que en los ordenamientos modernos alguien se atreva a cualificarse a sí mismo, explícitamente, como iusnaturalista,

ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico”, en *www.costituzionalismo.it*, núm. 2, 2010). La bibliografía sobre este tema es muy amplia.

⁴ N. BOBBIO, “Über den Begriff der Natur der Sache”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XLIV, 1958, pp. 305 ss., sucesivamente publicada con el título “La natura delle cose”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, pp. 198 ss., del que se han extraído las citas.

⁵ *Ibidem*, p. 199.

o que admita el uso del tema de “la naturaleza de las cosas” para otorgar un significado a un texto normativo a interpretar o, incluso, para crear una norma parámetro con la cual juzgar la validez de otras normas. Es mucho más probable, en cambio, encontrar juicios en los que se acusa al adversario de ser un iusnaturalista o de recurrir a la argumentación de “la naturaleza de las cosas” para otorgar un significado a un texto normativo a interpretar, o incluso, para crear una norma parámetro con la cual juzgar la validez de otras normas. Sin lugar a dudas, la argumentación de “la naturaleza de las cosas” no se considera digna de ser apreciada en los ordenamientos modernos, a pesar de que, como veremos, existan indicios significativos de su empleo.

La simple evocación de la argumentación de “la naturaleza de las cosas” suscita, en efecto, una cierta vergüenza en los ordenamientos modernos, ya que éstos se declaran hostiles, por lo menos desde el punto de vista teórico, ante cualquier discurso que pueda recordar a retorno del derecho natural⁶. Pero una cosa es la teoría y otra la práctica.

⁶ Por ejemplo, destaca de forma crítica, el recurso a temas que se apelan a la naturaleza humana “*come essenza ontologica sottratta a discussione*” entre las reacciones ante la falta de las certidumbres más elementales de las actuales sociedades, especialmente a causa de fenómenos como la convivencia multiétnica y el empleo de la ciencia médica a la biotecnológica, C. PINELLI, “Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale”, *Diritto Pubblico*, núm. 3, 2008, pp. 703-718.

Destacan, también de forma crítica, cómo la noción actual de “naturaleza de las cosas” está asumiendo, una vez más, un valor explicativo fundamental en la descripción de la relación entre derecho y sociedad M. DOGLIANI, “Interpretazione costituzionale e politica costituzionale”, en *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno annuale, Milano, 11-12 ottobre 2002*, Cedam, Padova, 2004, spec. p. 209, y L. PATRUNO, “La “Natura delle cose””, en *www.dircost.unito.it*, según el cual, hay que buscar las razones de una actual renovación de la argumentación de “la naturaleza de las cosas” en su capacidad de dar un sentido conceptualmente unitario a un derecho que actualmente resulta fragmentario, particularista y descentrado y, sobre todo, en su capacidad de satisfacer “*un bisogno di fondamento oggettivo del diritto, nel senso che tenta di sostituire a una rappresentazione del diritto che escluda la necessità di fondarlo (o lo fondi in maniera ipotetica, presupponendo un equilibrio tra idee egemoni della società) una rappresentazione del diritto determinata invece dalle necessità intrinseche allo svolgersi effettivo della vita sociale*” (p. 5).

En sentido crítico véase también S. POLLO, *La morale della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2008, esp. pp. 122 ss.

En la historia del pensamiento filosófico-jurídico, el concepto de “naturaleza de las cosas” ha existido siempre, desde la idea griega de *phusei díkaion*, transferida por los juristas romanos a su concepto de *rerum natura*. Sobre este tema véase I. TAMMELO, “La natura dei fatti come «tòpos» giuridico”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. XI, 1963, pp. 658 ss., según el cual “*anche ammesso che [en las doctrinas sobre la “naturaleza de las cosas”] non vi sia altro che errori, equivoci e confusione, il fatto che questi siano dilagati nel pensiero giuridico postbellico è in se stesso un evento di rilievo nella storia delle idee, e varrebbe la pena mettere in luce il suo occulto lavoro*” (p. 658).

El desconcierto no se muestra tanto en aquellos usos de la argumentación de la “naturaleza de las cosas” que se basan en la necesidad, por parte del legislador e intérpretes, de tener en cuenta las fuentes procedentes de disciplinas científicas, o extra-jurídicas, en la actividad de producción y de interpretación de las reglas⁷, respectivamente: en el fondo, nadie se escandalizaría si una ley que fija un límite de edad demasiado elevado para recurrir a la procreación medicamente asistida –y, por lo tanto, para el empleo de ingentes recursos de toda la colectividad– fuese declarada anticonstitucional porque no corresponde a los datos que emergen de fuentes científicas y tecnológicas en la materia, que demuestran que el porcentaje de éxitos en estas prácticas disminuyen de forma inversamente proporcional a la edad de la mujer⁸.

Y, por otro lado, nos hemos escandalizado ante la decisión de un juez que ha ordenado, como medida de precaución, para una niña gravemente enferma, la prosecución de un tratamiento con células madre adultas que la “Agencia Italiana del Fármaco” considera que no cumplen requisitos de seguridad y eficacia para ser usadas incluso en fase de experimentación⁹.

No es un caso, por otro lado, que las argumentaciones que se refieren a datos científicos se empleen sobre todo en el campo de la tutela de la salud y del medio ambiente¹⁰. El tema ya ha sido tratado en profundidad, también en referencia a las denominadas normas técnicas¹¹.

⁷ Sobre los límites que las fuentes científicas y experimentales ponen a la discrecionalidad legislativa, véase, en la jurisprudencia constitucional italiana, entre otros muchos, CORTE COSTITUZIONALE, S.n. 151 del 2009, 338 del 2003, 282 del 2002.

⁸ Por ello suscitan perplejidad, a título de ejemplo, algunas reglas regionales italianas que en los últimos años han intervenido, en silencio, sobre este punto concreto, de una disciplina nacional que prescriba criterios rigurosos al respecto, para fijar límites de edad más bien elevados para el recurso a la procreación medicamente asistida (por ejemplo, la Región Véneta fijó, con Resolución de la Junta Regional n. 822 del 14 de junio de 2011 un límite de 50 años para las mujeres y de 65 años para los hombres, para prestaciones de procreación medicamente asistida, en todo el territorio, con gastos a cargo del servicio sanitario regional).

⁹ Trib. Venecia, secc. lav., 31 de agosto de 2012, que confirmó la anterior medida cautelar, sobre la que podemos ver los juicios muy críticos por parte de expertos en materia, entre los cuales E. CATTANEO, G. CORBELLINI, “E’ cura solo se vi sono prove”, *Il Sole 24 Ore*, 26 agosto 2012.

¹⁰ Sobre los que podemos ver, respectivamente, los ensayos publicados en A. D’ALIOIA (editado por), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005, en L. CHIEFFI (editado por), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Giappichelli, Torino, 2003, y en S. GRASSI, M. CECCHETTI (eds.), *Governo dell’ambiente e formazione delle norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2006.

¹¹ Sobre las cuales, véase F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001; A. IANNUZZI, “Caratterizzazioni della formazione tecnica nell’ordinamento italiano. Il campo

En cambio, el desconcierto crece hasta llegar a transformarse en descrédito y en juicio de no cientificidad del tema en cuestión, cuando la (presunta) “naturaleza de las cosas” se emplea para camuflar las preferencias éticas de aquellos que la invocan: “*questo è particolarmente ricorrente quando il fenomeno osservato non è valutabile nei termini di una indagine puramente scientifico-naturalistica, ma si tratta invece di fenomeni sociali e culturali, o di fenomeni naturali dotati di particolare rilevanza etica*”¹².

La crítica contra la argumentación de la “naturaleza de las cosas”, obviamente, está relacionada con la consideración de que no existe una naturaleza *objetiva*, ya que cada uno de nosotros podría reivindicar una naturaleza *propia*. Esto quedaría demostrado con el hecho de que a la argumentación de la “naturaleza de las cosas” podrían recurrir, indistintamente, el parlamentario conservador que se opone a la ampliación de la institución del matrimonio a las parejas no heterosexuales, el militante *antiglobalización* que protesta contra la difusión de los organismos genéticamente modificados y el gay que defiende la legitimidad de su orientación sexual. Con toda probabilidad, los tres argumentan la validez de sus ideas y de sus elecciones recurriendo a alguna noción de “naturaleza”. Y, de hecho el político conservador apela a la idea de que existe una sola “familia natural” y que sólo ésta, por el hecho de ser natural, es la única moralmente admisible y capaz de construir el núcleo fundamental de una sociedad bien estructurada. El activista *antiglobalización*, por su lado, probablemente afirmará que existe un orden de la naturaleza que hay que respetar y que una agricultura “no natural” podría causar daños graves e irreversibles a los seres humanos y al medio ambiente. El gay puede defender sus gustos y orientación, sosteniendo que residen en “su naturaleza”. Los protagonistas de estos ejemplos, que no son producto de la imaginación, son muy distintos ellos, por sus convicciones políticas y morales. Y, sin embargo, todos coinciden en la idea de que existe un orden natural como referencia para saber lo que es moralmente bueno¹³.

Los que critican que se recurra a la argumentación de la “naturaleza de las cosas” no sostienen, en su mayoría, que la argumentación ético-normativa no deba tener un espacio en el derecho, y que el derecho no pueda o no

di analisi e di verifica della materia ambientale”, en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2006, pp. 137-180.

¹² G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 70.

¹³ S. POLLO, *La morale della natura*, cit., pp. 3-4.

deba encargarse de instancias de tipo ético: es más, en estos casos, “*ciò di cui c'è bisogno è proprio un'argomentazione etica sostanziale, che dovrebbe essere presentata e difesa come tale, senza farsi scudo di una supposta e non dimostrata realtà "naturale" oggettivamente valida e immutabile*”¹⁴.

Por lo tanto, como podemos intuir fácilmente, la expresión “naturaleza de las cosas” es muy ambigua y, como tal, posible fuente de equívocos. En cuanto a las distintas concepciones (del fundamento) de los *derechos*, cabe destacar, entre las múltiples reflexiones que el tema podría suscitar¹⁵, que dicha expresión no se utiliza sólo, como se podría pensar *prima facie*, en relación con el tema que implica “*l'esistenza certa di una natura umana stabile e permanente*”, sino, en sentido pascaliano, con el tema que implica la existencia de una “naturaleza” entendida como “*costume*”, como *habitus*¹⁶.

Por lo que propongo indicar los dos significados, respectivamente, con la expresión “naturaleza pura” y “naturaleza no pura”, y sostengo que si la

¹⁴ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 70.

Según S. POLLO, *La morale della natura*, cit., p. 5, no hay sólo una presencia masiva de la idea de naturaleza en la tradición ética occidental, sino también su “*autorevolezza*”: “*In genere l'appello alla natura tende ad avere la funzione della carta vincente. Sostenere qualcosa come "giusto perché naturale" ha una presa immediata sull'uditorio. L'idea di natura esercita una profonda attrazione e funziona egregiamente come strumento per convincere, in virtù dell'autorevolezza morale che sembra caratterizzarla. Tale idea ha grande influenza sul modo in cui le questioni morali vengono affrontate nella vita privata degli individui e nello spazio pubblico. La natura rappresenta una "tentazione" ricorrente per l'efficacia e l'autorevolezza che sembra in grado di attribuire agli argomenti morali*”.

Sin embargo, esta observación, se refiere sólo a sociedades muy cohesionadas y homogéneas, en las que se pueden compartir valores comunes. En las actuales sociedades, la apelación a la naturaleza no tiene mucha autoridad, es más, está camuflada, porque la objeción más inmediata se refiere a la imposibilidad de compartir una misma concepción de “naturaleza”.

En cualquier caso, parece ser cierta la afirmación de que las apelaciones a la naturaleza tienen mucha autoridad en el tema moral/privado, pero poca en el tema jurídico/público, cuando la apelación a la naturaleza se invoca como fuente de normativa válida para todos.

¹⁵ Y respecto a las cuales véase I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla 'natura delle cose'*. *Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l'art. 29 della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹⁶ Las palabras entre comillas indicadas en el texto son, respectivamente de BENEDICTO XVI, “*L'Europa rischia il congedo dalla storia*”, *Avvenire*, 25 marzo 2007, p. 3, y de B. PASCAL, *Pensées*, Guillaume Desprez, Paris, 1669, trad. it., *Pensieri*, Einaudi, Torino, 1962, 116, y han sido utilizadas por F. REMOTTI, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 11 y 12, como referencias paradigmáticas para oponer dos modelos de pensamiento *pro*- y *contra*- natura.

doctrina de la “naturaleza *pura* de las cosas”, de una naturaleza ontológica, metafísica, que pretende obtener prescripciones generales y abstractas para toda la colectividad a partir de presuntos “hechos” puros, no puede encontrar espacio en los ordenamientos modernos, sencillamente porque estos “hechos” no están regidos por leyes naturales parecidas a las que rigen el movimiento de los cuerpos celestes, merece, en cambio, una consideración distinta la argumentación de la “naturaleza *no pura* de las cosas”, por el que un dato social, un dato histórico, una institución, es un dato normativo objetivo, propiamente y plenamente positivo, al cual los intérpretes –especialmente las Cortes que interpretan disposiciones constitucionales de principio, de tipo “abierta”– deben enfrentarse. Si la descalificación de la “naturaleza *pura* de las cosas”, como fuente de normatividad ya ha sido teorizada mediante la distinción fundamental kelseniana entre *relación de causalidad* –con la que las ciencias naturales describen el propio objeto– y *principio de imputación* – con el que, en cambio, la ciencia del derecho describe el propio objeto –¹⁷, la cuestión de la “naturaleza *no pura* de las cosas” parece poder ofrecer instrumentos útiles, para el intérprete de las disposiciones constitucionales de principio, al objeto de evitar caer en la arbitrariedad.

Actualmente recoge un amplio consenso la afirmación según la cual el fundamento del derecho constitucional de nuestros días, un derecho constitucional “abierto”, “*doverebbe essere ricercato in qualche regione pre-positiva del diritto, nella quale molti elementi materiali possono confluire a formare una cultura della Costituzione essenziale, che condiziona la legittimità delle costituzioni scritte e delle loro interpretazioni*”¹⁸.

Las críticas que sufrieron muchos documentos normativos constitucionales tras la segunda guerra mundial, a causa de la indeterminación en sus enunciados¹⁹, se transformarían, en este horizonte cultural, en su misma fuerza: si “*la critica alle norme costituzionali indeterminate protegge l'integrità del diritto, in quanto diritto esclusivamente positivo, da “ingressi” di sostanza eterogenea e indesiderata*”²⁰, y si el “*«positivismo della Costituzione» rifiuta come contraddittoria l'idea che la Costituzione possa essere vincolata a qualcosa di diverso da*

¹⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, pp. 207-211.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 398.

¹⁹ Para la Constitución italiana, especialmente véase M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982, spec. cap. 1.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 387.

sé e di superiore"²¹, el constitucionalismo moderno, por el contrario, busca "ciò che è davvero fondamentale" no en lo que está "posto", sino en lo que está "pre-supposto", ya que "i grandi problemi del diritto non stanno mai nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi, nelle decisioni dei giudici o in altre simili espressioni di "diritto positivo" con le quali i giuristi hanno a che fare, né mai li hanno trovato la loro soluzione. I giuristi sanno bene che la radice delle loro comuni credenze e certezze, come anche dei loro dubbi e dei loro contrasti, è sempre altrove. Per chiarire ciò che davvero li unisce e li divide, occorre scendere più a fondo o, è lo stesso, salire più in alto, in ciò che non è espresso"²².

Sin embargo, tendríamos que aclarar la definición «*altrove*», de esta «*regione pre-positiva*».

Como se ha mencionado, en el lenguaje estipulativo de la cultura jurídica, la argumentación de la "naturaleza de las cosas" no se refiere sólo, en sentido metafísico, a los contenidos que durante siglos han pertenecido al derecho natural, sino que se refiere también a significados sedimentados en los contextos histórico-sociales concretos. El mismo Zagrebelsky, cuando intenta enumerar los contenidos de "questo strato di diritto costituzionale posto al di là della sovranità statale", que nos lleva a la noción de "supra-costituzionalità", sostiene que dicha noción, "controversa, eterogenea", sería el resultado "da principi di ius gentium (il diritto internazionale non pattizio), da convenzioni internazionali multilaterali, dalla partecipazione degli stati a organizzazioni sopranazionali, da principi proclamati intangibili dalle stesse costituzioni nazionali, da principi del cosiddetto "diritto umanitario", da motivi di giustizia iscritti nel diritto naturale etc."²³. Y además: "le Costituzioni rispecchiano l' "ordine naturale" storico-concreto delle società politiche secolarizzate e pluralistiche, nelle quali non si potrebbe riproporre un diritto naturale a fondamento né teologico né razionalista"²⁴.

²¹ *Ibidem*, pp. 398-399.

²² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 3.

²³ *ID.*, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 398.

²⁴ *ID.*, *Il diritto mite*, cit., p. 156. Y también: "la Costituzione non è diritto naturale ma, anzi, la manifestazione più alta di diritto positivo. Tuttavia, (...) il rapporto tra legge (compresa la legge costituzionale) e Costituzione si avvicina al rapporto tra la legge e il diritto naturale. Lo stile, il modo di argomentare "in diritto costituzionale" assomiglia infatti allo stile, al modo di argomentare "in diritto naturale", come sa chiunque abbia qualche dimestichezza con le grandi decisioni dei Tribunali costituzionali (...), poiché i suoi procedimenti, per quanto collegati al diritto vigente, non possono muoversi nell'universo chiuso delle regole giuridiche. Negli Stati costituzionali moderni, i principî morali del diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo. Le modalità argomentative del diritto costituzionale divengono così "aperte" nei confronti di discorsi metagiuridici, tanto più in quanto si dia valore ai principî della Costituzione" (p. 157). Y además: "In presenza di principî, la realtà esprime

Estas afirmaciones, y el análisis que sigue, demuestran cómo, a menudo, los dos empleos de la expresión –la “naturaleza pura” y la “naturaleza no pura” de las cosas– se mezclan y se confunden. Podríamos seguir discutiendo hasta el infinito sobre la definición exacta de “en otra parte” y “área pre-positiva”. Si bien la fórmula “naturaleza de las cosas” sigue siendo una fórmula muy ambigua, porque su empleo en el discurso científico oscila a menudo entre dos posibles significados –el ontológico y el histórico/sociológico/cultural– es necesario que aquellos que introduzcan en el discurso científico temas formulados de manera que podrían relacionarse con una “naturaleza de las cosas” tienen que “traducir” las razones de su propia doctrina comprensiva en razones políticas – y por lo tanto no razones dadas exclusivamente por doctrinas comprensivas – que sostengan lo que se quiere decir basándose en doctrinas comprensivas de referencia²⁵. De no ser así entraríamos en un proceso sobre intenciones.

Todo ello, se refiere, lógicamente, al discurso científico. En cambio, por lo que se refiere al discurso en el foro público – sin contar el experimento de una “conversión” – el principio pluralista obliga a los “ciudadanos seculares” a no considerar las expresiones religiosas como tomas de posición prejuicialmente irracionales²⁶.

3. LAS TRES CONCEPCIONES (DEL FUNDAMENTO) DE LOS DERECHOS

Por lo que se refiere a los temas con relevancia ética, por otro lado, cabe destacar una curiosa paradoja: aquellos que emplean la expresión *derechos* para calificar pretensiones subjetivas que actualmente no están reconocidas en un cierto ordenamiento jurídico – el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Italia,

valori e il diritto vale come se vigesse un diritto naturale” (p. 162). Sobre la necesidad de sustituir el concepto de “naturaleza” por el de “giustizia” o “rifiuto dell’ingiustizia”, véase también G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 49.

²⁵ J. RAWLS, “Un riesame dell’idea di ragion pubblica” (1997), en ID., *The laws of peoples with The idea of public reason revisited*. Sobre la “reserva de traducción” de las razones religiosas en razones seculares, véase también J. HABERMAS, “Contro il disfattismo della ragione moderna. Per un nuovo patto tra fede e ragione”, trad. it. de L. Ceppa, *Teoria Politica*, vol. XXIII, núm. 1, 2007, pp. 5-10.

En tema M. PIRAS, “Il ruolo pubblico della religione: spazi e limiti”, *Teoria Politica*, vol. XXIII, núm. 2, 2007, pp. 47-63.

²⁶ J. HABERMAS, “Contro il disfattismo della ragione moderna. Per un nuovo patto tra fede e ragione”, cit., p. 10.

por ejemplo – acusan el recurso a temas iusnaturalistas contra aquellos que se oponen a dicho reconocimiento. Sin embargo, a falta de una norma que tenga en cuenta y discipline dicha petición, es evidente que el fundamento de validez se encuentra en una presunta cualidad metafísica, ontológica, que el ser humano posee como tal. Los detractores de la apelación a la “naturaleza” como argumento para sostener convicciones éticas, al final, parece que no saben/ pueden fundar sobre otra cosa que no sea la “naturaleza”, es decir, el fundamento de (presuntos) *derechos* (especialmente civiles). En Italia, ejemplo de ello es la apelación a la necesidad de reconocer el matrimonio para gay y lesbianas: si la tesis sostenida, por un lado, es que «*richiamarsi alla natura, in questo caso, non è rilevante*», ya que «*nel contesto liberale, ciò che è meritevole di protezione e tutela sono gli interessi e le scelte degli individui*», por otro lado, nos preguntamos, cuál es el fundamento de la pretensión de calificar dichos intereses como «derechos» – a falta de una norma que los trate y discipline explícitamente –, sino presuntas cualidades metafísicas de los sujetos que los invocan. Teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico tiene que garantizar todos los instrumentos necesarios para que estas “pretensiones de hecho” sean reconocidas, en una legítima y pacífica lucha política, ¿sobre qué podemos fundar la pretensión de cada uno de que se nos reconozcan “*quei diritti [che] corrispondono agli interessi e al benessere concreto di individui che meritano di essere trattati con eguale considerazione e rispetto*”²⁷? ¿Cómo distinguir, en base a este razonamiento, la pretensión de gay y lesbianas de poder casarse, de la petición de aquellos que desean celebrar un matrimonio polígamo (lógicamente con el consentimiento de todos los interesados)? ¿No deberían gozar también estos del mismo mérito?²⁸ Pero, en base a esta argumentación, cualquier pretensión debería ser reconocida *ipso facto* como *derecho*.

Estas breves consideraciones denotan sólo un síntoma de la gran “mutación” que la reflexión psicoanalítica, iniciada por Jacques Lacan y seguida especialmente por la *Association Lacanienne Internationale*, ha sacado a la luz en relación con las sociedades actuales: sosteniendo la hipótesis que en los últimos treinta años, en todas las sociedades occidentales, ha tenido lugar una mutación

²⁷ S. POLLO, *La morale della natura*, cit., p. 132. Véase también C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, Milano, 2012.

²⁸ ...y a esto llega, de hecho, la propuesta de la filósofa E. BRAKE, *Minimizing Marriage. Marriage, Morality, and the Law*, Oxford U. P., Oxford, 2012, es decir “minimizar el matrimonio”, incluso desde el punto de vista legal, al objeto de incluir en el correspondiente concepto/instituto (y ampliar la correspondiente disciplina), las más dispares especies de relaciones: todas aquellas que podrían incluirse en una definición general de tipo: relación entre dos o más personas para una mutua asistencia.

en la economía psíquica de los sujetos tan profunda que ha comportado una discontinuidad con el *humus* humano representado en la historia de nuestra civilización. Según esta reflexión, por la cual, siguiendo la doctrina freudiana, no existe solución de continuidad entre psicología individual y psicología social, la «nueva economía psíquica», típica de la época *hiper moderna*, estaría caracterizada por el paso de una cultura fundada en la eliminación de los deseos, en las neurosis, a otra que aconseja, al contrario, su libre e ilimitada expresión, hasta promover aquello que en el lenguaje del psicoanálisis se denomina *perversión*. Sobre ello, se ha escrito que “*la grande filosofia morale di oggi consiste nel fatto che ogni essere umano dovrebbe trovare nel suo ambiente ciò di cui soddisfarsi, pienamente. E, se così non succede, è uno scandalo, un deficit, un dolo, un danno. Così, dal momento in cui qualcuno esprime una qualsiasi rivendicazione, ha il legittimo diritto – e la legislazione, se è in difetto, viene rapidamente modificata – di veder soddisfatta la sua rivendicazione (...). E questo lo si nota in tutti i campi (...). Perché, del resto, non dovremmo avere il diritto di trovare nel nostro ambiente ciò che può soddisfarci, quali che siano i costumi? Se una coppia omosessuale desidera sposarsi, a che titolo opporsi? Se un transessuale chiede di cambiare identità, a quale autorità fare riferimento per rifiutarlo? O se una sessantenne vuole avere un bambino, in nome di cosa respingerla? Nella situazione attuale, non appena c’è un’aspettativa di questo genere essa diviene legittima, e diviene legittimo che trovi soddisfazione*”²⁹. En otras palabras, ante nuevas posibilidades de goce, impera la pregunta: ¿por qué no?

Para intentar ordenar las distintas maneras de argumentar, en el ámbito de (fundamento de) los derechos, hay que clasificar los tres modelos con los cuales se sostiene la validez de un *derecho* en el discurso público.

El primero, y el más riguroso, pero también el menos apreciado actualmente en los debates, tanto a nivel científico como político, es el que concibe los derechos fundamentales como el reflejo de un orden del estado, y que, por lo tanto, reconoce como derechos sólo las pretensiones positivamente fundadas.

²⁹ C. MELMAN, *L’Homme sans gravité. Jouir à tout prix*, Éditions Denoël, 2002, trad. it., *L’uomo senza gravità. Conversazioni con Jean-Pierre Lebrun*, Bruno Mondadori, Milano, 2010, p. 24; del mismo A. v. *La nouvelle économie psychique. La façon de penser et de jouir aujourd’hui*, érès, Toulouse, 2009. En el mismo sentido véase M. FIUMANÒ, *L’inconscio è il sociale. Desiderio e godimento nella contemporaneità*, Bruno Mondadori, Milano, 2010; M. RECALCATI, *L’uomo senza inconscio. Figure della nuova clinica psicoanalitica*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2010; ID., *Cosa resta del padre? La paternità nell’epoca ipermoderna*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2011.

En relación con el tema M. DOGLIANI, “Introduzione” a T. MANN, *La legge*, Baldini&Castoldi, Milano, 1997; ID., “Cittadino: un modello culturale superato?”, *Questione Giustizia*, núm. 3-4, 2011, pp. 19-27.

Sólo al objeto de relacionar este esquema general con algunas líneas de pensamiento, incluso lejanas en el tiempo, podríamos decir, de forma sintética, que este primer modelo encuentra sus raíces en Pufendorf, en la filosofía política de autores jacobinos, en Bentham, en Jellinek, hasta llegar, naturalmente, a la doctrina pura del derecho de Kelsen.

El motivo principal que explicaría el descrédito ante este tipo de modelo reside en la opinión según la cual el constitucionalismo por principios- o por valores- sería incompatible con el positivismo jurídico.

La concepción del derecho según la cual el fundamento de validez de una norma puede ser sólo otra norma, y no un hecho, ni un valor, ni un contenido material, actualmente está sometida a fuertes críticas, pero sus puntos de fuerza son innegables y, hasta ahora, inmejorables, especialmente en las sociedades tan divididas como en las que vivimos.

Los puntos de fuerza de esta tradición son la separación entre derecho y religiones y la separación entre derecho y morales.

Hay que aclarar esta afirmación básica: esta no significa que la elaboración del derecho no está influida por las fes religiosas, por las concepciones morales, por las ideologías políticas, etc.: de hecho, ¿de dónde podrían derivar los contenidos materiales de las reglas que se adoptan a través de las normas en la producción del derecho? ¿De dónde podría sacar su propia esencia, su propia alma el derecho? Dicha afirmación, en cambio, significa que - y este es el punto central - la forma de legitimación fundamental del derecho en las sociedades pluralistas y, como tales, conflictivas (divididas en muchas fes, concepciones morales, ideologías, etc.) es -desde el punto de vista sociológico- la legitimación legal-racional, y -desde el punto de vista jurídico- la legitimación formal.

La legitimación legal-racional del derecho es aquella por la que los ciudadanos creen que el derecho tiene que ser respetado porque consiste en un conjunto de reglas públicas ciertas que rigen el empleo de la fuerza, y que, por lo tanto (al ser conocidas) permiten a los ciudadanos controlar sus propios comportamientos sabiendo cuáles de ellos son prohibidos y cuales, al contrario, son libres. El derecho, al vincular los actos de ejercicio del poder a las reglas (es decir, haciéndolos legales) los hace al mismo tiempo previsibles (es decir, calculables mediante la razón).

La legitimación legal-racional existe todavía, incluso en el estado constitucional (regido por los "valores de la constitución") porque permite que la legitimación del derecho (y por lo tanto de la Constitución) no dependa de la conformidad del derecho a cualquier religión o a cualquier moral.

Las posiciones críticas prevalentes, en las cuales se desarrolla la crítica antipositivista se encuentran en cualquier rama del derecho, pero adquieren una fuerza y significado peculiares en el derecho constitucional, por la naturaleza de su objeto: *desde el principio*, el derecho constitucional se presenta como incompatible con las categorías del formalismo jurídico, por las características de las disposiciones constitucionales, que en su mayoría se expresan con fórmulas léxicas muy subdeterminadas: *"in ogni prospettiva non positivistica, l'indeterminatezza delle formule e dei concetti non è un difetto ma una necessità (...). La pretesa di "trattare" positivisticamente il materiale costituzionale rappresentato dai suoi principî di giustizia (tra i quali i diritti fondamentali) è insostenibile e comporta veri e propri abusi concettuali, come quello compiuto da chi pensa che i principî costituzionali siano facilmente riducibili a norma della stessa natura delle regole positivistiche. Ma ciò non è possibile, non solo per la loro diversa struttura espressiva (norme senza fattispecie), ma anche per la diversa natura del loro contenuto, spesso semplice allusione a grandi concezioni della vita collettiva che trova la propria sostanza nell'esperienza storica e nel riconoscimento attuale del suo valore. Non si è riflettuto a sufficienza (...) sulle trasformazioni categoriali del diritto che la presenza dei principî costituzionali ha comportato. Non si è colto appieno il significato del "diritto per principî" (invece che per regole) che domina il nostro tempo. Si è rimosso il tema. Forse, sulla base di un presupposto nesso inscindibile tra positivismo giuridico e democrazia, si è temuto un ambiguo ritorno a tematiche giusnaturalistiche. L'inclusione nel diritto dei contenuti di giustizia per il tramite delle norme costituzionali di principio valorizza certamente il ruolo della giurisprudenza. Si potrà vedere in questa rimozione una manifestazione dell'antica avversione per il ruolo creativo della giurisprudenza: un'avversione, invero, per la quale è facile trovare mille e fondati argomenti. Si può temere un "pensiero elitario" che trama per insidiare i meccanismi della rappresentanza politica che producono la legge e per sostituire a essi commissioni di tecnici irresponsabili, i giudici. Ma non si può non vedere che la crisi della legge è nelle cose di ogni giorno e che il principio elettorale-rappresentativo non riesce a sostenere l'immenso peso del reggimento normativo della vita sociale e anche, soprattutto, a impersonare integralmente le pretese di legittimità delle società attuali, che sono pretese di giustizia costituzionale materiale"*³⁰.

³⁰ Ver G. ZAGREBELSKY, "Introduzione", en R. ALEXANDER, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Karl Alber GmbH, Freiburg im Breisgau, München, 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. XIII y pp. XX-XXI.

Como se sabe, la reconstrucción de las normas constitucionales de principio como normas de circunstancias objetivas abiertas o, incluso, como normas sin circunstancias objetivas, en contraposición con las reglas, ha sido difundida en la doctrina por R. DWORKIN, *Taking*

Sin embargo, si nos negamos a reconocer que el fundamento de la validez de una norma puede ser sólo otra norma, nos queda sólo una posibilidad para argumentar dicho fundamento de validez: si la validez de una norma no está fundada en otra norma, se tiene que fundar en un hecho, en un contenido material, en una pretensión de justicia natural. La existencia de esta pretensión, a su vez, se puede argumentar sólo de dos maneras, *tertium non datur*: con la anteriormente denominada “naturaleza pura”, o bien con la denominada “naturaleza no pura”.

Como hemos visto, el primero es, en el fondo, el modelo más difundido actualmente, aunque aquellos que lo emplean no admitirían nunca ser iusnaturalistas: esto se resuelve fundando los derechos como cualidades metafísicas del sujeto que las posee, como sus potencialidades humanas, independientemente de reconocimientos normativos positivos. Según este modelo, los derechos del hombre consisten en pretensiones que competen a cada uno como ser humano, independientemente del hecho que forme parte de una sociedad histórico-concreta y de un ordenamiento jurídico positivo. En otras palabras, este modelo lo emplean aquellos que establecen el fundamento de validez de los derechos (especialmente civiles) en el derecho implícito, natural, a la autodeterminación, que permite –mediante recurso a las cortes, actualmente sobre todo aquellas supranacionales– demoler las listas de reconocimientos positivos, al objeto de otorgar a las pretensiones de hecho (incluso legítimas) de algunas categorías de sujetos un aspecto jurídico de derechos fundamentales, independientemente de cualquier apoyo a enunciados normativos³¹.

Aunque parezca ser el modelo más difundido actualmente para argumentar el fundamento de los derechos, a partir de una legitimación de tipo “sustancialista”, no es el único. El segundo modelo es el que se refiere a una “naturaleza no pura” de las cosas: lo emplean aquellos que consideran normativos los datos histórico/sociales/culturales, y que, revalorizando el principio de *tradición*, además de los presupuestos del derecho escrito, conciben los derechos fundamentales como el reflejo de un orden histórico y sociopolítico concreto.

Rights Seriously, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982, spec. pp. 90 ss. Sobre la distinción entre reglas y principios, la biografía es muy amplia y resulta difícil establecer referencias.

³¹ M. DOGLIANI, “I diritti fondamentali”, en M. FIORAVANTI (editado por), *Il valore della Costituzione. L’esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 41 ss.

También en este caso, sólo para identificar este esquema general con algunas líneas de pensamiento, podemos citar Burke, Stuart Mill, Laski, Heller y los autores neoinstitucionalistas.

Estos dos modelos, que podríamos denominar “sustancialistas”, instauran una relación opuesta con el principio de *tradición*. Pero hay que especificar, para tomar en serio, desde el punto de vista del derecho constitucional, los temas a los cuales recurren las distintas reconstrucciones, y para no caer en posiciones ideológicas, que la *tradición* a la que nos referimos no es una fe religiosa concreta, sino que se podría definir, de forma laica, desde el punto de vista del modelo al que recurrimos, como orden no planificado racionalmente por el individuo, pero que es el resultado del entrelazamiento complejo de sus comportamientos heredados, sedimentados, según una evolución espontánea, a lo largo de las generaciones.

Si para aquellos que fundamentan los derechos en cualidades metafísicas del sujeto, la tradición es algo negativo, oprimente, de lo que hay que librarse mediante el reconocimiento de los *derechos*, para aquellos que conciben los derechos fundamentales como el reflejo de un orden histórico y socio-político concreto, la tradición es, en cambio, un sinónimo de seguridad contra la complejidad infinita de la condición humana y de la convivencia social. Utilizando palabras de Burke, la tradición es sinónimo de seguridad contra la “*profonda impressione dell’ignoranza e della fallibilità umana*”³². Por lo tanto, según este modelo, hay que apegarse a la tradición, como un naufrago lo haría a una balsa en pleno temporal, de la complejidad infinita en la que el hombre vive. La adaptación molecular, lenta, prudente, preventiva, es la respuesta de este modelo a las nuevas exigencias que se van presentando a los hombres y a su vida en común.

Por el contrario, para aquellos que fundamentan los derechos en las cualidades metafísicas del sujeto, la tradición es la causa de discriminaciones acumuladas con el pasar del tiempo, fruto de prejuicios de los que hay que librarse. El derecho es el instrumento que elimina artificialmente los tabúes acumulados por una tradición oprimente y discriminatoria. Al igual que para los ilustrados, según los cuales las condiciones, fruto de la fe, del tiempo y de las costumbres, en las cuales vivían los hombres, eran *innaturales* y había que sustituirlas por ideales uniformes expresamente diseñados, hay que correr

³² E. BURKE, “Riflessioni sulla rivoluzione francese” (1790), trad. it., en ID., *Scritti politici*, UTET, Torino, 1963, p. 442.

un velo ante la ignorancia impuesta por la tradición para librar finalmente a los hombres y llevarlos a su condición *natural*.

En este modelo, los derechos del hombre en cuestión se fundan directamente en la ley natural: ésta, sin embargo, no se limita a poner las bases para su propia superación en un ordenamiento civil (como ocurre en el modelo hobbesiano y sucesivamente en la interpretación que el jacobinismo hizo de este, en el cual la ley natural no se aplica a sí misma, sino que establece las condiciones para que la ley positiva sustituya la libertad natural del hombre por la libertad civil), sino que pretende perpetuarse también contra el ordenamiento civil.

Esta posición se basa en la intención de hacer valer, incluso contra el ordenamiento positivo, las pretensiones subjetivas de aquellos que invocan la ley natural como si, además del ordenamiento positivo, existiera otro ordenamiento natural que las normas positivas tienen que limitarse a reflejar. Pero, desde este punto de vista, cualquier pretensión de hecho invocada se convierte, automáticamente, en derecho subjetivo fundamental, sin que se pueda comprobar empíricamente la existencia de una presunta ley natural que la fundamente.

El recurso a la naturaleza como *habitus* es, por lo tanto, el instrumento con el cual argumentan todos aquellos que, respondiendo a una necesidad de seguridad, la hacen derivar en un deber de prudencia, sobre todo a la hora de tratar las cosas “últimas”, de la vida y de la muerte. Estos recurren al principio de “precaución”, empleado originalmente en el ámbito de las ciencias naturales por los movimientos ambientalistas y ecologistas³³, y sucesivamente extendido al ámbito de las ciencias sociales, con el paso de la sociedad industrial a la sociedad del riesgo³⁴, confiando en una sabiduría intrínseca del orden natural/social en el que los hombres viven, y que hay que respetar para evitar el riesgo de daños y catástrofes para la humanidad: “*esistono, in natura, limiti oltre i quali solo l'uomo osa avventurarsi. La nozione di transgene illustra questa trasgressione finanche sul piano etimologico. Infatti, al di là delle leggi*

³³ A partir de la primera conferencia mundial de los jefes de estado, sobre el medio ambiente, que tuvo lugar en Río de Janeiro en 1992 (véase principio 15 de la Convención cuadro de las Naciones Unidas sobre el cambio climático: “*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*”).

³⁴ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

immemorabili della natura, al di là di ogni prudenza, al di là – come oggi si dice – di ogni “precauzione”, l’ideologia della mescolanza senza limiti va contro tutta la tradizione occidentale. Che si tratti dell’ardire di Prometeo nella mitologia greca o della cacciata dal paradiso terrestre descrita nel libro della Genesi, il monito è sempre lo stesso: non oltrepassare il confine, altrimenti rischierete di pentirvene. Prometeo si è visto condannare ad avere il fegato divorato da un’aquila, mentre la coppia originaria della Biblia ha dovuto adattarsi ai rovi e alle spine. Mai, ne converrete, la lezione dei grandi miti fondatori è stata più attuale. Mai monito è stato più ardente, più pressante. Ma chi medita ancora sulla saggezza degli antichi? Il senso profundo dei loro insegnamenti non figura nei programmi delle nostre scuole, e neanche nelle nostre università, anzi, li abbiamo del tutto dimenticati!”³⁵.

El tema de la prudencia empleado por los ambientalistas se justifica con la argumentación de que el proceso de la selección natural produce beneficios. Esta idea, la expresó muy bien Barry Commoner, que, enunciando su “tercera ley de la ecología”, afirmó que la naturaleza es la única que sabe lo que hace: cualquier ser vivo posee, tras de sí, de dos a tres mil millones de años de investigación y desarrollo. Durante este período han nacido un número increíble de seres vivos y todos han ofrecido la posibilidad de experimentar la conveniencia de algunos cambios genéticos casuales. Si la mutación daña o altera la posibilidad de supervivencia física del organismo, probablemente lo matará antes de que el cambio se pueda transmitir a las generaciones futuras. De esta forma, los seres vivos acumulan una compleja organización de partes compatibles; las que no resultan compatibles con las necesidades globales del organismo se eliminan a lo largo de la evolución. Por lo que, puede ser que la estructura de un ser vivo y la organización de un ecosistema natural sean, hoy en día, “los mejores”, en el sentido que son el producto de una rigurosa selección a cargo de las combinaciones perjudiciales, y que, por lo tanto, cualquier “solución” nueva resulte peor que la ya existente³⁶.

Estas premisas las podemos relacionar con la teorización, por parte de Hans Jonas, de una “heurística del miedo”, que conduciría a la elaboración de una ética de la responsabilidad que identifica en la existencia de la humanidad el deber principal a llevar a cabo: el hombre no puede conocer todo

³⁵ J. M. PELT, *Plantes et aliments transgéniques*, Fayard, Paris, 1998, trad. it., *L’orto di Frankenstein. Cibi e piante transgenici*, Feltrinelli, Milano, 2000, pp. 33-34. Véase además J. TURNEY, *Frankenstein’s Footsteps. Science, Genetics and Popular Culture*, Yale U. P., New Haven, 1998.

³⁶ B. COMMONER, *The Closing Circle. Nature, Man and Technology*, Knopf, New York, 1971.

sobre sí mismo; la ignorancia en relación con las cosas “últimas” es, sin embargo, positiva, y no hay que interpretarla como una carencia de inteligencia humana, sino más bien como una obligación a no entrometerse en el profundo misterio que representa el hombre. La vida encierra en sí misma la propia sacralidad, que requiere el máximo respeto. Los beneficios intencionales inmediatos no se pueden separar de los imprevisibles efectos dañosos sucesivos e involuntarios³⁷.

Los beneficios que obtienen los hombres gracias a su capacidad de acumular conocimientos a través del reconocimiento y la memoria de regularidad que la experiencia pone ante ellos, son enormes, ya que evitan que tengan que aprender siempre de la experiencia, y así poder anticipar el comportamiento de los demás seres humanos, mediante una «psicología ingenua»³⁸, o de los objetos físicos, mediante una «física ingenua»³⁹.

La idea básica es que hay, por lo tanto, una sabia selección, no sólo de las cosas naturales, sino también de las cosas sociales.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional, el significado histórico de la “naturaleza *no pura* de las cosas” al que me refiero atribuye un valor normativo a los datos histórico/ sociales/ culturales sedimentados desde tiempo remoto, que nos recuerdan a los “principios éticos del derecho” descritos por Herman Heller: *“I princìpi etici del diritto legittimati dalla società, e spesso non autorizzati per nulla dallo Stato legislatore, talvolta perfino esplicitamente rigettati, hanno invece importanza fondamentale per l'esistenza della costituzione statale, in parte con funzione costitutiva, in parte solo con funzione ausiliaria. Caratterizzati da un'insufficiente concretizzazione, non possono trovare applicazione come norme giurisdizionali dirette di decisione: essi sono tuttavia indispensabili nella costituzione giuridica dello Stato come norme sociali strutturali e regole interpretative per la decisione giudiziaria. La loro validità è in parte aprioristica e generale e in gran parte, invece, storicamente mutevole e condizionata dai differenti climi culturali. Il legislatore, solitamente, ne riconosce la centralità per la costituzione indicandone due forme: una materiale, che formula il contenuto dei princìpi giuridici, e una formale. La seconda parte della costituzione weimariana, al pari dei cataloghi dei diritti fondamentali della maggior parte delle costituzioni scritte, contiene ad esempio un gran*

³⁷ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1979; ID., *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis der Prinzip Verantwortung*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1985.

³⁸ C. MEINI, *Psicologia ingenua. Una teoria evolutiva*, McGraw-Hill, Milano, 2001.

³⁹ P. BOZZI, *Fisica ingenua. Studi di psicologia della percezione*, Garzanti, Milano, 1990.

numero di rinvii materiali a princìpi etici del diritto”. Y el ejemplo que Heller propone se refiere, en concreto, a la familia: “Quando ad esempio gli artt. 119 e 120 della costituzione weimariana formulano il principio del matrimonio monogamico e quello dell’educazione familiare della prole, non si è ottenuta con ciò una norma giuridica positiva che possa essere utilizzata dal giudice come base per una decisione: questa formulazione contiene qualcosa di più e di diverso dalla semplice astrazione da norme giuridiche valide ed è più che una semplice direttiva per il legislatore futuro. In realtà i princìpi giuridici formulati qui sono anche le sole norme conosciute dalla stragrande maggioranza dei soggetti giuridici e le uniche ad essere vive nella loro immaginazione, mentre le numerose decisioni giurisprudenziali sul matrimonio e la famiglia, concretizzate nel diritto di famiglia del codice civile sono loro ignote e, per quanto li riguarda, possono restare inapplicate, fin quando essi non si trovano dinanzi al giudice. Concretamente, dunque, non sono queste norme giuridiche positive, ma i princìpi giuridici generali quelli che contribuiscono ad assicurare le coordinate della realtà sociale (...). Se non si impiegano princìpi giuridici anche lì dove il legislatore non rinvia espressamente ad essi non può venire compresa né interpretata, né applicata la maggior parte delle norme costituzionali positive. Il diritto nella sua interezza non è mai racchiuso nel testo delle norme giuridiche positive. Come struttura di senso meramente normativa, senza riguardo alla normalità sociale valutata con criteri positivi, la costituzione dice sempre troppo poco. La maggior parte delle sue norme giuridiche, e soprattutto le più importanti, diventano fruibili solo in connessione con i princìpi giuridici che fondano concettualmente la struttura sociale”⁴⁰.

Este modelo “sustancialista” nos parece muy fructífero: de hecho, si no queremos que en un ordenamiento jurídico pluralista y conflictual la obediencia a sus dictámenes dependa (sólo) de la puesta en común de determinados contenidos materiales, llegamos a la conclusión, según Pascal, que “*chi obbedisce [a las leyes] perché le crede giuste, obbedisce alla giustizia che egli si immagina, non all’essenza della legge: essa è tutta raccolta in se medesima; è legge, e nient’altro. Chi voglia esaminarne il fondamento, scoprirà che esso è talmente debole e futile che, se non è avvezzo a contemplare i prodigi dell’umana immaginazione, stupirà che il tempo abbia potuto procurargli tanto lustro e rispetto. L’arte di far la fronda, di sovvertire gli Stati, sta nello scuotere le consuetudini vigenti, scandagliandole sin nella loro fonte, per mostrare che mancano di autorità e di giustizia (...). Bisogna che il popolo non si avveda della verità dell’usurpazione: è stata compiuta in passato*

⁴⁰ H. HELLER, *Staatslehre* (1934), trad. it., *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pp. 394-395.

senza ragione, è diventata ragionevole. Bisogna che sia considerata autentica, eterna, e ne resti celata l'origine, se non voglia che abbia fine"⁴¹. De ahí la necesidad de reevaluar el papel de la historia, de la sedimentación de las costumbres, del proceso acumulativo que se llevó a cabo en el pasado.

4. ARCHIVIO DI DIRITTO E STORIA COSTITUZIONALI: UNA REVISTA QUE INVITA A RECONOCER LAS CIENCIAS DEL DERECHO COMO CIENCIAS VINCULADAS A TEXTOS

Como podemos intuir fácilmente, los discursos llevados a cabo hasta ahora, se basan sobre un tema que constituye un punto clásico en el estudio del derecho constitucional: se trata de la relación entre *derecho político* y *derecho jurisprudencial* en la tutela de los derechos constitucionales.

Para poner a prueba los complejos problemas anteriormente mencionados, se ha activado recientemente un proyecto de investigación que se está desarrollando en el ámbito de una revista telemática, dirigida por Mario Dogliani y por Mario G. Losano: *l'Archivio di diritto e storia costituzionali*⁴².

El proyecto está compuesto de varias partes, que corresponden a varias secciones de la revista: todas ellas tienen como denominador común el objetivo de ofrecer instrumentos útiles al objeto de reconocer las ciencias del derecho como ciencias vinculadas a textos.

No se puede negar que actualmente, el investigador del derecho, y del derecho constitucional en concreto, tiene que ejercer su labor en una situación de (cada vez más) desorientación e incertidumbre: las causas son muchas y sería imposible enumerarlas aquí. El proyecto que se presenta tiene como objetivo ofrecer una pequeña ayuda a la hora de dar una respuesta, finalmente,

⁴¹ B. PASCAL, *Pensées et Opuscules*, éd. Brunshvicg, Hachette, Paris, 1912, trad. it. *Pensieri*, Mondadori, Milano, 1982, 301, pp. 226-227, cit. en P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, Éditions du Seuil, 1997, trad. it., *Meditazioni pascaliane*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 100, que comenta: "Così, il solo fondamento della legge va cercato nella storia, che, precisamente, annichila ogni specie di fondamento. All'origine della legge non v'è altro che l'arbitrario (nel doppio senso del termine), la "verità dell'usurpazione", la violenza senza giustificazione. L'amnesia della genesi, che nasce dall'assuefazione al costume, dissimula ciò che si enuncia nella brutale tautologia "la legge è la legge e nient'altro". Chi vorrà "esaminarne il motivo", la ragion d'essere, e scandagliarla "sin nella sua fonte", cioè fondarla risalendo sino al primo cominciamento, a guisa dei filosofi, non scoprirà mai altro che questa sorta di principio di "sragione" sufficiente".

⁴² La revista *Archivio di diritto e storia costituzionali* se encuentra en el sitio www.dircost.unito.it.

a una gran necesidad de orden, sistematicidad y rigor conceptual. De ahí el interés por la historia constitucional (en la convicción que toda la historia del constitucionalismo moderno es la prosecución de una historia más antigua); por la historia de la legislación (entendida principalmente no como historia de los contenidos de la legislación en determinadas materias, sino como historia de las estructuras del sistema de las fuentes y, por lo tanto, de las relaciones subyacentes entre poderes); por aclarar los conceptos (conscientes de que los investigadores tienen que hacer frente a una bibliografía cada vez más amplia y dispersa); y, sobre todo, por la actividad interpretativa y por el análisis del lenguaje.

En base a estas premisas podemos presentar, concretamente, la sección de la revista *Tecniche interpretative della Corte costituzionale*.

En esta sección, se analiza la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, no con el objetivo de aprender y de resolver contenidos específicos, sino desde el punto de vista del análisis del lenguaje jurídico, con la convicción que éste sea una de las principales tareas de los investigadores del derecho y, sobre todo, que sea la única forma de control (científico) de la actividad interpretativa.

En la base de todo el proyecto, de hecho, existe un extremo acto de fe en la ciencia del derecho, que nos permite responder a la pregunta fundamental que está en el corazón de la justicia constitucional –*Quis custodiet ipsos custodes?*– recurriendo al papel fundamental de la comunidad científica.

Que el cognitivismo, como teoría de la interpretación, es engañoso, lo demostraron ya hace tiempo los estudios de Alf Ross, de Hans Kelsen y de Herbert L. A. Hart. Sin embargo, creemos que –como, “*dottrina morale*”⁴³– el cognitivismo puede seguir jugando un papel esencial en la ciencia jurídica, imponiendo que el intérprete se comporte “como si” fuera posible llegar a una correcta interpretación. De hecho, este imperativo, obliga al intérprete a operar de forma rigurosa utilizando los instrumentos interpretativos que la cultura jurídica ha ido perfeccionando, consciente de que, por lo menos por este lado, su labor puede ser sometida a control científico⁴⁴.

⁴³ M. DOGLIANI, punto “Interpretazione”, en S. CASSESE (a cargo de), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3187.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 3187. Dogliani se pregunta: “*il cognitivismo interpretativo è una teoria insostenibile o una dottrina (travestita da teoria) da (disvelare in quanto tale, ma da) continuare a prendere sul serio per il problema cui tenta di rispondere?*” (p. 3182). Y, lógicamente, el problema al que intenta responder «*sta nella pretesa di configurare la decisione giudiziaria sempre e solo come applicazione*

De hecho, dejando a un lado las versiones más radicales de las teóricas escépticas, para las que cualquier interpretación consiste siempre y sólo en una decisión, y que por lo tanto niegan cualquier eficacia relacionada con el derecho escrito y, al final, hacen coincidir todo el derecho con las decisiones de los jueces, podemos afirmar que la actividad del intérprete sigue estando todavía en el ámbito de una actividad cognitiva si el producto final de su actividad intelectual se encuentra dentro de las posibilidades que se pueden configurar abstractamente a través de la aplicación de reglas predeterminadas. Como explica la teoría que algunos definen ecléctica, *“dire che non esiste un solo significato equivale a dire che tutti gli enunciati hanno un significato (non indeterminato, ma) sottodeterminato: che presentano, cioè, una cornice determinabile di significati possibili. L’attività decisoria, o ascriviva, dell’interprete si svolge dunque una volta che egli abbia acquisito i risultati di una previa attività cognitiva, oggetto della quale è, appunto, il significato nella sua dimensione sottodeterminata, aperta a più determinazioni possibili. Il punto è molto importante giacché sottolinea come le regole linguistiche circoscrivano un’area di significati possibili, o tollerabili, che vincola – loro tramite – l’interprete”*⁴⁵.

En una época en la que se delega a los tribunales la solución de cuestiones relacionadas con la vida y la muerte, el riesgo de dejarse influir por la tiranía de los valores afecta a todos, los controlados y los controladores: el objetivo del proyecto consiste en analizar la jurisprudencia constitucional sin dejarse influir por las opciones de los valores personales.

Esto permite restablecer un papel al derecho escrito, producido por el órgano político representativo: *“ciò che conta, per il giurista positivo, è poter affermare che la legge scritta può – seppur in modo imperfetto e temporaneo – limitare la discrezionalità interpretativa; e che l’efficacia di tale limitazione dipende da quanto l’accuratezza linguistica riesca a contenere la sottodeterminazione”*⁴⁶.

El objetivo, a largo plazo, consiste en formar un *corpus* razonablemente amplio de jurisprudencia constitucional estructurada sobre la red de argumentos interpretativos, desarrollada para estos fines, para responder a la

di una volontà altrui (della volontà del rappresentante), e non come manifestazione della volontà del “piccolo uomo”, che fisicamente la pronuncia (...). E’ la pretesa di de-soggettivizzare l’applicazione del diritto che non può essere aggirata” (Ibidem, p. 3187).

⁴⁵ Ibidem, p. 3182. Sobre las teorías no cognitivistas véase M. BARBERIS, “Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise”, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cargo de), *Analisi e diritto*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 1 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, esp. pp. 407 ss. y la amplia bibliografía indicada.

⁴⁶ M. DOGLIANI, término “Interpretazione”, cit., p. 3182.

pregunta básica de si y en qué medida la actividad interpretativa de los jueces constitucionales se sigue basando aún en admisiones científicas.

Para responder a esta pregunta hemos elaborado un *software* que permite “gestionar” la jurisprudencia constitucional bajo el perfil que nos interesa: la actividad intelectual de archivo de las sentencias se lleva a cabo mediante dicho *software*, que, al combinar todos los datos suministrados por el archivador, permite formular una serie de observaciones críticas muy interesantes⁴⁷. Por ejemplo, permite evidenciar las relaciones existentes entre las estructuras lingüísticas utilizadas en la sentencia y determinadas técnicas de argumentación; permite destacar orientaciones en el empleo de ciertos argumentos interpretativos, detectando coincidencias o discordancias, tanto desde un punto de vista cronológico como desde un punto de vista material; permite observar eventuales caracteres propios del empleo de algunos parámetros constitucionales y, en primer lugar, descubrir si y cómo dichos parámetros están relacionados con el recurso a argumentos interpretativos específicos; permite poner a prueba hipótesis de conexión entre argumento interpretativo empleado y tipo de dispositivo; y además permite formular y poner a prueba la hipótesis sobre la naturaleza de los argumentos y sobre las modalidades de su empleo⁴⁸.

⁴⁷ El sistema SentNet empleado se explica en G. DAMELE, M. DOGLIANI, A. MASTROPAOLO, F. PALLANTE, D. RADICIONI, “On Legal Argumentation Techniques: Towards a Systematic Approach”, en M. A. BIASIOTTI, S. FARO (eds.), *From Information to Knowledge. On line access to legal information: methodologies, trends and perspectives*, IOS Press, Amsterdam, 2011, pp. 105 ss.

⁴⁸ Así, por ejemplo, se ha demostrado cómo, a diferencia de lo que se podría esperar de su empleo para interpretar las disposiciones constitucionales, el argumento originalista, o argumento psicológico (*recurso a la voluntad del legislador concreto*), no se emplea en la Corte para arraigar la Constitución al pasado, para fosilizar sus significados en el sentido de la voluntad de aquellos que la discutieron y la aprobaron, sino más bien para circunscribir dichos significados al objeto de que la inevitable evolución de la Constitución pueda depender de la voluntad política del legislador, en base a la consideración de que el texto constitucional vale por lo que dice, y no se puede forzar para dar cobertura a casos que no estuvieron nunca en la mente de los electores: corresponde al órgano de representación política responder a la presión de los nuevos casos que la contemporaneidad presenta, y lo que el constituyente no ha descrito no ha decidido (C. TRIPODINA, “L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali”, en F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cargo de), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania, 5 ottobre 2007*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 229 ss., y en www.dircost.unito.it).

Asimismo, como aclaración sobre la conocida sentencia n. 138 del 2010, en la que la Corte constitucional tuvo que decidir en materia de uniones homosexuales, se demostró cómo la Corte fundó su motivación creando sólo la ilusión de una relación entre su decisión funda-

En la sección *Tecniche interpretative della Corte costituzionale* encontramos la lista y la descripción de los argumentos interpretativos elaborados por una larga tradición cultural⁴⁹.

Las técnicas argumentativas han sido reelaboradas teniendo en cuenta la evolución del estilo argumentativo de la Corte constitucional, y se dividen en cuatro categorías:

1. Técnicas utilizadas para *extraer* la norma parámetro a través de la atribución de significados a los enunciados constitucionales y para *extraer* la norma objeto mediante la atribución de significados a enunciados de disposiciones previstas por las fuentes primarias.
2. Técnicas utilizadas no para *extraer* normas mediante la atribución de significados a enunciados, sino para *sostener* la decisión basada en normas anteriormente extraídas.
3. Técnicas utilizadas para *producir* la norma parámetro mediante la atribución – a través de balance/concretización – de significados específicos a enunciados constitucionales que contienen principios.
4. Técnicas utilizadas para *producir* la norma parámetro a través de juicios de razonabilidad que no valen para atribuir significados a enunciados constitucionales.

En base a estas técnicas argumentativas, las sentencias de la Corte constitucional se archivan destacando las frases lingüísticas a los que recurre la Corte y que son sintomáticas del empleo de un determinado argumento in-

mental y el aparato argumentativo al que recurrió formalmente: concretamente, ocultó el argumento de la “naturalidad de las cosas” mediante el recurso a una pluralidad de otros argumentos, y al argumento originalista en primer lugar (I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, “«Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010”, *Diritto Pubblico*, núm. 1-2., 2010, pp. 471 ss., y en *www.dircost.unito.it*).

⁵siguiendo el mismo método, ha leído y comentado la jurisprudencia constitucional en materia de tratamientos sanitarios obligatorios, V. MARCENÒ, “I trattamenti sanitari obbligatori nel circuito legislatore, corte costituzionale e giudici comuni: il ruolo della argomentazione nella risoluzione di un “caso difficile””, en M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cargo de), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 229 ss.

⁴⁹ Uno de los censos más completos (y utilizados en doctrina) de los argumentos retóricos utilizados por los operadores de la interpretación en el ámbito de nuestra cultura es, como sabemos, el de G. TARELLO, “L’interpretazione della legge”, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por A. CICU, F. MESSINEO, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1980, que hemos tomado como referencia a la hora de efectuar nuestro esquema. Véase por último, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit.

terpretativo. Las sentencias, una vez archivadas, se cargan en un soporte informático que el usuario puede consultar a través de un motor de búsqueda.

He utilizado⁵⁰ el instrumento telemático anteriormente descrito al objeto de poner a prueba el uso ambiguo del argumento de la “naturaleza de las cosas” en la jurisprudencia constitucional en la que el art. 29 de la Constitución italiana, en materia de familia y matrimonio, se toma como referencia como parámetro en los juicios de legitimidad constitucional⁵¹.

La tesis que pretendo demostrar es que el argumento de la “naturaleza de las cosas” se emplea normalmente de forma oculta, camuflada tras otros argumentos interpretativos, ya que no conviene su uso explícito en los ordenamientos modernos, donde impera la presunción de que las organizaciones jurídicas tienen que ser estructuradas en base a la preeminencia de procesos de formación voluntarios y finalizados, en lugar de espontáneos y casualmente determinados⁵².

La idea partió del análisis llevado a cabo en relación con la famosa sentencia n. 138 del 2010, en la que la Corte constitucional italiana se tuvo que pronunciar en mérito a la legitimidad constitucional de la disciplina del código que limita el recurso al instituto matrimonial para las parejas heterosexuales: en dicha ocasión, la Corte motivó su decisión fundamental – según la cual *“le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”* – creando la ilusión de la existencia de una relación entre la decisión y el aparato argumentativo utilizado.

⁵⁰ En I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla ‘natura delle cose’*. *Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l’art. 29 della Costituzione*, cit., pp. 77 ss.

⁵¹ El art. 29 de la Constitución italiana dice: 1. «La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio». 2. «El matrimonio se rige sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia». En esta materia específica, si bien es pacífico el reconocimiento que las fórmulas constitucionales se refieren, por lo general, a nociones extrajurídicas, que se han formado mediante la consolidación de la costumbre social, no es nada pacífico si actualmente dichas nociones tienen un significado normativo, o bien que sean un legado ideológico a superar frente al acoso de las demandas procedentes de la sociedad. En el primer sentido, véase E. LAMARQUE, término “Famiglia (dir. cost.)”, en S. CASSESE (a cargo de), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 2419 ss.; A. RUGGERI, “Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 4, 2007, pp. 751 ss.; en el segundo sentido, entre otros, véase M. MANETTI, “Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali”, in *www.rivistaaic*, 2010, n. 00, spec. p. 3.

⁵² G. TARELLO, “L’interpretazione della legge”, cit., p. 379.

En otra ocasión ya se había manifestado que dicha ilusión se había demostrado efímera: de hecho, si durante la primera lectura del texto de la motivación puede parecer que el pilar que sostiene la decisión fundamental es el argumento originalista, en realidad ésta se basa en otro argumento que la Corte no se atreve a explicitar: el argumento de la “naturaleza de las cosas” o del legislador impotente a la hora de socavar la tradición fosilizada desde antaño⁵³.

En base a este primer indicio, he ampliado el estudio a todas las sentencias de la Corte constitucional en las que se nombra el art. 29 de la Constitución, y he comprobado cómo efectivamente el argumento de la “naturaleza de las cosas” ha sido empleado de forma explícita en pocos casos, mientras que se utiliza más para fundar la producción de la norma parámetro a través de juicios de criterio, o bien disfrazado mediante frases lingüísticas que se refieren a otros argumentos interpretativos (especialmente el argumento sistemático conceptual/dogmático)⁵⁴

⁵³ I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, “«Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010”, cit., pp. 471 ss.

Sobre la cuestión de legitimidad constitucional decidida con la sentencia n. 138 del 2010, cfr. las contribuciones recopiladas en R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cargo de), *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. Atti del seminario svoltosi a Ferrara il 26 febbraio 2010, Giappichelli, Torino, 2010.

⁵⁴ Las sentencias de la Corte constitucional en las que el argumento de la “naturaleza de las cosas” está ocultado, disfrazado, superpuesto, por otros argumentos son: sent. n. 56 del 1958 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 101 del 1965 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 144 del 1967 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); n. 42 del 1972 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 3 del 1975 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 97 del 1979 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 153 del 1979 (*argumento de la coherencia horizontal: interlegislativo*); sent. n. 105 del 1980 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 30 del 1983 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 310 del 1989 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 158 del 1991 (*argumento a partir de los principios generales: analogía iuris*); sent. n. 179 del 1993 (*argumento sistemático conceptual/ dogmático*); sent. n. 352 del 2000 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 61 del 2006 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*); sent. n. 140 del 2009 (*argumento ab exemplo: referencia a los propios precedentes*).

Las sentencias en las que se ha empleado el argumento de la “naturaleza de las cosas” para fundar la producción de la norma parámetro mediante juicios de criterio son: sent. n. 64 del 1961 (*razonabilidad intersubjetiva*); sent. n. 49 del 1966 (*razonabilidad intersubjetiva*); sent. n. 71 del 1966 (*razonabilidad residual y razonabilidad intersubjetiva*); sent. n. 102 del 1967 (*razonabilidad instrumental*); sent. n. 143 del 1967 (*razonabilidad intersubjetiva*); sent. n. 126 del 1968

Sería superfluo explicar las razones por las cuales la investigación de campo se desarrolló en una materia que afecta y altera las convicciones más arraigadas, más íntimas, por las cuales los hombres estarían dispuestos a caer en las luchas más feroces.

5. OBSERVACIONES FINALES

En las páginas de “Il Sole 24 Ore” del 8 de julio de 2012, comentando el descubrimiento, por parte del CERN de Ginebra, del «bosón de Higgs» – que lleva el nombre del físico que hace cuarenta años intuyó su existencia, a través de un modelo histórico a menudo criticado por los científicos por su complejidad –, Carlo Rovelli concluyó escribiendo: *“La forza di un pensiero che riesce a prevedere intere classi di fenomeni naturali decine di anni prima di avere la tecnologia per osservarli è a mio parere una delle prove più belle dell’efficacia della ragione, ma soprattutto della sua difficile, mediata, ma non impossibile, relazione con il mondo reale. La scienza non è l’operazione di adattare il reale alle proprie categorie, come vuole la cattiva filosofia della scienza: è lo sforzo continuo di scovare e poi abituarsi a categorie nuove che si adattino al reale”*.

Lógicamente, para las ciencias sociales y para la ciencia jurídica, en concreto, las cosas cambian: el recurso a lo “real” como fuente de normatividad no sólo es impropio, sino que, en algunos casos hasta odioso. Lo “real” es normalmente el resultado de evaluaciones sociales, históricas, culturales y, por lo tanto, subjetivas, parciales, en las que no todos pueden y quieren identificarse.

Sin duda: la doctrina de la “naturaleza de las cosas”, que pretende obtener los requisitos generales y abstractos para toda la colectividad a partir de (presuntos) “hechos” puros, no encuentra espacio en los ordenamientos modernos, simplemente porque estos “hechos” no se rigen por leyes naturales parecidas a las que rigen el movimiento de los cuerpos celestes.

(razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 133 del 1970 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 201 del 1972 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 91 del 1973 (razonabilidad residual); sent. n. 87 del 1975 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 171 del 1976 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 153 del 1979 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 6 del 1980 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 45 del 1980 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 150 del 1994 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 8 del 1996 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 224 del 2005 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 138 del 2010 (razonabilidad intersubjetiva); sent. n. 285 del 2010 (razonabilidad intersubjetiva).

Por último, las sentencias en las que el uso del argumento de la “naturaleza de las cosas” es explícito son: sent. n. 161 del 1985 e sent. n. 625 del 1987.

Pero si historizar significa relativizar, como sostiene Pierre Bourdieu, tanto que históricamente, la historización fue una de las armas más eficaces de todas las batallas del *Aufklärung* contra el oscurantismo y el absolutismo y, en general, contra todas las formas de la absolutización o de la naturalización de los principios históricos, luego contingentes y arbitrarios, de un universo social particular, la razón puede ser universalizada en el estudio de los fundamentos históricos: paradójicamente, es quizás sometiendo la razón a la prueba de la historización más radical, destruyendo la ilusión del fundamento a través la revocación de la arbitrariedad del origen y la crítica histórica y sociológica de los instrumentos de la ciencia histórica y sociológica, que se puede esperar de arrancarla del arbitrio y de la relativización histórica. Y todo ello, intentando comprender cómo y bajo qué condiciones se pueden intuir en las cosas y en los cuerpos las reglas y las regularidades de juegos sociales, capaces de obligar a los impulsos e intereses egoístas a superarse en y a través del conflicto regulado.

Y, de hecho, nuestro ordenamiento está lleno de referencias –en su mayoría implícitas, dado que no sería conveniente nombrarlas explícitamente– sobre el tema naturalístico, en su versión “no pura”, histórica, y la jurisprudencia constitucional pronunciada en las materias éticamente sensibles es una pequeña prueba de ello.

Por las razones mencionadas ¿debemos (des)calificar inmediatamente dichas referencias como ideológicas, conservadoras, tradicionalistas, reaccionarias y, en la mejor de las hipótesis, como éticas, contrarias a la razón que pretende fundarse en sí, fuera de la historia?

Quizás exista una explicación más profunda del porqué actualmente se sigue recurriendo, aunque de forma oculta, a argumentos que, de alguna manera, subentienden una “impotencia del legislador” a la hora de estudiar hechos histórico-sociales sedimentados por una tradición de miles de años: es el deber de la prudencia ante las conquistas más universales de las anteriores luchas, que hace pesar sobre aquel que pretende alterar dicha tradición, la carga de la prueba de la bondad de dicha alteración, y no sobre aquel que tiene, por su parte, el argumento “porque así ha sido siempre”.

Dejar de lado la pretensión, por parte de la modernidad, de la ambición fundadora, y aceptar las cosas por lo que son, es decir, un resultado de la historia, recordar que todo es histórico –hasta las disposiciones cognitivas comunes que, a causa de los vínculos que las regularidades del mundo han pesado, por miles de años, sobre un ser vivo obligado a adaptarse a ellas

para sobrevivir, hacen que el mundo sea inmediatamente conocible– no significa, como a veces se dice de forma precipitada, profesar un reduccionismo historicista o sociológico. Significa simplemente negarse a sustituir el Dios creador de las verdades y de los valores por el Sujeto creador y otorgar a la historia y a la sociedad lo que ha sido atribuido a una transcendencia o a un sujeto trascendental⁵⁵.

En referencia al tema de la ampliación del matrimonio a la unión homosexual, se ha escrito que lo que cuenta es demostrar sólo que el art. 29 de la Constitución no provoque el efecto de impedir el reconocimiento de los derechos de *otras* formaciones respecto a la que se basa en la diferencia de género y en la función procreadora, es decir, que lo que cuenta es sólo comprobar que subsistan argumentos racionales (y no morales ni relacionados con la tradición) que justifiquen la situación normativa actual que niega a una pareja homosexual, no sólo casarse (y por lo tanto la posibilidad de beneficiarse del régimen típico de la familia) sino también un instituto jurídico equivalente (que pueda ser registrado y que garantice plenamente los derechos y deberes del matrimonio)⁵⁶.

Estas afirmaciones implican la validez de una norma general exclusiva en virtud de la cual cualquier persona puede pretender reivindicar sus derechos, revirtiendo la carga de la prueba mencionada. Pero ¿estamos seguros que, a parte de la carta del art. 29 de la Constitución, exista un vacío normativo? Y, sobre todo, ¿estamos seguros que el derecho no puede, o lo que es peor, no debe recurrir a argumentos éticos? Quizás bastaría con sacarlos a la luz, y no ocultarlos detrás de una presunta naturaleza objetiva. En el fondo, es sobre quien lleva a cabo actividades “peligrosas” que incumbe la carga de la prueba de «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño» (art. 2050 c.c.)!

Volver a los hechos, a los hechos histórico-sociales, no quiere decir transformar el trabajo del jurista en el de un físico o un biólogo⁵⁷, significa aceptar la idea de que si el jurista, sea cual sea el principio en el que se inspira, tiene el deber de establecer no lo que es sino lo que tiene que ser, y si lo que tiene

⁵⁵ P. BOURDIEU, *Meditazioni*, cit., p. 121.

⁵⁶ A. PUGIOTTO, “Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»”, en *www.forumcostituzionale.it* (2008), p. 2 y pp. 15-16. En esta misma dirección, A. PERA, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 124.

⁵⁷ N. BOBBIO, “La natura delle cose”, cit., p. 211.

que ser presupone un juicio de valor, un juicio de valor “è pur sempre un giudizio che non può essere empiricamente verificato, ma se mai soltanto giustificato con argomenti persuasivi. E l’argomento più consueto e più efficace per persuadere gli altri è mostrare che quel giudizio di valore è posto o condiviso in ultima istanza da persone, reali o immaginarie, investite di prestigio o di potere superiore, Dio, il legislatore, il giudice, la società, il popolo, i grandi giuristi, la tradizione, e nel caso limite, anche la propria coscienza”⁵⁸. Pero si un juicio de valor fue aprobado hace mucho tiempo, lo podemos derrumbar sólo con mucha prudencia.

ILENIA MASSA PINTO
Università di Torino
Dipartimento di Giurisprudenza
Campus Luigi Einaudi
Lungo Dora Siena, 100
D4 2° piano st.24
10153 Torino
e-mail: ilenia.massapinto@unito.it

⁵⁸ *Ibidem.*

LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

THE ROLES OF THE RIGHT OF ASSOCIATION IN THE SPANISH CONSTITUTIONAL REGIME

JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES
Universidad de Cádiz

Fecha de recepción: 30-12-12

Fecha de aceptación: 17-4-2013

Resumen: *Las novedades legislativas y jurisprudenciales surgidas en el periodo 2007-2013 sobre el derecho de asociación han permitido reconfigurar este derecho fundamental y, como consecuencia de ello, definir las funciones que desempeña en el régimen constitucional español: su función definitoria del régimen constitucional y su sistema de valores, la función del derecho de asociación en la fundamentación jurisprudencial de los derechos de las personas, la función normativa general del derecho de asociación como régimen común de otros derechos (particularmente, partidos políticos, sindicatos y fundaciones), su función instrumental como garantía subsidiaria de otros derechos, la función integradora del derecho de asociación de los extranjeros, el derecho autonómico sobre asociaciones, la función de integración supranacional y su función de representación institucional.*

Abstract: *The new legislation and jurisprudence appeared in the period 2007-2013 on the right of association have allowed reconfigure this fundamental right and define its roles in the Spanish constitutional system. On the basis of the dignity and the free development of the personality, this paper analyzes the status of the right of association and its ten roles since the political transition to today: its role in the constitutional value system, in the jurisprudential basis of the rights of individuals, the right of association as common regulatory of other rights (particularly, political parties, trade unions and foundations), the right of association and its instrumental function for other rights, the autonomic laws of association, and its roles in the European integration and in the institutional representation.*

Palabras clave: derecho de asociación, régimen constitucional español, jurisprudencia constitucional, derechos humanos, integración.
Keywords: right of association, Spanish constitutional regime, constitutional jurisprudence, human rights, integration.

1. INTRODUCCIÓN

En la historia constitucional europea, pocos derechos han recorrido una evolución tan progresiva y han alcanzado tantas funciones de relevancia pública y privada desde unos orígenes tan limitados –estuvo ausente en las primeras Declaraciones de Derechos–¹ como el derecho de asociación. De estar inicialmente prohibido, desacreditado y perseguido en el primer constitucionalismo europeo y norteamericano², el derecho de asociación evolucionó durante los siglos XIX y XX hasta su reconocimiento legal y constitucional para progresar posteriormente desde un asociacionismo reivindicativo a un asociacionismo cooperativo e incorporarse al selecto grupo de derechos fundamentales que cumplen funciones esenciales del ordenamiento jurídico³ y de los que son titulares, conforme a la reciente jurisprudencia constitucional de 2007, todas las personas, sean mayores o menores de edad, sean españoles o extranjeros, incluso los que se encuentran en situación de irregularidad⁴.

El carácter “fundamental” se predica del derecho de asociación y de la libertad para autoorganizarse, integrando un derecho de doble dimensión individual y colectiva: el derecho individual a asociarse y la libertad de las asociaciones. Concebido como derecho universal de libertad, de prestación

¹ El derecho de asociación no lo reguló la Constitución Española de 1812 ni el artículo 2 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ni tampoco lo contemplaron las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795.

² En Estados Unidos está ausente de las enmiendas de 1791 y no reconoce por el Tribunal Supremo hasta el último tercio del siglo XIX como interpretación de las enmiendas V y XIV. A. de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 62-63.

³ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam, Padova, 1991, pp. 160-163; L. AGUIAR DE LUQUE, A. ELVIRA PERALES, “Artículo 22”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. col. II (Artículos 10 a 23), Cortes Generales EDERSA, 1997, pp. 43 y ss; y R. de ASÍS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 21 y ss; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006, pp. 187-189.

⁴ Véase STC 236/2007, de 7 de noviembre; STC 259/2007, de 19 de diciembre; y STC 260/2007, de 20 de diciembre (BOE 19 de 22 enero 2008. Suplemento).

y de participación, se erige en libertad individual y colectiva cuyo reconocimiento en España como derecho fundamental, desde la STC 5/1981, de 13 de febrero (F.J. 7º)⁵, resulta inexcusable en el Estado de Derecho, en el Estado democrático y, sobre todo, en el Estado social y participativo proclamados en los artículos 1 y 9.2 de la Constitución de 1978, donde desarrolla su función mediadora, su acción prestacional y su actuación promotora de valores de libertad y pluralismo. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la libertad de asociación es también un componente esencial de las democracias pluralistas⁶. Además, el derecho de asociación se ha convertido en un derecho fundamental de la persona que ha sido adaptado en la regulación de sus titulares y contenidos para satisfacer las exigencias del Estado de las Autonomías tras las reformas estatutarias del periodo 2006-2011, del Estado integrado en la Unión Europea (asociacionismo europeo), del proceso de integración de los inmigrantes y de los movimientos sociales derivados de la crisis económica de 2007.

Aunque, como asegura el Tribunal Constitucional, exista una zona de difícil delimitación entre el ámbito constitucional del derecho de asociación y el ámbito civil relativo al régimen jurídico de las asociaciones, el derecho fundamental de asociación resulta ya plenamente identificable como derecho de tanta importancia constitucional como el derecho de igualdad o el derecho a la tutela judicial efectiva⁷, con funciones y contenidos nuevamente definidos tras la integración normativa afrontada por la jurisprudencia constitucional en torno al entendimiento jurídico de sus titulares (extranjeros y menores), la representación institucional asociativa vinculada al Poder Judicial, a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil, el denominado "Derecho autonómico de asociaciones" o la anunciada legislación comunitaria sobre el Estatuto de la asociación europea. Tan relevante es el protagonismo alcanzado por el derecho de asociación que, tras las novedades legales (LO 9/2011, de 27

⁵ F.J. 7º de la STC 5/1981, de 13 de febrero. BOE 47 de 24 de febrero de 1981.

⁶ F.J. 3º de la STC 104/1999, de 14 de junio. BOE 162 de 8 de julio de 1999.

⁷ G. PECES-BARBA; T. QUADRA SALCEDO; J.M. MOHEDANO; P. GONZÁLEZ, *Sobre las libertades políticas en el Estado español. (Expresión, reunión y asociación)*, Fernando Torres, Valencia, 1977, pp. 21-27; E. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 17-52; J.J. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J., "Asociación y Constitución", en VV.AA. *Constitución y Constitucionalismo hoy*, (Cincuentenario del Derecho Constitucional comparado de M. García-Pelayo), Fundación M. García-Pelayo, Caracas, Agosto de 2000, pp. 481-483; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 43-45.

de marzo, de reforma de la LO 1/2002, de 22 de marzo)⁸ y jurisprudenciales (SSTC 133/2006 y 236/2007) habidas durante los cinco últimos años en la regulación, fundamentación y contenidos del derecho fundamental de asociación⁹, ya pueden definirse las funciones que este derecho desempeña en el régimen constitucional español.

2. LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Cuando analizamos el régimen jurídico del derecho de asociación en el ordenamiento español, concurren especiales razones, por su capacidad integradora y sus funciones, que refuerzan el principio general de que la primera norma reguladora de los derechos fundamentales es la Constitución. Después de la transición democrática, el efecto derogatorio de la Constitución de 1978 se hizo valer en materia de asociaciones frente al régimen de autorización previa y de posibilidad de suspensión administrativa que recogía la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, cuyos preceptos y normas de desarrollo incorporaban previsiones contrapuestas a los principios democráticos y al Estado de Derecho¹⁰.

⁸ La LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, la LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁹ STC 133/2006, de 27 de abril. (BOE 125 Suplemento, de 26 de mayo de 2006), que declara inconstitucional la Disposición Final 1ª, apartado 2, de la LO 1/2002, de 22 de marzo, en cuanto hace referencia al artículo 7.1.i y al artículo 11.2, este último en el inciso “y con las disposiciones reglamentarias que la desarrollen”; STC 12/2008, de 29 de enero 2008 (BOE de 29 de febrero de 2008) sobre participación en los asuntos públicos y de asociación en partidos políticos; STC 260/2007, de 20 de diciembre (BOE de 22 de enero de 2008), sobre derechos fundamentales de los extranjeros (sindicación, asociación), STC 261/2007, de 20 de diciembre de 2007 (BOE 22 de enero de 2008), también sobre los extranjeros y en la línea de lo establecido en las SSTC 236/2007 y 259/2007, de 20 de diciembre (BOE 22 de enero de 2008); STC 263/2007, de 20 de diciembre de 2007 (22 de enero de 2008); STC 264/2007, de 20 de diciembre de 2007 (BOE 22 de enero de 2007); STC 259/2007, 19 de diciembre de 2007 (BOE 22 de enero de 2008).

¹⁰ Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ; J. FERNÁNDEZ FARRERES, *Derecho de asociación: Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 41-42; J. D. PELAYO OLMEDO, “El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964”, *Revista Electrónica de Historia del Derecho*, núm. 8, 2007, pp. 20-21; M. SÁNCHEZ MORÓN, “La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociación”, *REDA*, núm. 22, 1979, pp. 442-452.

En un primer momento, para preparar el camino de la Disposición Derogatoria 3ª de la Constitución de 1978, que fue durante treinta y siete años la *lex posterior* (además de *lex superior*) de la Ley 191/1964, se aprobaron la Ley 1/1977, de 4 de enero, de Reforma Política y el Real Decreto 713/1977, de 1 de abril, regulador de las denominaciones de las Asociaciones y el régimen jurídico de sus promotores, cuyos preceptos derogaron los contenidos inconstitucionales de la Ley de 1964¹¹. La Ley 1/1977 y su normativa concordante no sólo reformaron las leyes preconstitucionales sino que, además, hicieron posible el ejercicio de las libertades de asociación, reunión, sindicación o huelga como marco adecuado de la transición política.

A los efectos de afrontar la enumeración y definición de las funciones del derecho de asociación, cuyo análisis es objeto de estas páginas, parece relevante destacar este antecedente legislativo porque, a causa de la larga vigencia parcial de la Ley 191/1964 –en vigor desde el 30 de abril de 1965 hasta el 26 de mayo de 2002, siendo su periodo de vigencia tras la Constitución de 1978 más extenso que durante el régimen político que la aprobó¹²–, el artículo 22 de la CE se ha demostrado como uno de los ejemplos más claros del carácter normativo de nuestra Constitución de 1978 en materia de derechos: sus principios y garantías se han aplicado durante más de dos décadas, en ausencia de ley orgánica, eliminando el sistema de restricciones y controles de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, integrando las lagunas del ordenamiento jurídico y posibilitando el ejercicio del derecho de asociación de partidos políticos, sindicatos, fundaciones, organizaciones sociales y entidades de los más heterogéneos sectores de la vida española, en un contexto de desarrollo pleno del Estado de las Autonomías y del proceso de integración normativa europea. Atendiendo a esta circunstancia de tan prolongada anomia postconstitucional del régimen legislativo del derecho de asociación (el derecho de huelga ha sido un caso más llamativo aún), fue la

¹¹ El Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones (BOE 306, de 23 de diciembre de 2003, pp. 45665-45677, establece en su Disposición Derogatoria Única que “queda derogado el Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, por el que se dictan normas complementarias a la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, Reguladora de las Asociaciones (derogada por la L.O. 1/2002, de 22 de marzo, de Asociaciones) y el Real Decreto 713/1977, de 1 de abril, regulador de las denominaciones de las asociaciones y sobre régimen jurídico de sus promotores, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto por este Real Decreto.”

¹² En virtud de la *vacatio legis* establecida por la Disposición Final 4ª de la citada LO 1/2002, de 22 de marzo. BOE 73 de 26 de marzo de 2002, pp. 11981 a 11991.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional quien, como supremo intérprete de la Constitución, emprendió una decisiva tarea de integración normativa adaptando jurisprudencialmente la Ley de 1964 a los preceptos constitucionales en la STC 3/1981, de 2 de febrero¹³, donde se delimitó la aplicación de cada disposición –incluidas las leyes autonómicas que se adelantaron a la ley orgánica– y se explicó qué es y cómo se ejercen, en un Estado democrático de Derecho y fuertemente descentralizado, el derecho de asociación y los demás derechos relacionados con él. En tal sentido, aseguraron la STC 67/1985, de 24 de mayo, y la STC 291/1993, de 18 de octubre, que el derecho de asociación comprende la libertad de unirse con otros y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda indebida interferencia estatal, derecho que se realiza plenamente con la inscripción¹⁴. Se trata de un principio básico de libertad asociativa que el Derecho Internacional reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 20), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 22), ratificado por España el 13 de abril de 1977 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de diciembre de 1950 (artículo 11), ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, según el cual “toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses” y “el ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”. Por su parte, el Derecho de la Unión Europea sobre asociaciones lo integran el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales, la Resolución de 13 de marzo de 1987, del Parlamento Europeo sobre las asociaciones sin ánimo

¹³ STC 3/1981, de 2 de febrero. BOE 47, de 24 de febrero de 1981.

¹⁴ La STC 139/1989, de 20 de julio estableció en su F.J. 2º que el contenido esencial del derecho de asociación establecido por el art. 22.1 de la Constitución, comprende tanto la libertad de asociarse como la de no asociarse. En ambos sentidos reconoció este derecho la STC 5/1981, al declarar que “el derecho de asociación reconocido por nuestra Constitución en su artículo 22.1 comprende no sólo en su forma positiva el derecho de asociarse, sino también en su faceta negativa, el derecho de no asociarse” (F.F. 19). STC 139/1989, de 20 de julio. BOE 190, de 10 de agosto de 1989.

de lucro, la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de julio de 1998 sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa¹⁵ y otras iniciativas encaminadas a la futura aprobación del Estatuto de la Asociación Europea.

Conforme a este marco conceptual, el mencionado carácter normativo del precepto constitucional convivió durante veinticuatro años (1978-2002) con la necesidad ineludible de abordar la regulación del artículo 22 mediante ley orgánica (LO 1/2002, de 22 de marzo), al tratarse del ejercicio de un derecho fundamental (artículo 81) cuyo régimen general debía ser, además, compatible con las modalidades específicas reguladas en leyes que rigen el estatuto y funcionamiento de los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, las confesiones religiosas, las asociaciones deportivas o la asociaciones profesionales de Jueces, Magistrados y Fiscales. Con este objetivo, en 2002 se estableció un régimen mínimo y común para todo tipo de entes regidos total o parcialmente por la LO 1/2002, de 22 de marzo, acorde a la interpretación suprema del Tribunal Constitucional, quien reiteró en el F.J. 7º de la STC 236/2007 que el derecho de asociación está configurado “como una de las libertades públicas capitales de la persona, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad” (STC 244/1991, de 16 de diciembre)” y como “un derecho directamente aplicable”, conforme a un asociacionismo sin ánimo de lucro o, como prefiere el Consejo de Estado, “sin fin de lucro”. Precisamente, la tramitación de esta Ley Orgánica sirvió para que el Consejo de Estado, en el Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001 (apartado 23) sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, distinguiera dos aspectos diferenciados del derecho de asociación: el régimen de la libertad fundamental asociativa, que es materia propia de Ley Orgánica, y el régimen jurídico general de las asociaciones, propiamente civil. El primero de ellos es esencialmente constitucional y está dirigido a favorecer el ejercicio con fines sociales de la libertad de asociación y el cumplimiento de la cláusula del artículo 9.2 CE, como síntesis de las funciones que desempeña el derecho de asociación en el régimen constitucional español.

¹⁵ Véanse: Resolución sobre la Comunicación de la Comisión sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa. Diario Oficial nº C 226 de 20 de julio de 1998 p. 66, y Resolución del Parlamento Europeo sobre los resultados de la 20ª Cumbre UE-Rusia, celebrada en Mafra el 26 de octubre de 2007, p. 9.

a) El derecho de asociación y su función legitimadora y definitoria del régimen constitucional y de su sistema de valores; b) La función del derecho de asociación en la fundamentación jurisprudencial de los derechos de las personas; c) La función normativa general del derecho de asociación como régimen común de otros derechos; d) El derecho de asociación y su función instrumental como garantía subsidiaria de otros derechos; e) La función integradora del derecho de asociación de los extranjeros; f) La función territorial: el derecho autonómico sobre asociaciones; g) La función de integración supranacional del derecho de asociación; y h) La función de representación institucional del derecho de asociación.

3. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SU FUNCIÓN LEGITIMADORA Y DEFINITORIA DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y SU SISTEMA DE VALORES

El derecho de asociación cumple una función de legitimación democrática constitucionalmente reconocida de “instrumento fundamental para la participación” en el ámbito político (partidos políticos), sindical (sindicatos), empresarial (organizaciones empresariales)... que debe entenderse conforme a las cuatro dimensiones del derecho de asociación sentadas por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y junto a este triple contenido, según la STC 56/1995, una cuarta dimensión que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan o, en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse (FF. JJ. 3 y 4 de la STC 104/1999, de 14 de junio 1999)¹⁶. Como derecho a la autoorganización de las asociaciones, incorpora una potestad autonormativa derivada de su autonomía estatutaria,

¹⁶ STC 104/1999, de 14 de junio 1999. BOE 162 de 8 de julio de 1999. J.J. MARÍN LOPEZ, “El derecho de ingreso en las asociaciones”, en J.J. MARÍN LOPEZ, *Los alardes: Una perspectiva jurídica: libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Casino de Irún, Irún, 2000, pp. 13-28; M. J. RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, “El derecho de reunión y manifestación y el derecho de asociación” en J. C. GAVARA DE CARA (coor.), *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2004, pp. 145-162.

y una potestad decisoria que faculta para la adopción de acuerdos conforme a la ley y los estatutos.

En el ámbito del asociacionismo político, un partido político es una forma particular de asociación, pero también expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política y de la cultura constitucional del Estado (HÄBERLE)¹⁷ y, desde los inicios de la jurisprudencia constitucional española, la temprana STC 3/1981 afirmó que el derecho a crear partidos políticos es susceptible de amparo en virtud del artículo 22 CE, que consagra el derecho de asociación. Un partido es una forma particular de asociación y el citado artículo 22 no excluye a las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión (F.J 1^o). Asimismo, el Tribunal Constitucional aseguró que nada de eso se opone a que el derecho a crearlos se ampare en el artículo 22. Igualmente ocurre en el asociacionismo sindical, cultural, universitario, judicial..., instrumentos fundamentales siempre para la participación que promueve el artículo 9.2 CE.

Pues bien, esa dimensión política del derecho de asociación ha sido capital para el surgimiento y desarrollo del régimen constitucional español. Ya bajo la vigencia de la antigua Ley de 1964 fue aprobada la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos¹⁸, que entró en vigor el 9 de diciembre de 1978 y quedó derogada por la LO 6/2002, de 27 de junio, cuyo artículo 1 disponía: “los españoles podrán crear libremente partidos políticos en el ejercicio de su derecho fundamental de asociación”. Se trata de una norma coetánea a la Constitución de 1978 que permitió a los partidos políticos, según el artículo 2, adquirir personalidad jurídica y sentar las bases de la función legitimadora que el asociacionismo político proyecta sobre la transición política (1975-1978), tan presente en las contribuciones historiográficas que estudian la influencia de los movimientos asociativos de los años sesenta y setenta del siglo XX sobre el proceso de advenimiento de la democracia en España. En este objeto de estudio jurídico-político, no se trata sólo de constatar cómo los movimientos sociales influyeron en el proceso democrático,

¹⁷ STC 11/2002, 17 de enero de 2002. BOE 34 de 8 de febrero de 2002; STC 290/2000, de 30 de noviembre de 2000. BOE 4 de 4 de enero de 2001; STC 15/2000, de 20 de enero de 2000. BOE 42 de 18 de febrero de 2000. Respecto a la dimensión cultural de los derechos de participación, P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.

¹⁸ Sobre la legislación ya derogada, véase la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos. BOE núm. 293 de 8 de diciembre de 1978.

lo cual ha sido de por sí un objeto (no jurídico) digno de consideración, sino al mismo tiempo, y como un todo, de incorporar a la teoría constitucional el modo en que la legislación reguladora de los movimientos sociales, principalmente el régimen jurídico de asociaciones, sindicatos, universidades y otras entidades, coadyuvó al advenimiento de la transición política a través de una legislación garantista y democratizadora. En este sentido, el factor de legitimación derivado de la vinculación entre los movimientos asociativos y el proceso político-constitucional emprendido en España entre los años 1975 y 1978 no sólo refuerza el balance histórico de la transición a la luz del concepto de legitimidad material sino que invita a revisar los estudios sobre la relación particular de cada uno de esos movimientos asociativos y el sistema de partidos políticos en el proceso constituyente, así como el juicio histórico de esa relación.

El derecho de asociación ejerce, además, una función definidora del sistema constitucional español al erigirse en un derecho imprescindible para el desarrollo de las tres caracterizaciones fundamentales del Estado proclamado en el artículo 1 de la Constitución de 1978 –democrático, social y de Derecho–¹⁹, donde incluimos las funciones constitucionalmente establecidas para el desenvolvimiento del principio de libertad asociativa y de la actividad participativa, pero también las funciones vinculadas a otros ámbitos aparentemente ajenos al derecho de asociación pero que lo invocan literalmente en el texto de sus leyes reguladoras, por ejemplo, el asociacionismo de vecindad entra países o el asociacionismo supramunicipal²⁰.

¹⁹ Lucas Murillo de la Cueva precisa que “no es exagerado afirmar que la efectividad real del conjunto de los derechos y libertades depende en gran medida de la libertad asociativa”. Cfr. E. MURILLO DE LA CUEVA, *cit.*, p. 20. Véase también G. PECES-BARBA *et al.*, *cit.*, pp. 151-153. Según el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950, el derecho, o mejor, la libertad de asociación es un “derecho fundamental de toda sociedad democrática” y, propiamente uno de los “pilares de dicha sociedad” (informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el procedimiento 8191/78); y L. AGUIAR DE LUQUE, A. ELVIRA PERALES, “Artículo 22”, *cit.*, pp. 57 y ss.

²⁰ Véase el F.J. 1º de la STC 64/1988, BOE 107 de 4 mayo 1988, “(...) aunque la mera creación por ley la excluye del ámbito del artículo 22 al carecer del elemento volitivo de la libertad asociativa y que la jurisprudencia constitucional se ha referido a las corporaciones públicas no territoriales (STC 179/1994, STC 226/1994, STC 107/1996), debemos tener en cuenta que en el caso de las corporaciones territoriales como las áreas metropolitanas y consorcios existe una previa base asociativa (...)”. La Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, incluye en el Título III (otras entidades locales) un capítulo I

Pues bien, tanto en los casos del asociacionismo promovido por los individuos y los colectivos sociales, como también en los casos más especiales del citado asociacionismo público local, el derecho de asociación cumple una función de definición objetiva del sistema constitucional español hasta decantar el denominado “Estado de asociaciones” (*Verbandestaat*)²¹, que permite un intervencionismo estatal e incluso el ejercicio de funciones de las Administraciones Públicas a través de asociaciones²². Con el fundamento del artículo 9.2 de la CE, la asociación ha sido cauce para la defensa de los intereses más plurales, sujeto integrante del método de representación de los intereses profesionales y sociales más variados, y beneficiario habitual de subvenciones del Estado que estimulan, promueven y organizan la actividad asociativa creando vínculos de naturaleza social, política, económica y cultural. En virtud de esta técnica, las asociaciones han fortalecido, como efecto beneficioso, los fines más propiamente constitucionales de la sociedad civil y propiciado, como efecto perverso, la oligarquización y burocratización de las organizaciones asociativas e incluso la creación de redes de poder e influencias relacionadas con los partidos políticos.

En síntesis, al ser instrumento fundamental para la participación y consecuencia del valor y principio de pluralismo de los artículos 1.1 y 9.2 de la CE, el derecho de asociación se ha demostrado en España como factor de legitimación de la decisión política básica de la Constitución de 1978, incluido su sistema de valores, su dimensión cultural, su forma de nutrir el sentimiento constitucional y su método de fundamentación de los derechos²³.

dedicado a las Mancomunidades, cuyo artículo 30.1 recibe el nombre de “derecho de asociación de los municipios”: 1. Los municipios tienen el derecho de asociarse con otros en mancomunidades (...). Véase asimismo el Capítulo II, artículo 43 sobre el “derecho de asociación mediante consorcios”.

²¹ Sobre la expresión “Estado de asociaciones (*Verbandestaat*)”, véase M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pp. 117-131.

²² STC 67/1985, de 24 de mayo. BOE 141 de 14 de junio de 1989; STC 183/1989, 3 de noviembre, Publicación BOE 290 de 4 de diciembre de 1989, en recurso de amparo; STC 291/1993, de 18 de octubre. BOE 268, de 9 de noviembre de 1993.

²³ Véanse A. PÉREZ LUÑO, “Sobre la igualdad en la Constitución Española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, pp. 133-137 y G. PECES-BARBA *et al.*, cit., p. 152. Sobre su fundamento jurisprudencial, STC 104/1999, de 14 de junio 1999 (BOE 162 de 8 de julio de 1999) y STC 104/1999, de 14 de junio 1999 (BOE 162 de 8 de julio de 1999).

4. LA FUNCIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

El derecho de asociación ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como ámbito material para establecer y reforzar la fundamentación de los derechos que son indisponibles para el legislador positivo, creando un marco de integración normativa de gran proyección jurídica y social. Según el supremo intérprete de la Constitución, cuando la Constitución de 1978 declara que “se reconoce el derecho de asociación” no utiliza el término expresivo de “todos” (como es el caso de los arts. 15, 27, 28, 44 y 45) o “toda persona” (arts. 17 y 24.1) empleada en otros preceptos. Aunque en principio esta diferencia terminológica podría haberse entendido en sentido excluyente, como en la Constitución alemana de 1949 (artículo 9) o la Constitución italiana de 1947 (artículo 18), desde 2007 se ha entendido que se trata de un derecho de los españoles y de los extranjeros, según resulta de una interpretación a la luz de los artículos 10.1 y 2 CE, 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales²⁴. De esta manera, por ser inherente a la dignidad humana²⁵, la titularidad del derecho de asociación corresponde, según el Tribunal Constitucional, a todas las personas, sean españolas o extranjeras (particularmente, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, y la STC 260/2007, de 20 de diciembre), sin que se pueda exigir ni siquiera la autorización para residir en España²⁶.

Esta doctrina jurisprudencial, contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional que se dictaron en 2007 resolviendo los recursos interpuestos contra la LO 4/2000, enlaza con la jurisprudencia anterior sobre los derechos de las personas con independencia de la nacionalidad y la mayoría de edad,

²⁴ P. CRUZ VILLALÓN, “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pp. 63-84.

²⁵ Esta consideración del derecho de asociación basado en la dignidad y no en las condiciones para el ejercicio de los derechos (nacionalidad y mayoría de edad) también se aplica al derecho de asociación de los menores. Véase el artículo 7 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones.

²⁶ STC 260/2007, de 20 de diciembre (BOE 19 de 22 enero 2008. Suplemento), sobre la constitucionalidad de determinados preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

ambas condiciones para el ejercicio de los derechos. Había afirmado en ese sentido la STC 107/1984, de 23 de noviembre, en su F.J. 3º, que los derechos fundamentales corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. Posteriormente, la STC 115/1987, de 7 de julio, había declarado nulo el artículo 8.2 de la LO 7/1985, de 1 de julio, norma que, tras reconocer el derecho de asociación a los extranjeros, estableció la potestad de suspensión gubernativa por un plazo no superior a seis meses de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros cuando atentaren gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles²⁷. Más recientemente, la citada STC 236/2007, cuyo F.J. 2º argumenta la inconstitucionalidad de la LO 4/2000 por negar el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España y recuerda que nuestra jurisprudencia reconoce la existencia de derechos del Título I que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional”, sin que resulte posible “un tratamiento desigual respecto de los españoles” (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos “en condiciones plenamente equiparables (a los españoles)” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos”, por ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 CE, que es fundamento del orden político español, y por ser derechos “inherentes a la dignidad de la persona humana”²⁸. Según el Tribunal Constitucional, la dignidad de la persona, como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador, lo cual “no implica cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución”, entendida como “marco de coincidencias” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7) que permite distintas legislaciones en materia de extranjería. En tal sentido, resulta decisivo el grado de conexión con la

²⁷ STC 115/1987, de 7 de julio. BOE nº 180, de 29 de julio de 1987.

²⁸ SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.

dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”, indisponibles para el legislador positivo toda vez que la ley no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”.

El Tribunal Constitucional se fundamenta en lo ya declarado por la STC 91/2000, de 30 de marzo: proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un *minimum* invulnerable (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a) puesto que la Constitución “salvaguarda absolutamente” aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”, esto es, aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana²⁹. Y reforzando aún más su argumentación jurídica, el Tribunal declara que en este proceso de determinación de tales derechos revisten especial relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales: “Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen”, así como “nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En el caso concreto del derecho de asociación, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos reconoce en el art. 11 el derecho “a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación”.

En síntesis, el derecho de asociación se encuentra vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto

²⁹ El Tribunal Constitucional establece las pautas para identificar cuáles son esos derechos y su contenido esencial (SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana. STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2, y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2.

elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática, tanto en el interior del Estado como en el exterior³⁰. Según el Tribunal Constitucional, dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial que la Constitución y los tratados internacionales “proyectan universalmente”, no resulta constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, lo que no significa que se trate de un derecho absoluto, por cuanto que el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado³¹, que en todo caso constituye el primer límite a la libertad del legislador.

5. LA FUNCIÓN INTEGRADORA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LOS EXTRANJEROS

Como consecuencia inmediata de la anterior función del derecho de asociación en la fundamentación jurisprudencial de los derechos de las personas, este derecho fundamental ha cumplido asimismo en nuestro ordenamiento jurídico una función de integración social, cultural y política de todos los extranjeros que residen en España, con o sin autorización, quienes son titulares de este derecho fundamental sin discriminaciones ni exclusiones posibles. Según el F. J. 4º de la citada STC 236/2007, el legislador contemplado en el art. 13 CE se encuentra limitado al regular aquellos derechos que, “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros” (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2), refiriéndonos en concreto a “los derechos de reunión y asociación”. Ello implica que el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer “condicionamientos adicionales” respecto a su ejercicio, si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripcio-

³⁰ M. ABAD CASTELOS, “La defensa de los derechos humanos por las ONG desde el prisma del Derecho Internacional”, *Derechos y Libertades*, núm. 27, 2012, pp. 57-102.

³¹ Según el F.J. 17 de la STC 260/2007, no procede declarar la nulidad de los artículos de la LO 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. En el mismo sentido, la STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, en su F.J. 4º, cit.

nes constitucionales. Por ese motivo, durante el año 2009 la reforma de la LO 4/2000 se afrontó teniendo en cuenta que “una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales” (STC 115/1987, FJ 3). En tales casos, el mandato contenido en el precepto constitucional “constituye en puridad un contenido preceptivo *ex constitutione* del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio” por parte de los extranjeros.

Por otra parte, según el Tribunal Constitucional, aunque el legislador goza de mayor libertad al regular los “derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes” autorizando el artículo 13.1 al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” a tales derechos, sin embargo, esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español”, ni “adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España”. En particular, al regular los derechos de los extranjeros, el legislador deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales, y, en cuarto, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Como resultado de estas premisas y requisitos, el Tribunal Constitucional concluye que el legislador no está facultado ex art. 13.1 CE para configurar las condiciones de ejercicio de determinados derechos por parte de los extranjeros. Aunque el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español, esta opción está sometida a

los límites constitucionales señalados puesto que el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de los requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España.

En definitiva, el legislador se encuentra habilitado en virtud del art. 13.1 CE para establecer “condicionamientos adicionales” a su ejercicio, si bien deberá respetar siempre las prescripciones constitucionales que limitan su poder de libre configuración de un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre. En su fundamento constitucional, el derecho de asociación está configurado “como una de las libertades públicas capitales de la persona” al asentarse justamente como presupuesto en la libertad, que viene a garantizar un ámbito de autonomía personal y “el ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad” (STC 244/1991, de 16 de diciembre).

6. LA FUNCIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN COMO RÉGIMEN COMÚN DE OTROS DERECHOS

En principio, el derecho de asociación parte de una base conceptual distinta a la que corresponde a entidades como los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades mercantiles o las fundaciones. Por ejemplo, en el caso de la fundación, con la que compartió precepto en el Informe de la Ponencia constitucional, existe una diferencia evidente: mientras la asociación es una *universitas personarum* o unión pluripersonal y estable, la fundación se define como una *universitas bonorum* o unión de capitales (contenido patrimonial)..., siendo ambas también distintas de las sociedades civiles, cuya relación fiduciaria se produce *inter certas personas*, muy flexibilizada en las mercantiles, particularmente en las sociedades anónimas.

Sin embargo, tras la aprobación de la Constitución de 1978, y todavía bajo la vigencia de la Ley de 1964, la impronta transversal del derecho de

asociación propició que, en su forma jurídica privada, se siguiera aplicando el Código Civil, llegando a una asimilación práctica con la figura de la sociedad, aunque sin identificar el pacto asociativo con ese contrato civil, como declaró la jurisprudencia constitucional en la STC 218/1988, de 22 de noviembre y en la STC 5/1996, de 16 de enero, y el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de junio de 1997. Asimismo, existen contenidos del derecho de asociación que, al igual que ocurre con otros derechos fundamentales o no fundamentales, se aplica al derecho de fundaciones. No en vano, como derecho inherente a la dignidad de las personas (artículo 10.1 CE) y como parte esencial de otros derechos como el propio derecho de fundación, el artículo 26.1 del texto la Ponencia Constitucional contempló la citada regulación conjunta del derecho de fundación y del derecho de asociación: “Se reconoce el derecho de asociación y de fundación sin necesidad de autorización previa”³². Posteriormente, en virtud del Borrador del Proyecto de Constitución³³, “se introdujo un artículo 22 bis que tuvo dos apartados: 1. Se reconoce el derecho de fundación can arreglo a 1a Ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 5 del artículo anterior (derecho de asociación)”³⁴. Como regla general, este vínculo entre el derecho

³² Véase el artículo 26 del Informe: 2. Las asociaciones y fundaciones que atenten al orden constitucional (...). 3. Las asociaciones y fundaciones (...). 4. Las asociaciones y fundaciones no podrán (...). Minuta de la ponencia de Constitución en su sesión del día 8 de septiembre de 1977, pp. 266-269. <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>, p. 332. Por su parte, el artículo 101 bis. La Ley regulará: a) La participación de los ciudadanos a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en la formación de las decisiones administrativas que les afecten. Minuta de los Acuerdos de la Ponencia de Constitución en su Sesión del día 8 de septiembre de 1977, p. 269. <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>. Véanse igualmente *Revista de las Cortes Generales* 2 (1984) publicó las minutas y actas. *Boletín Oficial de las Cortes* 44, de 5 de enero de 1978, publicó el texto del anteproyecto de Constitución y los votos particulares al anteproyecto formulados por los ponentes.

³³ Una enmienda del Grupo Socialista solicitó que se excluyera de este precepto el derecho de fundación por no ser un derecho fundamental. Enmienda 340. Grupo Socialista del Congreso. En nombre del Grupo Parlamentario Grupo Socialista del Congreso presento la decisiva enmienda al artículo 22 del anteproyecto de Constitución. Motivación. Por un lado, se elimina el derecho de fundación por estimar que no es un derecho fundamental. Por otro lado, en el apartado cuarto de esta enmienda se mejora la redacción, que en el texto del anteproyecto era redundante. Por fin, se ordenan los apartados con una sistemática más adecuada. 31 de enero de 1978. <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmcongreso.pdf>

³⁴ Borrador del Proyecto de Constitución, pp. 280-385. Minuta de los Acuerdos de la Ponencia de Constitución en su Sesión del 8 de septiembre de 1977, p. 394. <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>

de asociación y otros derechos, que estuvo presente en el proceso constituyente, ha continuado hasta el día de hoy incluso en el Derecho autonómico de asociaciones³⁵. Debido a su fundamentalidad, el derecho de asociación regulado en el artículo 22 CE contiene normas comunes relativas a una amplia tipología de asociaciones y entes regulados por el denominado “Derecho de asociaciones”: los partidos políticos (artículo 6), los sindicatos (artículo 7 y 28), las confesiones religiosas (artículo 16), las asociaciones de consumidores y usuarios (artículo 51) o las organizaciones profesionales (artículo 52), sin perjuicio de los artículos que rigen otros derechos, como el de fundación (art. 34)³⁶. Todos estos tipos de asociaciones son legislados parcialmente por las normas que rigen el derecho de asociación, el cual, por su función reguladora del contenido esencial de otros derechos constitucionales, se convierte en fundamento, contenido y límite de esos derechos: derecho de fundación, derecho de participación, derechos en el ámbito de los partidos políticos, libertad religiosa, derechos educativos, derecho de sindicación o libertad de empresa.

Por su carácter instrumental y de desarrollo de otros derechos, el derecho de asociación asume en primer lugar la naturaleza de los derechos compuestos de “derechos individuales de libertad” y “derechos colectivos de participación y promoción social” (artículo 9.2 CE) de manera que, si previamente se ejercita con el presupuesto de otros derechos (reunión, expresión, pensamiento, libertad ideológica...), al mismo tiempo es presupuesto para ejercitar otros derechos: sindicación, fundación, partidos políticos...

En segundo lugar, por esa naturaleza instrumental se reconoce constitucionalmente la distinción entre un régimen general y un régimen especial sobre el derecho de asociación. Según afirma el informe del Consejo General

³⁵ Casi treinta años más tarde, la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, añadió una disposición adicional cuarta a la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco. Disposición Adicional Cuarta. Fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas. Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco. disposición adicional cuarta a la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, Disposición Final Segunda de la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi.

³⁶ La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, modifica el artículo 4 de la Ley de 1964 y dispone que las referencias al Fuero de los Españoles, Movimiento Nacional, Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes Fundamentales deben entenderse carentes de eficacia. En el mismo sentido, de derogan las alusiones a organismos inexistentes el día 26 de mayo de 2002, fecha de entrada en vigor de la actual Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. (BOE 73, de 26 de marzo de 2002).

del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación –de la que fue LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación– cuando analizó los artículos 22 de la CE y 11 del Convenio de Roma de 1950, ha de distinguirse el régimen general y los regímenes especiales (partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, confesiones religiosas, mutualidades, asociaciones de consumidores y usuarios, organizaciones profesionales y cooperativas). Respecto al régimen general, la STC 173/1998, de 23 de julio, afirmó que en virtud del artículo 149.1.1ª CE, al Estado le compete regular “el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación”³⁷.

Y, en tercer lugar, también se reconoce, por la citada naturaleza instrumental, el carácter transversal del derecho de asociación, que se hace presente en la pluralidad de manifestaciones sectoriales a las que sirve como fundamento jurídico, tanto en su legislación sectorial (sindical, religiosas) como en su variada tipología (políticas, culturales, educativas, consumidores y usuarios) y en los registros donde se inscriben: Registro Nacional de Asociaciones, registros autonómicos de asociaciones, Registro de Partidos Políticos, Registro de Entidades Religiosas, Libro Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios... Los regímenes especiales del derecho de asociación, en virtud de los fines y actividades de las diferentes modalidades asociativas, vinculan la adquisición de la personalidad al momento de la inscripción registral y al cumplimiento de determinados requisitos para poder acceder al Registro.

7. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y SU FUNCIÓN INSTRUMENTAL COMO GARANTÍA SUBSIDIARIA DE OTROS DERECHOS

Abundando en el carácter instrumental del derecho de asociación y siguiendo una tendencia sociológica de gran raigambre actualmente en España, debemos reconocer que las personas se asocian, además de para cumplir los fines asociativos clásicos, para reclamar derechos educativos, judiciales, sanitarios y políticos que han podido resultar conculcados en situaciones de

³⁷ Véanse los veintisiete contenidos en Informe del Consejo General del Poder Judicial y Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación.

necesidad e injusticia. Han sido ejemplos elocuentes de este fenómeno las asociaciones de víctimas del terrorismo o de consumidores perjudicados por estafas y fraudes. De esta manera, la consideración del derecho de asociación como garantía colectiva subsidiaria o complementaria para realizar peticiones y reivindicar justicia ha convertido a este derecho en uno de los derechos vertebradores del régimen constitucional español y, junto al derecho a la igualdad³⁸ y al derecho a la tutela judicial efectiva, en lo que Díez-Picazo denomina “derecho estrella” del universo de los derechos fundamentales³⁹.

La función del derecho de asociación como garantía de los derechos es consecuencia de la consideración social del asociacionismo como garantía subsidiaria de los derechos individuales en aquellos casos en que los individuos y colectividades creen inoperantes las garantías genéricas, normativas, institucionales y jurisdiccionales de los derechos fundamentales o bien cuando piensan que el impacto mediático y social del asociacionismo puede reforzar sus posiciones jurídicas. En su función de intermediación, la asociación intercede entre el individuo y el Estado creando “cuerpos intermedios”⁴⁰ que legitiman socialmente iniciativas que tendrían más complicada accesibilidad a las instituciones y más difícil visibilidad en los espacios públicos de opinión. De esta forma, el derecho de asociación ha pasado a formar parte habitual y es presupuesto previo del ejercicio de la iniciativa legislativa popular y de la acción judicial penal y civil frente a delitos o daños con numerosos sujetos víctimas o perjudicados o con gran repercusión social. Como afirma el apartado 53 del Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, este derecho integra su contenido esencial no sólo por el núcleo del derecho sino también por la exigencia de prever un “remedio” (recurso) eficaz en los términos del artículo 13 del Convenio de Roma de 1950, siendo un mecanismo de legitimación para la defensa de intereses colectivos, cuya

³⁸ El reconocimiento de la igualdad como valor constitucional superior (artículos 1, 9.2 y 14 de la Constitución de 1978), la convierte en un criterio general que inspira todo el ordenamiento en su conjunto y que sirve de criterio de interpretación e integración del ordenamiento constitucional. STC 23/1981, de 10 de julio. Véase A. PÉREZ LUÑO, cit., p. 133.

³⁹ Sobre la tesis, mayoritariamente aceptada, de Díez-Picazo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva como nervio del Estado de Derecho y derecho estrella del ordenamiento jurídico español, véase L. DIEZ-PICAZO, “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Poder Judicial*, núm. 5, 1987, p. 41.

⁴⁰ Véanse MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Madrid. Alianza Editorial, 2003, Libros III y XXVI; y A. de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, cit., pp. 62-65.

denegación para acceder al proceso podría justificar una invocación como lesión del derecho fundamental garantizado por el artículo 24 de la CE inserto a estos efectos en el núcleo del derecho de asociación garantizado por su artículo 22 de la CE⁴¹. En el mismo sentido, según el Tribunal Constitucional, la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental.

Con carácter general, el sentido progresivo de consideración y ampliación del derecho de asociación como garantía subsidiaria a favor de personas jurídicas y de otros sujetos y situaciones ha sido obra de la jurisprudencia constitucional y, como analizamos en el siguiente apartado, esta función garantista de las asociaciones ha alcanzado al “Derecho autonómico de asociaciones”: la Ley 14/2008, de 18 de noviembre de 2008, de la Generalitat, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana⁴², la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía (artículo 10, 13), la Ley 4/2003, de 28 de febrero, de Asociaciones de Canarias (arts. 5, 24.5, 38.1), la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi (arts. 6.2, 8.1)⁴³ y la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro III del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

8. LA FUNCIÓN TERRITORIAL: EL DERECHO AUTONÓMICO SOBRE ASOCIACIONES

El derecho de asociación, como materia objeto del sistema de distribución competencial, ha propiciado la aparición de un “Derecho autonómico sobre asociaciones” en los Estatutos de Autonomía –más evidente tras las reformas estatutarias del periodo 2006-2011– y particularmente en las leyes canaria, valenciana, andaluza, catalana y vasca sobre asociaciones⁴⁴. Incorporando

⁴¹ Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001.

⁴² Sección II. Declaración de Interés Público De la Comunitat Valenciana. Artículo 33.

⁴³ La Ley vasca añadió una disposición adicional cuarta a la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

⁴⁴ Ley 14/2008, de 18 de noviembre de 2008, de la Generalitat, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana. *BOE* 294, 6 de diciembre de 2008; Ley 4/2006, de 23 de junio, de

al bloque de constitucionalidad el proceso de territorialización asociativo apuntado para el ámbito político en la Ley 21/1976 de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política y el Real Decreto 713/1977, España ha ido consolidando una diversidad jurídica y posteriormente una integración normativa del derecho de asociaciones que, como consecuencia de la tardía promulgación de la Ley Orgánica y la necesaria jurisprudencia constitucional, presenta peculiaridades jurídicas de gran interés⁴⁵.

Aunque el artículo 149 de la CE no atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de asociaciones –a diferencia del artículo 15.1 de la Constitución de 1931 (régimen de asociaciones)–, sí está contemplada la reserva de Ley Orgánica en el artículo 81 CE como competencia exclusiva del Estado⁴⁶ que, en lo que no es definición mínima, esencial e imprescindible, permite la regulación por Ley ordinaria de los aspectos fundamentalmente organizativos e instrumentales⁴⁷, bien estatal o bien autonómica, en este último caso con los límites competenciales siguientes: además de la citada reserva de Ley Orgánica, la competencia normativa derivada de la legislación básica del art. 149.1.8, la igualdad del artículo 139.1 y las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE. Esto ha permitido su regulación en los Estatutos de Canarias (art. 29.7 LO 10/1982), Andalucía (arts. 37.16 y 79.1 LO 2/2007), la LORAFNA de Navarra (art. 44.19), Cataluña (art. 118.1 LO 6/2006), Valencia (arts. 9.5, 49.23 y 51.8 LO 1/2006, tras reforma LO 5/1982), el País Vasco (art. 10.13 LO 3/1979), Extremadura (art. 7.16 LO 1/2011) o en las Comunidades Autónomas a través de títulos competenciales colaterales de intensidad

Asociaciones de Andalucía. *BOE* 185, de 4 de agosto de 2006, *BOJA* 126, de 3 de julio de 2006; Ley 4/2003, de 28 de febrero, de Asociaciones de Canarias. *BOE* 78, 1 de abril de 2003. *BOC* 47, de 10 marzo de 2003, Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi. *BOPV* 134, 12 de julio de 2007; y Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro III del Código Civil de Cataluña. Y L. MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996, p.19.

⁴⁵ STC 135/2006, de 27 de abril, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3914/1997, interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación contra diversos artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio.

⁴⁶ Véase Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, apartados 21 y 22.

⁴⁷ Según el Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, se tendría que haber promulgado dos leyes: una con los aspectos esenciales como Ley orgánica y otra ley de carácter ordinario para los aspectos procesales, civiles y hacendísticos. Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación.

más limitada (STC 157/1992, de 22 de octubre, materia de juventud en Islas Baleares)⁴⁸.

Este “Derecho Autonómico sobre asociaciones” organiza una serie de competencias compartidas que, por su encuadramiento material, es civil tanto en su regulación estatal o autonómica como en su regulación foral (artículo 149.1.8 CE), extendiéndose su régimen jurídico general a contenidos tales como el acto jurídico de creación o fundación de la asociación, el régimen de las aportaciones de los asociados o la preservación de los derechos adquirido. No obstante, a pesar de este carácter compartido, en la legislación autonómica la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas viene expresamente establecida de forma exclusiva⁴⁹ cuando se trata de asociaciones de carácter (“docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares”) que desarrollen sus actividades en el territorio de la Comunidad (art. 10.13 del Estatuto del País Vasco, art. 49.23 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, art. 29.7 del Estatuto de Canarias, art. 44.19 LORAFNA para Navarra, art. 118 del Estatuto de Cataluña o art. 79.1 del Estatuto de Andalucía, para las asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía, donde se contempla la regulación del asociacionismo cooperativo, de mujeres y juvenil en los arts. 58.1.4, 73.1 c y 74).

Al delimitar el alcance material del régimen jurídico de las asociaciones docentes, culturales, artísticas, recreativas, asistenciales y similares que compete a la Comunidad Autónoma deben tenerse presentes dos límites fundamentales: a) El desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación, ámbito reservado al Estado ex art. 81.1 CE y las normas que las Cortes Generales pueden dictar en su ejercicio constituyen un *prius* del que necesariamente debe partir la Comunidad Autónoma al regular, no el derecho de asociación en cuanto tal, sino el régimen de las asociaciones que surgen del ejercicio de ese derecho; y b) Elementos de muy diversa índole, civiles, administrativos, procesales, fiscales e incluso penales, sobre los cuales el Estado tiene títulos competenciales que deben hacerse compatibles con el título exclusivo atribuido a la Comunidad Autónoma: la

⁴⁸ Véase Dictamen del Consejo de Estado de 9 mayo de 2001 relativo al anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de asociación.

⁴⁹ Según la STC 157/1992, cuando un Estatuto de Autonomía atribuye a una Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre un determinado tipo de asociaciones, no sólo le habilita para regular los aspectos administrativos de esas instituciones, sino también el régimen jurídico de las mismas tanto en su vertiente externa como interna. STC 157/1992, de 22 de octubre. BOE 276, de 17 de noviembre de 1992.

reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 CE, el principio de igualdad de derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español del art. 139.1 CE (aunque, según el F.J. 12º de la STC 246/2007, sin uniformidad absoluta al tratarse de un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas⁵⁰), la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), y el título competencial sobre “legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” (art. 149.1.6 CE).

Estos límites se entienden, además, conforme a la relevante doctrina sobre la regulación estatutaria de derechos fundamentales contenida en la aludida sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Valencia. Según afirman los FF.JJ. 4º y 13º de la STC 246/2007, de 12 de diciembre, nada determina que el régimen jurídico de los derechos constitucionales quede sustraído a las reglas del reparto competencial, pues “ya sabemos que ni el art. 53 ni el 81, ambos CE, son preceptos que distribuyan competencias, por lo que, salvadas las garantías de unidad aludidas (art. 81.1 CE)”, siendo posible “que la normativa autonómica, dictada dentro de los ámbitos competenciales que le sean propios, incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales (art. 149.1 CE). Así ocurre, por ejemplo, con los derechos de asociación (art. 22 CE y correlativos preceptos estatutarios atributivos de competencia en la materia) o fundación⁵¹.

Como consecuencia de esta delimitación competencial, aunque la reserva de Ley orgánica no supone atribución de ningún título competencial, sólo el Estado puede dictar leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, que las Comunidades Autónomas deben respetar so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81.1 CE⁵². A tal fin, para el Tribunal Constitucional uno de los criterios fundamentales que, junto a los ya mencionados, ha orientado

⁵⁰ STC 246/2007, de 12 de diciembre, BOE 310 de 27 de diciembre de 2007. <http://www.boe.es/boe/dias/2007/12/27/pdfs/BOE-S-2007-310.pdf>

⁵¹ STC 246/2007, de 12 de diciembre, cit.

⁵² Véase el F.J. 6º de la STC 173/1998, de 31 de marzo. BOE 108, de 6 de mayo de 1998.

la realización de esta tarea de definición sistemática ha sido la de reservar al Estado ex art. 81.1 CE la regulación de los aspectos esenciales, esto es, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal” (SSTC 127/1994, 61/1997), en este caso, el derecho de asociación (SSTC SS 67/1985 y 157/1992). Además, para el Tribunal Constitucional, esta pauta interpretativa “no puede ser aplicada de forma mecánica”, ya que con suma frecuencia resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que éste se proyecta, por lo que deberá atenderse no sólo al objeto regulado, sino también al contenido de esa regulación e incluso a la intensidad y trascendencia de lo regulado en relación al contenido del derecho. En materia de derechos fundamentales cuyo desarrollo está reservado a ley orgánica (art. 81.1 CE), como sucede con el derecho de asociación, la capacidad normadora del Estado ex art. 149.1.1 CE puede extenderse más allá de ese desarrollo (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho) incidiendo sobre la regulación del ejercicio del derecho en cuestión, siempre que tal regulación tenga una conexión, directa o indirecta, con aquellos elementos nucleares antes señalados, y a su vez se dirija a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho (finalidad que justifica la competencia del art. 149.1.1 CE).

Otro aspecto fundamental de la existencia de un Derecho autonómico sobre asociaciones reside en el sistema coordinado de relaciones intergubernamentales a través de distintas técnicas que han de hacer posible un espacio integrado de asociaciones a nivel estatal y, progresivamente, a nivel europeo. A tal efecto, el régimen de registros establecido en el artículo 25 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, regula el Registro Nacional de Asociaciones, que tiene por objeto la inscripción de las asociaciones y demás actos inscribibles conforme al artículo 28, relativos a la asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones de ámbito estatal y todas aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma⁵³. El Registro Nacional de Asociaciones está estructurado en tres grupos de tratamiento registral, integrados a su vez por secciones de la siguiente forma: Grupo 1º: Asociaciones de la competencia del Registro Nacional de

⁵³ Véase el Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones.

Asociaciones; Grupo 2º: Asociaciones de los registros autonómicos; y Grupo 3º: Asociaciones incluidas dentro del ámbito de aplicación de la LO 1/2002, referidas en su artículo 25, de inscripción obligatoria en registros especiales (artículo 33 de la Ley 1/2002).

También en sede de relaciones intergubernamentales en materia asociativa, la LO 1/2002, de 22 de marzo, en el apartado VIII de su Exposición de Motivos, se refiere a los Consejos Sectoriales de Asociaciones como órganos de colaboración y asesoramiento de los que forman parte representantes de las Administraciones y de las asociaciones como marco de actuación común en los distintos sectores asociativo. Según el artículo 42 de la LO 1/2002 y “a fin de asegurar la colaboración entre las Administraciones públicas y las asociaciones, como cauce de participación ciudadana en asuntos públicos” se podrán constituir Consejos Sectoriales de Asociaciones, como órganos de consulta, información y asesoramiento en ámbitos concretos de actuación, integrados por representantes de las Administraciones públicas, de las asociaciones, y por otros miembros que se designen por sus especiales condiciones de experiencia o conocimiento, atendiendo a la distribución competencial concreta que en cada materia exista.

En cuanto a la legislación autonómica, debe destacarse la regulación de la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, la Ley 4/2003, de 28 de febrero, de Asociaciones de Canarias y la Ley 14/2008, de 18 de noviembre de 2008, de la Generalitat, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana, cuyo Capítulo III, sobre las relaciones interadministrativas.

Para finalizar este apartado sobre la función territorial del derecho de asociaciones, nos debemos referir al asociacionismo municipal, cuya finalidad justificadora consiste en prestar servicios que contribuyan a satisfacer las necesidades de los ciudadanos dentro del ámbito territorial delimitado en sus estatutos. En efecto, los municipios (entidades locales, en general) pueden constituir también asociaciones de ámbito estatal o autonómico para la promoción y protección de sus propios intereses comunes, lo que incluye la defensa de los municipios asociados ante otras instancias políticas y administrativas, como el Estado y las Comunidades Autónomas, materia a la que se aplicará su normativa específica y, en lo no previsto en ella, la legislación del Estado en materia de asociaciones. Estas asociaciones no tienen el carácter de Administración Pública y se rigen por la LO 1/2002 y lo dispuesto en sus propios estatutos, teniendo en cuenta las siguientes previsiones específicas que contiene la legislación de régimen local: a) Se les reconoce expresamente

capacidad para celebrar, en el ámbito propio de sus funciones, convenios con las distintas Administraciones Públicas (disposición adicional quinta de la Ley 7/1985); y b) La asociación de ámbito estatal de mayor implantación designa a los representantes de las entidades locales en la Comisión Nacional de Administración Local (función de carácter público –la de designar miembros de un órgano colegiado de carácter administrativo– que la ejercerá de acuerdo con sus Estatutos, v. art. 117 Ley 7/1985).

9. LA FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

En 1992, la Comisión de la Unión Europea propuso al Parlamento Europeo y al Consejo la aprobación de un Reglamento de la Asociación Europea (AE), con tres textos de estatutos que se debatieron en el Consejo hasta julio de 2006: el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), el Estatuto de la Mutualidad Europea (ME) y el Estatuto de la Asociación Europea (AE). Esta iniciativa de régimen de asociación europea estaba dirigido a que las personas físicas, las entidades distributivas no lucrativas (como las asociaciones la ley francesa) y otras partes interesadas (como empresas, etc.) cuenten con un instrumento jurídico adecuado que les permita promover sus intereses comunes a través de las fronteras de una manera más integrada, por medio de una sola Asociación Europea no lucrativa. La propuesta se basaba en el hecho de que esta actividad y esta cooperación transfronterizas se ven obstaculizadas por dificultades de orden jurídico y administrativo como consecuencia de discrepancias en las legislaciones nacionales y, a tal fin, el Estatuto podría ser adoptado, siempre con carácter opcional, tanto por las asociaciones de interés general como por las asociaciones comerciales o profesionales.

La propuesta de Estatuto consta de un proyecto de Reglamento, que establece las normas para la incorporación y el funcionamiento de una AE, y de una Directiva relativa a la participación de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones del consejo directivo⁵⁴. Aunque estos textos no han llegado a aprobarse, la función de integración supranacional europea del derecho de asociación ha sido retomada a través de la inserción del ejercicio del de-

⁵⁴ Propuesta original DO C99 de 21.4.1992 y propuestas modificadas DO C236 de 31.8.1993. C 236 de 31.8.1993, p. 1 a 56; DO C 176 de 8.7.1991, p. 1 a 68; y Adopción formal y final previa consulta al Parlamento Europeo en el Consejo de Ministros de 8 de octubre de 2001.

recho de asociación a nivel europeo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007⁵⁵. Concretamente, en el artículo 12 de la Carta se dispone sobre la *Libertad de reunión y de asociación* que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles”, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar, con otras, sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. Además, según el párrafo 2 de ese precepto y el artículo 10.4 del Tratado de la Unión Europea (TUE), los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión. No en vano, en virtud de la organización parlamentaria europea, los partidos europeos, las asociaciones profesionales y culturales así como los lobbies con formas asociativas se erigen en protagonistas de la vida política comunitaria con gran influencia en la vida parlamentaria y en los partidos políticos a escala europea. No olvidemos que no existirá una verdadera Unión Europea hasta que no exista una auténtica opinión pública europea, en cuya consecución los partidos políticos y las asociaciones supranacionales tienen un papel fundamental que cumplir en el proceso de integración europea con la base organizativa de las asociaciones nacionales y las que se constituyen a nivel europeo⁵⁶. Según el artículo 224 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecerán mediante reglamentos el estatuto de los partidos políticos a escala europea y en particular las normas relativas a su financiación.

En síntesis, está pendiente de aprobación la creación del Registro Europeo de Asociaciones y la propuesta del “Estatuto de la asociación europea” de 1991, cuyo objetivo es “crear un estatuto europeo que posibilite actuar en todo el territorio de la Comunidad a las asociaciones y fundaciones, proporcionando a las asociaciones europeas los instrumentos jurídicos

⁵⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007. C 303/2 *ES Diario Oficial de la Unión Europea* 14 de diciembre de 2007; y 2010/C 83/02. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:es.pdf>

⁵⁶ Parlamento Europeo. Comisión de Peticiones. 25 de julio de 2004, Comunicación a los miembros. Petición 229/2001, sobre la adopción de un estatuto asociativo europeo, así como las dos propuestas de Directiva por la que se completan tales estatutos en lo que respecta al cometido de los trabajadores (1991/0387 (COD) y 1991/0391(COD). 4 de julio de 2006. P6. A6-0229/2006; y Resolución del Parlamento Europeo sobre la evolución reciente y las perspectivas en materia de Derecho de sociedades (2006/2051).

adecuados”, basado en el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Asociación Europea (AE) “a partir de su inscripción en el registro designado por el Estado de su domicilio”⁵⁷.

10. LA FUNCIÓN DE REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN: EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, EL CONSEJO DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, EL CONSEJO DE LA GUARDIA CIVIL Y EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El derecho de asociación cumple finalmente una función constitucional de representación institucional en diversos ámbitos vitales para la configuración de nuestro Estado de Derecho: la representación sindical y empresarial presente en el Consejo Económico y Social, la ya referida de los Consejos Sectoriales de Asociaciones, la que se aplica en el ámbito del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas y del Consejo de la Guardia Civil⁵⁸ o la que opera respecto al órgano de gobierno del Poder Judicial, ámbito donde el derecho de asociación se ha revelado como una influyente forma de auto-organización de sus miembros, expresión de las reivindicaciones judiciales, plataforma para la convocatorias de “huelgas judiciales” (por ejemplo la de 18 de febrero de 2009 y otras parciales en 2012 con ocasión de la reforma de las tasas judiciales) y, desde la LO 2/2001, de 28 de junio, en virtud de la previsión constitucional, como cauce para la representación y composición del Consejo General del Poder Judicial⁵⁹.

En el primero de los casos referidos, según los artículos 1 párrafo 2, y 2 párrafos 1 y 4 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, el asociacionismo sindical y empresarial se hace presente en el Consejo como un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral, compuesto por tres Grupos: el Grupo Primero (veinte en representación de las Organizaciones Sindicales), el Grupo Segundo (veinte

⁵⁷ <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26017.htm>, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/cm/537/537570/537570es.pdf

⁵⁸ Véase la STC 291/1993, de 18 de octubre, sobre la petición de inscripción en el Registro de Asociaciones de la Unión Democrática de Guardias Civiles, y también F.J. 2º y F.J. 2º de la STC 85/1986, STC 254/1993, F.J. 3º, STC 77/1983, F.J. 3.º y STC 291/1993, de 18 de octubre. BOE 268, de 9 de noviembre.

⁵⁹ LO 2/2001, de 28 de junio, sobre composición del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE 155 de 29 de junio de 2001.

en representación de las organizaciones empresariales) y el Grupo Tercero (con veinte miembros de los cuales catorce son propuestos por entidades asociativas).

En los dos siguientes supuestos citados –castrense y judicial–, la representación institucional asociativa de sus miembros, de gran protagonismo en los últimos años, ha conducido a la cuestión de los límites del derecho de asociación, tanto constitucionales y legales⁶⁰, como los que se contienen en las normas internacionales.

En el ámbito castrense, aunque el artículo 22 de la Constitución de 1978 no contempla limitaciones subjetivas en la titularidad en el disfrute del derecho de asociación, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 21) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de diciembre de 1950 (art. 11), establecen restricciones a los funcionarios públicos, magistrados, militares y policías “miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado”, aunque sólo en cuanto constituya “una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenas” (artículo 11.2). A tal fin, en España debemos distinguir la regulación de las Fuerzas Armadas y la relativa a la Guardia Civil.

Por una parte, el artículo 14 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, dispone que los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la LO 1/2002. Cuando el ejercicio de este derecho tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos regulados en esta LO 9/2001, se ajustará a lo dispuesto en el Capítulo I del Título III sobre las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas. Siempre que tengan como finalidad la promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus asociados, estas asociaciones podrán realizar actividades sociales que favorezcan el ejercicio de la profesión, la deontología militar y la difusión de la cultura de seguridad y defensa, aunque no podrán interferir en las decisiones de política de seguridad y defensa, en el planeamiento y desarrollo de las operaciones militares y en el empleo de la fuerza.

⁶⁰ STC 104/1999, de 14 de junio 1999 (BOE 162 de 8 de julio de 1999).

En cuanto al régimen de independencia de estas asociaciones profesionales, se dispone que no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos, deberán respetar el principio de neutralidad política y sindical y no podrán incluir en su denominación ni en sus estatutos referencias políticas o ideológicas (art. 33). Tampoco podrán tener vinculación con organizaciones políticas o sindicales, realizar conjuntamente con ellas pronunciamientos públicos ni participar en sus reuniones o manifestaciones⁶¹, quedando excluidos del ámbito de su actuación el llamamiento al ejercicio del derecho de huelga, las acciones sustitutivas de la misma, la negociación colectiva y la adopción de medidas de conflicto colectivo, así como la realización de acciones que excedan el ejercicio de los derechos reconocidos en esta Ley a los miembros de las Fuerzas Armadas. Además, estas asociaciones deberán inscribirse en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas, habilitado al efecto en el Ministerio de Defensa, que sólo podrá denegarse mediante resolución motivada del Ministro de Defensa cuando el acta fundacional de la asociación o sus estatutos no se ajusten a los requisitos establecidos en la LO 9/2001 y LO 1/2002

Sobre sus derechos, según el artículo 40 de la LO 9/2001, las asociaciones profesionales inscritas en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas tendrán derecho a realizar propuestas, emitir informes y dirigir solicitudes y sugerencias relacionados con sus fines; asesorar y prestar apoyo y asistencia a sus asociados, así como representarlos legítimamente ante los órganos competentes de las Administraciones Públicas; y recibir información del Ministerio de Defensa sobre régimen de personal, protección social y sobre cualquier otro asunto que favorezca la consecución de sus fines estatutarios. Además, podrán estar representadas en el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, contribuir por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración de proyectos normativos

⁶¹ Según el artículo 33 de la LO 9/2011, de 27 de julio, estas asociaciones profesionales deberán tener ámbito nacional, se constituirán por tiempo indefinido y no podrán establecer su domicilio social en las unidades ni en las dependencias del Ministerio de Defensa (párrafo 4); además, en ningún caso estas asociaciones profesionales tendrán carácter lucrativo (párrafo 5). L. REBOLLO DELGADO, "Comentarios jurídicos a la Ley Orgánica 11/2007, reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil", *Cuadernos de la Guardia Civil*. 2ª Época, vol. XXXVII, 2008, pp. 1-8; J. RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO, "Informe de síntesis sobre las respuestas a un cuestionario relativo al Derecho de asociación de los militares". *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, 2004, pp. 405-407.

que afecten al régimen de personal, y presentar propuestas o realizar informes en relación con los asuntos que sean competencia del Consejo.

Para poder acceder al Consejo las asociaciones deberán contar con un mínimo de afiliados del 1%, si sus estatutos están abiertos a todas las categorías contempladas en dicho artículo, del 3% de los miembros de su categoría si la asociación es exclusivamente de oficiales o de suboficiales, y del 1,5% en el caso de las asociaciones de militares de tropa y marinería, y en el supuesto de que incluyan afiliados de dos categorías, deberán cumplir esos porcentajes en cada una de ellas. En este ámbito de la representación institucional de las asociaciones profesionales de las Fuerzas Armadas, el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas constituye el órgano donde pueden plantear propuestas o sugerencias en materias relacionadas con su estatuto y condición de militar, el ejercicio de los derechos y libertades, el régimen de personal y las condiciones de vida y trabajo en las unidades, quedando excluidas las materias relacionadas con decisiones de política de seguridad y defensa, con el planeamiento y desarrollo de los ejercicios u operaciones militares y el empleo de la fuerza.

El Consejo realiza las siguientes funciones: recibir, analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por las asociaciones profesionales independientemente de que estén representadas o no en el Consejo; tener conocimiento y ser oído sobre las siguientes cuestiones: establecimiento o modificación del estatuto profesional y del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; determinación de las condiciones de trabajo; régimen retributivo; planes de formación y perfeccionamiento de la enseñanza en las Fuerzas Armadas; régimen de permisos, vacaciones y licencias; planes de previsión social complementaria y asuntos que afecten a otros aspectos sociales, profesionales y económicos de los militares; informar, con carácter preceptivo y previo a su aprobación, las disposiciones legales y sus desarrollos reglamentarios; recibir información trimestral sobre política de personal; conocer las estadísticas trimestrales sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes en acto de servicio y enfermedades profesionales y sus consecuencias y sobre los índices de siniestralidad, así como los estudios periódicos o específicos que se realicen sobre condiciones de trabajo; y las demás que le atribuyan las Leyes y disposiciones generales.

En el caso de la Guardia Civil, la LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, concibe al Consejo de la Guardia Civil como órgano colegiado en el que participan

representantes de los miembros de la Guardia Civil y de la Administración. La finalidad de este órgano, que sustituyó desde su constitución al Consejo Asesor de Personal, se dirige a mejorar tanto las condiciones profesionales de los guardias civiles como el funcionamiento de la propia Institución. En principio, el artículo 3.c) de la LO 1/2002 dispone que los miembros de las Fuerzas Armadas habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y al resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación⁶², mientras que los miembros de la Guardia Civil “se registrarán por su normativa propia”⁶³. Según el artículo 23 de la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, la Guardia Civil es un Instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior en el desempeño de las funciones que se le atribuyen por la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden⁶⁴.

Pues bien, a partir de este encuadramiento institucional y conforme al artículo 9 de la citada LO 11/2007, los Guardias Civiles tienen derecho a asociarse libremente y a constituir asociaciones para la defensa y promoción de sus derechos e intereses profesionales, económicos y sociales (párrafo 1). A tal efecto, se distinguen dos tipos de asociaciones: a) Las asociaciones de Guardias Civiles que no tengan fines profesionales; y b) Las asociaciones de Guardias Civiles creadas con fines profesionales, que pueden alcanzar la consideración de asociaciones profesionales representativas, que son las que hubieran obtenido en las elecciones al Consejo de Guardia Civil, al menos, un representante o, en dos de las Escalas, el diez por ciento de los votos emi-

⁶² Véase la Disposición Adicional Cuarta de Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil. En virtud del artículo 2.2 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, “dada la naturaleza militar de la Guardia Civil y la condición militar de sus miembros, en su normativa específica se recogerá lo que disponen estas Reales Ordenanzas en aquello que les sea aplicable”.

⁶³ Véanse los apartados 58 y 59 (Epígrafe XIV) del Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, relativo al asociacionismo en las Fuerzas Armadas y, en particular, sobre la disposición adicional 2ª del anteproyecto. Dictamen del Consejo de Estado 1045/2001, de 9 de mayo de 2001, cit.

⁶⁴ En virtud del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la Guardia Civil, por su condición de instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica.

tidos en cada una de ellas. En ambos casos, los Guardias Civiles miembros de una asociación tienen derecho a participar activamente en la consecución de los fines de ésta, si bien las asociaciones de Guardias Civiles no podrán llevar a cabo actividades políticas o sindicales, ni formar parte de partidos políticos o sindicatos.

La concreta regulación de la función de representación institucional de las asociaciones de la Guardia Civil la encontramos en el Título VII, donde se dispone que el Consejo de la Guardia Civil (artículos 52-57) es un órgano colegiado creado bajo la presidencia del Ministro del Interior, o persona en quien delegue como órgano colegiado, en el que participan representantes de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y de los Ministerios del Interior y de Defensa, con el fin de mejorar las condiciones profesionales de su integrantes, así como el funcionamiento del Instituto. El Consejo de la Guardia Civil está compuesto, en representación de los miembros de la Guardia Civil, por los vocales elegidos por los integrantes del Instituto mediante sufragio personal, libre, directo y secreto, cuyo número se determina por Escalas, correspondiendo a cada una de ellas un vocal en el Consejo y uno más por cada 6.000 guardias civiles que estuvieran en activo en dicha Escala; y, en representación de la Administración General del Estado: los vocales nombrados por los Ministros del Interior y de Defensa hasta alcanzar igual número de representantes que los que hubieran sido elegidos por los miembros del Instituto. A las elecciones pueden presentarse candidatos tanto las asociaciones profesionales legalmente constituidas como las agrupaciones de electores, siempre que la agrupación esté formada, al menos, por el 10% de los efectivos incluidos en el censo electoral de la Escala a la que se presente la candidatura⁶⁵.

Por último, en el caso concreto del derecho de asociación en el desenvolvimiento institucional de los miembros del Poder Judicial, según el artículo 117 de la Constitución y 390 y 395 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo, no pueden desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos, si bien la Ley

⁶⁵ En las primeras elecciones de 22 de enero de 2009 la representación de los miembros de la Guardia Civil fue elegida –por un mandato de cuatro años– conforme al artículo 56, que establece un sistema de unas listas de ámbito nacional para cada una de las Escalas, debiendo pertenecer a la Escala a cuya elección se presenten. Se presentaron dieciocho candidaturas correspondientes a nueve asociaciones profesionales o agrupaciones de electores y se eligieron a los quince miembros del Consejo de la Guardia Civil, con una participación del 34,16 por ciento (29.407 de 86.000 electores).

establece el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales⁶⁶. Pues bien, frente al tenor original de la LOPJ, desde la LO 2/2001, de 28 de junio, el derecho de asociación profesional de Jueces y Magistrados está vinculado a la representación institucional y la composición del Consejo General del Poder Judicial en doce de sus vocales, quienes son elegidos “entre jueces y magistrados de todas las categorías”. A tal fin podrán ser propuestos los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo y no sean miembros del Consejo saliente. La propuesta es formulada al Rey por el Congreso de los Diputados y el Senado, correspondiendo a cada Cámara proponer seis Vocales, por mayoría de tres quintos de sus respectivos miembros, entre los presentados a las Cámaras por los Jueces y Magistrados. Los candidatos serán presentados, hasta un máximo del triple de los doce puestos a proponer, por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 % de todos los que se encuentren en servicio activo. En el supuesto de que el número de candidatos avalados mediante firmas no baste para cubrir el número total de 36, los restantes se proveerán por las asociaciones, en proporción al número de afiliados. Entre los treinta y seis candidatos presentados, se eligen seis vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados, y una vez elegidos estos seis vocales, el Senado elegirá los otros seis entre los treinta candidatos restantes⁶⁷.

En consecuencia, tras la reforma de 2001, las asociaciones profesionales de jueces alcanzan un estatuto de representación institucional de indudable protagonismo en la estructura del poder judicial que preserva la LO 4/2013, de 28 de junio, entre cuyas principales novedades se incluye el derecho de cualquier juez a presentar su candidatura a vocal del Consejo General del Poder Judicial con la única condición de aportar el aval de veinticinco miembros de la carrera judicial en servicio activo o el de una asociación judicial, en cuyo caso cada juez o asociación podrá, a su vez, avalar a un máximo de doce candidatos. Todas las candidaturas (no un listado de 36, como dispone la LOPJ desde 2001) se remitirán a las Cámaras para que cada una de

⁶⁶ Véase Borrador del Proyecto de Constitución, pp. 280-385. Minuta de los Acuerdos de la Ponencia de Constitución en su Sesión del 8 de septiembre de 1977, p. 413, <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf>

⁶⁷ R. SERRA CRISTÓBAL, “El derecho de asociación de los Jueces: asociacionismo profesional y asociación del Juez a asociaciones no profesionales”, *REDC*, 83, 2008, pp. 115-145; R. SERRA CRISTÓBAL, “El derecho de asociación de los Jueces: asociacionismo profesional y asociación del Juez a asociaciones no profesionales”, *REDC*, núm. 83, 2008, pp. 115-145.

ellas proceda a la elección de los seis vocales de extracción judicial que le corresponden. En su designación las Cortes, procurarán respetar la proporción existente en la carrera judicial entre afiliados y no afiliados y, como mínimo, la proporción de tres Magistrados del Tribunal Supremo, tres con más de veinticinco años de antigüedad, y seis Jueces o Magistrados sin sujeción a antigüedad⁶⁸.

11. CONCLUSIONES

Configurado legal y jurisprudencialmente a lo largo de los últimos treinta y cinco años, la indeterminación terminológica originaria del derecho de asociación ha derivado en una progresiva delimitación de sus contenidos conceptuales, tanto en la dimensión individual del derecho como en su faceta colectiva, a lo que ha contribuido decisivamente la jurisprudencia constitucional, la LO 1/2002, de 22 de marzo, los Tratados internacionales, la jurisprudencia ordinaria y la doctrina científica. Este acervo jurídico ha ido decantando, en palabras de Peces-Barba, las “exigencias éticas de dignidad juridificadas” del derecho de asociación, hasta tal punto de transformar el artículo 22 de la CE en uno de los ejemplos más evidentes del carácter normativo de nuestra Constitución de 1978 en materia de derechos, posibilitando el ejercicio del derecho general de asociación, pero también el funcionamiento de entidades fundamentales del Estado social y democrático de Derecho: partidos políticos, sindicatos, fundaciones, organizaciones sociales y entidades de los más heterogéneos sectores de la vida española, en un contexto de desarrollo pleno del Estado de las Autonomías y del proceso de integración normativa europea.

Precisamente, como materia objeto del sistema de distribución competencial, las funciones del derecho de asociación ha propiciado la aparición de un “Derecho autonómico sobre asociaciones” en los Estatutos de Autonomía –más evidente tras las reformas estatutarias del periodo 2006-2011– y en particularmente en las leyes canaria, valenciana, andaluza, catalana y vasca sobre asociaciones, incorporando al bloque de constitucionalidad el proceso de territorialización iniciado en 1978. Asimismo, en el contexto del proceso de integración europea, se promueve un Reglamento de la Asociación Europea (AE),

⁶⁸ Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado en el Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2012. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292364207755?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>. Consultado: 30 de diciembre de 2012.

cuyo régimen de asociación europea se dirige a que las personas físicas, a las entidades distributivas no lucrativas (como las asociaciones la ley francesa) y a otras partes interesadas (como empresas, etc.) cuenten con un instrumento jurídico adecuado que les permita promover sus intereses comunes a través de las fronteras de una manera más integrada, por medio de una sola Asociación Europea no lucrativa. Aunque este derecho europeo de asociaciones está pendiente de aprobación, la función de integración supranacional europea del derecho de asociación cuenta ya con su inserción del ejercicio del derecho de asociación a nivel europeo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007, cuyo artículo 12 dispone sobre la *Libertad de reunión y de asociación* que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles”, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar, con otras, sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. Además, según el párrafo 2 de ese precepto y el artículo 10.4 del TUE, los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión, erigiéndose en protagonistas de la vida política comunitaria con gran influencia en la vida parlamentaria y en los partidos políticos a escala europea como entidades en los que se ponen todas las esperanzas para superar la actual crisis de la integración europea y revitalizar el funcionamiento de sus instituciones.

Por todo ello, superada más de una década desde que se promulgara la LO 1/2002 e integrado conceptualmente el derecho fundamental de asociación, parece haber llegado el momento de hacer balance la configuración que de este derecho sistematizando las importantísimas funciones constitucionales que ha desempeñado en nuestro régimen constitucional: a) El derecho de asociación y su función legitimadora y definitoria del régimen constitucional y de su sistema de valores; b) La función del derecho de asociación en la fundamentación jurisprudencial de los derechos de las personas; c) La función normativa general del derecho de asociación como régimen común de otros derechos; d) El derecho de asociación y su función instrumental como garantía subsidiaria de otros derechos; e) La función integradora del derecho de asociación de los extranjeros; f) La función territorial: el derecho autonómico sobre asociaciones; g) La función de integración supranacional del derecho de asociación; y h) La función de representación del derecho de asociación en el ámbito de funciones constitucionales de relevantes instituciones del Estado en el Consejo Económico y Social, en el Consejo de Personal de las

Fuerzas Armadas, en el Consejo de la Guardia Civil y en el Consejo General del Poder Judicial.

A la luz de su eficaz capacidad integradora de los más diferentes grupos sociales y profesionales, y como ámbito donde se resuelven los conflictos sociales y políticos y donde se suscitan las realidades no previstas por la Constitución de 1978 (inmigración, víctimas de los delitos, consumidores...), podemos afirmar que no podría entenderse la vida institucional, política y social de España sin las funciones sustantivas e instrumentales desempeñadas por el derecho de asociación en los ámbitos troncales donde se proyecta la Constitución de 1978 como norma reguladora del Estado social y democrático de Derecho: la representación política y territorial articulada a través de los partidos políticos, la concertación económica y social acordada por las organizaciones sindicales y empresariales, la integración social de los extranjeros a través del tejido asociativo, la defensa de los intereses de los consumidores en el contexto de las crisis económicas y financieras, la organización profesional de jueces y magistrados y de la Guardia Civil o la actividad promotora de las iniciativas de la sociedad civil por parte de las fundaciones.

De esta manera, y en síntesis, las ocho funciones del derecho de asociación completan la configuración legal y jurisprudencial de este derecho individual/libertad colectiva, labrada primeramente en un proceso complejo de delimitación conceptual a partir de una ley preconstitucional y después a tenor de la LO 1/2002, y nos permiten valorar la relevancia de un derecho fundamental de primer orden cuyo carácter general para otros derechos (participación política, fundaciones...) y su vocación instrumental para la democracia participativa y del Estado social lo convierten –junto al derecho de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva– en el tercer “derecho estrella” de nuestro régimen constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L., “Derecho de asociación”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2219.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2006, pp. 187-204.
- ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

- BERMEJO VARA, J., "La dimensión constitucional del derecho de asociación". *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, pp. 119-148.
- BILBAO UBILLOS, J.M., *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997.
- BRUNELLI, G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano, 1991.
- CRUZ VILLALÓN, P., "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pp. 63-84.
- DE OTTO Y PARDO, I. "Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 10, 1984, pp. 53-72.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y Constitución. Estudio específico del artículo 22 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ SESGADO, F., "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 195-247.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Derecho de asociación: Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.
- HÄBERLE, P. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2000.
- LAHERA FORTEZA, J., "Libertad de asociación en España"; en VALDES DALRE, F. *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006, pp. 279-306.
- LÓPEZ-NIETO, F., *La ordenación legal de las asociaciones*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- *Manual de Asociaciones. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, Formularios*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1987.
 - *La ordenación general de las asociaciones: doctrina, jurisprudencia, formularios*. 3.^a Edición. Dykinson, Madrid, 2000.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E. *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996.
- *Igualdad u autonomía: las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1999.
- PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 169-190.
- PECES-BARBA, G. *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., BARRANCO AVILÉS, M.C. ASÍS ROIG, R. DE, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

- PECES-BARBA, G.; QUADRA SALCEDO, T.; MOHEDANO, J. M.; GONZÁLEZ, P., *Sobre las libertades políticas en el Estado español. (Expresión, reunión y asociación)*, Fernando Torres, Valencia, 1977.
- PELAYO OLMEDO, J. D., "El derecho de asociación en la historia constitucional española, con particular referencia a las leyes de 1887 y 1964", *Revista Electrónica de Historia del Derecho*, núm. 8, 2007, pp. 1-28.
- PÉREZ LUÑO, A., "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, pp. 257-275.
- "Sobre la igualdad en la Constitución Española", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, pp. 133-152.
- REBOLLO DELGADO, L., "Comentarios jurídicos a la Ley Orgánica 11/2007, reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil", *Cuadernos de la Guardia Civil*. 2ª Época, XXXVII, 2008, pp. 1-8.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J., "Informe de síntesis sobre las respuestas a un cuestionario relativo al Derecho de asociación de los militares". *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, 2004, pp. 405-414.
- RUBIO LLORENTE, F. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Introducción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 9-36.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociación", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 22, 1979, pp. 442-452.
- SERRA CRISTÓBAL, R. "El derecho de asociación de los Jueces: asociacionismo profesional y asociación del Juez a asociaciones no profesionales", *REDC*, núm. 83, 2008, pp. 115-145.
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J. "Asociación y Constitución", en GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ CARANDE, Eduardo *et al*, *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2002, pp. 473-506.

JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES
Facultad de Derecho. Sede de Algeciras.
C/Alfonso XI, 6. 11201 Algeciras (Cádiz)
Avda. Andalucía 44 11.008 Cádiz
e-mail: Joaquín.alles@uca.es

CORRUPCIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS¹

CORRUPTION AND ACCOUNTABILITY

JUAN JESÚS MORA MOLINA
Universidad de Huelva

Fecha de recepción: 21-3-13

Fecha de aceptación: 5-7-13

Resumen: *Toda democracia tiene que hacer frente, tarde o temprano, al fenómeno de la corrupción. Su supervivencia dependerá de la determinación de los gobiernos y de la eficacia de las medidas de rendición de cuentas adoptadas. Ciertamente, al manifestarse la corrupción de maneras muy dispares, no disponemos de explicaciones universalmente válidas acerca del abuso de poder o de la apropiación de bienes públicos para beneficio privado. No está nada claro que los tipos ideales ayuden demasiado, pues los clivajes sobre los que se erigen las instituciones de las distintas democracias confieren rasgos particulares, generando criterios de corruptibilidad heterogéneos según el régimen analizado. Por tanto, esa pluralidad de aristas convierte en conveniente y esencial el estudio de la corrupción desde la Filosofía del Derecho y la Filosofía Política.*

Abstract: *Democracy, sooner or later, has to face corruption. Its survival will depend on both the decisions made by governments and the effectiveness of the steps taken to hold incumbents and officials accountable. In truth, we cannot offer universally valid explanations to throw light on abuse of power or on*

¹ La redacción de este artículo trae como causa la publicación por parte de los profesores Manuel Villoria y Fernando Jiménez, en el número 156 (abril/junio 2012) de la *Revista de Estudios Políticos*, de uno de los pocos trabajos aquilatados y críticos acerca de la corrupción en España, y sobre la metodología de medición más extendida, cuya autoría es imputable a la ONG *Transparencia Internacional*. La difusión de las últimas noticias en torno a la corrupción política en nuestro país no ha incidido, por tanto, en la voluntad del autor de estas páginas, al emprender las tareas de búsqueda de documentación pertinente en noviembre de 2012. No obstante, los contenidos son plenamente aplicables. Este trabajo sirve de continuación a "Accountability electoral: ¿elecciones como mecanismo de rendición de cuentas?", *Sistema*, núm. 228, octubre 2012, pp. 98-117.

appropriation of public goods for private benefit, because corruption is shown up in several ways. It is in doubt that the efforts of designing an ideal-type could help a lot, because the amount of cleavages on which different democracies' institutions are built discloses characteristics unique to them and makes criteria of malfeasance shifted from one polity to another. Consequently, that plurality of views encourages Philosophy of Law and Political Philosophy approaches as suitable and essential ones.

Palabras clave: calidad de la democracia, corrupción, transparencia, rendición de cuentas, Gobierno Abierto

Keywords: quality of democracy, corruption, transparency, accountability, Open Government

[Corruption] is, indeed, a unique and highly complex thing; an institution [...] rather than a condition of society or a temper or tendency of any class of individuals

Francis McGovern, 1907

Democracies die behind closed doors

Detroit Free Press v. Ashcroft, 303, F._{3d} 681, 68₃ (6th Cir. 2002)

1. INTRODUCCIÓN

En 1956, el entonces Profesor de Historia Eric Louis McKritik, en una célebre intervención ante los miembros de la *Society for Social Research* de la Universidad de Chicago, afirmó que a casi nadie le resultaba interesante investigar la corrupción desde un punto de vista analítico y que los esfuerzos que hasta entonces se habían venido haciendo sobre el tema eran debidos a motivos prácticos guiados por el compromiso con reformas en el sistema y no tanto por la naturaleza del objeto de estudio.² Ciertamente, buena parte de la literatura generada hoy día sigue respondiendo a esa descripción.

De hecho, la relación entre corrupción y praxis es tan estrecha que es inevitable la presencia de ciertos tipos de comportamientos catalogables bajo la etiqueta de “corruptos” en cualquier sistema de organización social. En ese sentido, al caracterizarse la corrupción como un fenómeno

² E. L. MCKRITICK, “The Study of Corruption”, *Political Science Quarterly*, núm. 72, vol. 4, 1957, p. 502.

altamente complejo y pluridimensional³, su abordaje ha de realizarse necesariamente desde una perspectiva multidisciplinar, coordinando las metodologías disponibles⁴, dada la gran heterogeneidad de sus manifestaciones. Actualmente, investigadores de distintos campos han comenzado a mostrar una inusitada disposición para su análisis. Una de las consecuencias más directas de esa vorágine trae como motivo la opacidad del concepto “corrupción”. La paradoja reside en que a medida que abundan las explicaciones procedentes de diferentes aproximaciones disciplinares, en conjunto no contribuyen a un mejor esmero aclaratorio. Esa avalancha interpretativa es, a la vez, causa y efecto de la confusión que rodea al término, pues las conclusiones extraídas no siempre son concordantes sino, en ocasiones, muy contradictorias.

Qué se entiende por “corrupción”, cómo es percibida por la ciudadanía, cómo es posible localizarla y evaluarla, cuáles son las vías e instrumentos más adecuados para calcular su impacto, cómo atacarla o por qué se producen conductas deshonestas y/o ilegales censurables como “corruptas”, son preguntas que, por tanto, reciben las más variadas respuestas. Algo lógico por otra parte, ya que se ha de asumir que la corrupción es tanto proceso como resultado en el marco del *modus operandi* de un modelo organizado de convivencia. Esa peculiaridad, al demandar un examen detenido que englobe perspectivas variadas, promueve e insta a que la exploración político-institucional, por su carácter holístico, ocupe de forma irremediable un lugar destacado.⁵ Pero aun siendo esto completamente cierto, el tratamiento semántico del término es harto preciso para alcanzar una mejor comprensión del mismo y un mejor acotamiento en la arena fáctica.

Sin embargo, ya que el propósito de estas páginas se ciñe a cómo la calidad de la democracia es afectada por la corrupción en algunas de sus vertientes, es aconsejable evitar conclusiones demasiado apresuradas. Si relacionamos los conceptos de “corrupción” y de “calidad democrática”, dos hipótesis básicas surgen de inmediato: de una parte, que una democra-

³ P. M. HEYWOOD, “Corruption in Contemporary Spain”, *Political Science and Politics*, núm. 40, vol. 4, 2007, p. 41.

⁴ Vid. G. DE GRAFF, “Causes of Corruption: Towards a Contextual Theory of Corruption”, *Public Administration Quarterly*, núm. 31, vol. 1, 2007, pp. 43 ss.

⁵ J. GERRING & S. C. THACKER, “Political Institutions and Corruption: The Role of Unitarism and Parliamentarism”, *British Journal of Political Science*, núm. 34, vol. 2, 2004, p. 295.

cia de baja calidad será presa fácil de la corrupción⁶; de otra, el incremento de la corrupción originaría el descenso de la calidad democrática⁷. En la primera, el riesgo de decadencia por una pendiente resbaladiza existe desde su diseño por el poder constituyente, mientras que en la segunda el componente relevante es la permisión de conductas que minen el nivel de confianza en los poderes del Estado y en sus distintas instituciones político-administrativas. ¿Por qué? Concibo dos razones básicas, una de carácter objetivo y otra de naturaleza más subjetiva. Desde un punto de vista objetivo, al comparar la corrupción con otras patologías político-económicas (v.gr, explotación, violación de derechos humanos, represión, recesiones profundas o terror de Estado), no podemos considerar que se trate de la peor de todas, aun siendo de una enorme lesividad.⁸ Pero desde la esfera de la percepción individual, su importancia se dispara, pues la estabilidad y la supervivencia de cualquier régimen político dependerán de la legitimidad de la que se haga acreedor, y a este respecto las democracias son los regímenes que más sufren.

En efecto, la valoración subjetiva es la que más puede menoscabar a las democracias, y en menos tiempo. A medida que la percepción sobre la legitimidad institucional y gubernamental se debilita, la democracia, al menos en la versión experimentada, comienza a dejar de ser una oferta políticamente atrayente.⁹

⁶ Casos muy típicos son los catalogados como “democracias delegativas” por G. O’DONELL en Latinoamérica o algunas de las nuevas democracias de Europa del Este o africanas, como Nigeria.

⁷ El ejemplo más notable reside en cómo el mecanismo forjado por la interacción de las diversas variables de un sistema electoral dado arroja indefectiblemente a los competidores hacia la corrupción política.

⁸ M. E. WARREN, “Political Corruption as Duplicitous Exclusion”, *Political Science and Politics*, núm. 39, vol. 4, 2006, p. 803.

⁹ En el famoso artículo “A Reassessment of the Concept of Political Support”, *British Journal of Political Science*, núm. 5, 1975, pp. 435-457, D. EASTON estableció la diferencia entre “diffuse” y “specific support”. Mediante la misma, se busca pertrechar una explicación adecuada al nexo pérdida de legitimidad-cambio de o en el régimen. Podríamos precisar que el apoyo o legitimidad difusa sería como una especie de creencia en los valores del régimen y de sus instituciones, a pesar de que se perciba un funcionamiento deficiente. No se cuestionaría la continuidad del régimen, si bien se haría hincapié en la necesidad de ciertas reformas legales, administrativas e institucionales que aseguren su viabilidad futura. En cambio, por apoyo o legitimidad específica, es el régimen, en su conjunto, el que queda en entredicho al constarse una falla cada vez más ancha entre la ciudadanía y el sistema institucional vigente.

Si la ciudadanía

- pierde la fe en sus representantes y gobernantes al sospechar que las decisiones que se toman adolecen de publicidad, de transparencia y no se traducen en un palpable beneficio colectivo¹⁰;
- percibe una rotación en los cargos de poder por parte de un mismo grupo de sujetos, incluso si se ha producido cambio de gobierno;
- aprecia que los políticos están por encima de la ley, actuando con un amplio margen de impunidad¹¹;
- considera que para acceder a ciertos tipos de recursos es preciso la intermediación de “conseguidores” adscritos o muy cercanos a siglas políticas;
- observa que no existe un control efectivo y real del transfugismo;
- experimenta fracasos a la hora exigir responsabilidades vía judicial a las élites políticas; y

¹⁰ Este primer punto es decisivo: si el conjunto de los ciudadanos se encuentra imposibilitado de monitorizar el proceso de toma de decisiones, será irrealizable la tarea de prevenir colusiones y componendas. Igualmente, la finalidad de la transparencia no es disponer sin otro propósito de una cada vez más amplia cantidad de información, sino la obtención de aquella información que redunde en la mejora del bienestar social. En otras palabras, el derecho a la información y la exigencia de transparencia deben concebirse como instrumentos y no como fines en sí mismos. Por tal razón, al no erigirse como derechos absolutos, han de ponderarse con los beneficios del secreto o de restricciones justificadas al derecho de información. Un ejemplo, que es clásico y que saca a colación oportunamente, es el de si se ha de dar a la luz el listado de contribuyentes que han regularizado su situación con la Hacienda Pública mediante la denominada “declaración tributaria especial”. Los estudios en casos similares demuestran que una excesiva transparencia en relación con porcentajes de fraude fiscal se traduce en deseos de evadir o defraudar. Por tanto, no es sorprendente que las previsiones del ejecutivo hayan fracasado por exorbitantes, no por la cantidad que se podría haber recaudado sino por las expectativas de ingresos. Para muchos, los costes futuros de la regularización pueden ser disuasorios. Vid. D. EPPS, “Mechanism of Secrecy”, *Harvard Law Review*, núm. 121, vol. 6, 2008, pp. 1556-1577. No obstante, la promulgación de una Ley de Transparencia se torna un deber inexcusable en un Estado de Derecho como un instrumento eficaz tanto para facilitar como para incrementar la calidad de una democracia dada. A este respecto, convendría consultar la clasificación realizada por *Center for Law and Democracy y Access Info*, el *Global Right to Information Rating Map*, acerca de cómo se garantiza el derecho de acceso a la información en los distintos países del mundo, y sobre todo en las democracias avanzadas (<http://www.rti-rating.org/index.php>).

¹¹ Es cierto que sin transparencia se abren las puertas a toda clase de arbitrariedades, y por supuesto se instaura la ausencia de rendición de cuentas, más allá del veredicto de las urnas. La cuestión es hasta dónde es deseable que llegue el requerimiento de transparencia y qué mecanismos podrían ponerse en marcha. Vid. L. STIRTON & M. LODGE, “Transparency Mechanisms: Building Publicness into Public Services”, *Journal of Law and Society*, núm. 28, vol. 4, 2001, pp. 471-489.

- presume que las instituciones respaldadas por el Estado de Derecho se convierten en medios para la obtención de beneficios privados, entonces esa experiencia democrática ve amenazada su continuidad.¹² Una situación que empeora si añadimos otro ítem más:
- la creencia en que los recursos presupuestarios requeridos por los derechos comprometidos por el Estado son derivados hacia aquellos sectores más proclives al contubernio y la colusión, en los que sea más fácil lograr y disimular réditos crematísticos a través de prestaciones de servicios y/o de adquisición de bienes sobrevaloradas económicamente o, incluso, inexistentes.¹³

Teniendo en cuenta estos antecedentes, ¿qué podemos aportar desde el ámbito de la Filosofía del Derecho y Política? Sinceramente, creo que mucho. La corrupción, en un sentido amplio, obligaría a adentrarnos tanto en los dominios de la Teoría de la Democracia como en los de la Teoría de la Justicia. Estimo que es un tratamiento proporcionado, pues la conjunción de aproximaciones empíricas y normativas –corrigiéndose mutuamente– se destaca como un factor esencial. Si queremos obtener resultados que nos permitan avanzar en la mejora de la democracia observable y en el perfeccionamiento de modelos normativos, es imprescindible que estos últimos no prescindan del anclaje con la realidad, al igual que el rediseño de las democracias se realice de acuerdo a principios coherentes, racionales y sólidos.

2. ADVERTENCIAS PRELIMINARES

A la hora de seleccionar la postura metodológica más útil, las siguientes observaciones podrían despejar ciertos obstáculos.

- *Descartar la exclusividad a favor de la integración de enfoques.*– Los filósofos políticos nada o muy poco aportan al reflexionar sobre la ontología de “lo corrupto” –desde un punto de vista “realista”– sin referencia contextual alguna, así como es improductivo decretar que la corrupción es un contravalor desde el punto de vista axiológico sin acotar a qué tipo de comportamientos nos estamos refiriendo. Igualmente, los filósofos del derecho no pueden caer en la tentación

¹² A. MUNGIU, “Corruption: Diagnosis and Treatment”, *Journal of Democracy*, núm. 17, vol. 3, 2006, p. 92.

¹³ A. JAIN, “Corruption: A Review”, *Journal of Economics Surveys*, núm. 15, vol. 1, 2001, pp. 73-74.

positivista de reducir la corrupción a ciertos tipos penales o faltas administrativas, pues los comportamientos indignos superan, con mucho, las prohibiciones establecidas legalmente y la propia legalidad –como iusnaturalistas muy conocidos advirtieron– puede ser corrupta. La corrupción, por tanto, trasciende las normas técnicas y su aplicación. Entonces, ¿cómo se origina e instaura?

- *Definir la corrupción a partir del impacto en los diversos regímenes políticos.*- Qué hace perder la legitimidad a un régimen político y cómo entra en una espiral de degeneración son dos cuestiones básicas y primordiales. Para una nutrida corriente de autores, el aspecto central de su labor no radica en obsesionarse en encontrar una definición de corrupción, sino en conocer cuál es el umbral máximo de ilegitimidad para cada uno de los distintos regímenes observados. El propósito no radicaría en detectar y clasificar las distintas corruptelas en un régimen, sino en cuándo se podría catalogar con propiedad a un régimen de “corrupto”, es decir, cuándo se traduce la corrupción en un peligro sistémico real. El objetivo prioritario no es el establecimiento de taxonomías sino averiguar qué tipo de corrupción es negativa para un régimen político dado. Aquí, las perspectivas sociológica, la politológica y la filosófica han de convivir retroalimentándose, y con saldos mucho más positivos que los derivados de la abstracción pura.
- *Localizar un determinado nivel, aun controlado y funcional, de corrupción no es de obligada aceptación en el plano prescriptivo.*- Las teorías de la justicia más en boga no nos aportan ninguna contribución definitiva, tan solo una serie de presunciones moralizantes y estéticas, y que, desde el prisma lógico y de coherencia interna, no tienen por qué ser ésas, ya que bien podrían ser otras. La racionalidad de sus principios, así como sus cauces procedimentales, deberían ser convalidados por la razonabilidad que proyecten su puesta en práctica en varios escenarios. La estética del diseño teórico y la exigencia de defender ciertos principios morales no son dimensiones sinónimas. Su equiparación termina poniendo de manifiesto que la autosatisfacción de la razón no se suele corresponder con la arquitectura de las complejas realidades político-sociales.
- *Rehuir, como contexto de justificación, tipos-ideales demasiado esencialistas y aceptados acríticamente.*- Cualquier tipo-ideal debería constituir el último eslabón de la cadena, nunca el primero, a fin de no des-

preciar, esquivar o repudiar acotamientos conceptuales cada vez más precisos, entornos y marcos teóricos que conecten con la experiencia. A medida que se escrutan más entornos, los tipos-ideales tienden a modificarse paralelamente a resultas de una especie de equilibrio reflexivo.

3. ¿A QUÉ NOS ENFRENTAMOS?

De acuerdo con las precisiones precedentes, debemos preguntarnos qué podemos entender por “corrupción”. Con exactitud, no se puede asegurar. En la actualidad, no contamos con respuestas universalmente válidas para comprender la corrupción en todas sus dimensiones.¹⁴ La evidencia más notoria es la de que no es posible referirse con propiedad al fenómeno objeto de estudio. No existe una definición incontrovertible, por lo que la carencia de una descripción completa e idónea trae aparejada la secuela de impedir la creación de indicadores certeros que detecten y midan tipos y niveles de corrupción.¹⁵

¹⁴ Un complicación que se agudiza al vernos obligados a distinguir entre “corrupción” y “apariencias de corrupción”. A partir da la mitad de la década de los pasados 60, se comienza a estudiar en EE.UU. qué tipos de comportamientos políticos y decisiones gubernamentales provocan la decepción en la ciudadanía. Lo que se denomina “desconfianza institucionalizada” toma como origen la divergencia entre los intereses de los representantes y los de los representados. A medida que la distancia aumenta, se incrementa la desconfianza, ya que la percepción de alejamiento implica, asimismo, una cierta constatación de exclusión. Pero esa ligazón de intereses ha sido sustituida en las democracias actuales por la presunción de la veracidad de los discursos de los líderes en competición por el poder. Esto es, a más valoración de un líder, mayor veracidad de su mensaje. Con lo cual, el vínculo no estribaría en compartir intereses comunes sino en realizar un cálculo positivo en torno al cumplimiento de las expectativas creadas. Vid. M. E. WARREN, “Democracy and Deceit: Regulating Appearances of Corruption”, *American Journal of Political Science*, núm. 50, vol. 1, 2006, pp. 160-174. Para evitar la degeneración de los regímenes democráticos es preciso que todos los partidos y/o formaciones que aspiren a representación y/o gobierno actúen dentro del marco de un código vinculante y sancionatorio. Las normas para una “buena praxis política” no deben quedar al albur de la voluntad de los partidos de incluir en sus estatutos una serie de principios regulatorios de su acción. Es imperativa la redacción de un código coactivo. A este respecto, aun cuando se relega al ámbito ético, es recomendable la lectura de A. ARGANDOÑA *et al.*, “Code of Ethics for Politicians”, *Ramon Llull Journal of Applied Ethics*, núm. 3, 2012, pp. 9-16.

¹⁵ Una particularidad que contribuye a la dificultad de definir qué es corrupción se debe a que casi todo el mundo que escribe sobre la misma busca denodadamente la autoría de una definición. Desde mediados de la década de los pasados 90, varios artículos de revisión fueron dedicados tanto a recopilar el esfuerzo definitorio como a considerar el impacto de las

Esa ausencia termina provocando un enorme sesgo fáctico a la hora de identificar comportamientos catalogables como “corruptos”, de la misma manera que trunca la adopción de estrategias ajustadas para combatirlos. Como prueba de lo dicho, investigaciones empíricas subrayan que los efectos inmediatos, el desarrollo y las consecuencias en el tiempo de los comportamientos “corruptos” son inevitablemente dispares en distintos contextos, aunque las razones y condicionantes que operasen pudiesen ser similares. Lo que en un sistema pudiera ser corrupción, en otros –al menos– sería objeto de discusión.

3.1. Confusiones comunes

Algunos autores, a fin de despejar las incertidumbres, se aventuran a establecer una serie de similitudes entre corrupción y algunas figuras y patrones de comportamiento. Las más habituales equiparan las corruptelas con impuestos o tasas, prácticas lobísticas o búsquedas de rentas.¹⁶ ¿Son defendibles tales equiparaciones o únicamente sirven como “pedagogía popular”?

Aquellos que son de la opinión de que la corrupción funciona como una especie de impuesto o de tasa especial, deben pertrechar una vasta defensa ante esa analogía, que es ampliamente discutible. Por ejemplo, el incumplimiento de la promesa por parte de quien recibe la cantidad de dinero pactada o el favor determinado no puede ser restituido por medio de la tutela judicial efectiva, así como no parece técnicamente viable igualar un impuesto legalmente establecido con un coste de transacción ilegal.

Quienes contemplan la corrupción como algo muy cercano a las prácticas logísticas tienden a combinar dos procederes, que de suyo, por sus inercias respectivas, colisionan: el abono de sobornos a un trabajador o cargo público para obtener una posición ventajosa y el ofrecimiento de apoyo financiero a un gobierno para que cambie ciertas normas “incómodas” del Ordenamiento Jurídico. Ambas singularidades no hacen muy factible el paralelismo entre *lobby* y corrupción. El lobismo implica una acción colectiva en pos de unos fines, mientras que el soborno suele ser individual. De igual forma, una vez

distintas definiciones en el ámbito de la investigación. Todos ellos parecen desembocar en una conclusión semejante: la inexistencia de una teoría sobre la corrupción se debe, en buena parte, a la ausencia de un amplio consenso sobre qué es corrupción.

¹⁶ J. SVENSSON, “Eight Questions about Corruption”, *Journal of Economics Perspectives*, núm. 19, vol. 3, 2005, pp. 20-21.

que un gobierno modifica algunas normas legales, éste no es proclive a reclamar nuevos aportes futuros; en cambio, quien solicita sumas a cuenta por una decisión o acción presente y particular, lo volverá a hacer más tarde si al sopesar costes y beneficios, la balanza se inclina hacia estos últimos. Y lo que es más importante, el *lobby* termina trascendiendo a la opinión pública; el soborno, por lo que se juegan las partes implicadas, no.

Asimismo, tampoco se ha de confundir corrupción como “extracción de rentas” con “búsqueda de rentas”. Lo que parece fuera de toda disputa es que la extracción de rentas, es decir, la obtención de beneficios mediante transferencias expresamente prohibidas o por conductos legales de dudosa moralidad y estética que actúan como normas de cobertura, sí es corrupción; en cambio, “búsqueda de rentas” es un concepto relegado a la intervención del gobierno en economía para lograr mayores recursos para el erario público. Para algunos autores, la extracción de rentas es inevitable siempre que intervienen las distintas administraciones en la ordenación y regulación de cualquier sector. Circunstancia que se acrecienta y agrava cuando el sector público no encuentra competencia en el privado al no ser considerado éste una alternativa viable. La disposición por parte de los Gobiernos de una magnitud importante de recursos económicos, junto a la asimetría de información respecto de los ciudadanos, ocasionaría casi espontáneamente corruptelas de diversa índole. Tan solo un diseño institucional adecuado, ahombrado sobre los principios de rendición de cuentas, de transparencia y la ausencia de monopolio competencial, disminuiría las posibilidades de surgimiento y arraigo de vías para la extracción de rentas; en definitiva, de casos de corrupción político-administrativa.¹⁷ Uno de los prototipos típicos de “extracción de rentas” viene definido por la creación de un “sector público” paralelo, opaco e hipertrófico, con el único y expreso objetivo de generar nóminas y fidelidad.

Como se puede apreciar, la elaboración de una hipotética teoría general sobre la corrupción únicamente nos serviría como punto de partida pero, en ningún caso, de llegada. Sería fácilmente falsable, pues surgirían de manera incesante anomalías que con mucha dificultad podría integrar. Por ello, la investigación y el análisis de las “corrupciones” desde una perspectiva interdisciplinar integradora y complementaria resultan de capital importancia

¹⁷ D. LEDERMAN, N. LOAYZA & R. R. SOARES, “Accountability and Corruption: Political Institutions Matter”, *World Bank Policy Research Working Paper Series* núm. 2708, 2004, p. 4.

para llegar a comprender muchos de los desequilibrios en un contexto socio-político específico.

3.2. ¿El Índice de Percepción de la Corrupción como referencia absoluta?

Una vez que hemos visto qué no es corrupción, es de obligado cumplimiento examinar la definición más extendida entre científicos y técnicos. La estipulación más consensuada, y también la más criticada, de “corrupción” es la acuñada hace años por la organización no gubernamental *Transparencia Internacional* (TI), ahora modificada¹⁸, para la elaboración del *Índice de Percepción de la Corrupción* (CPI): a saber, “el abuso de las instituciones y poderes públicos para obtener beneficios privados” (*the abuse of public office for private gain*)¹⁹; una definición que en esencia viene a coincidir con la

¹⁸ En honor a la verdad, en los CPIs de los últimos años se viene utilizando otra definición más amplia (a saber, “*Corruption is the abuse of entrusted power for private gain*” –corrupción es el abuso del poder otorgado para beneficio privado–), que puede aplicarse tanto a las esferas pública como privada. Por tal motivo, es conveniente acudir a la aclaración número 8 “*Does the CPI tell the full story of corruption in a country?*” acerca de la metodología y objetivos del CPI. TI recomienda, además, para tener una visión más global consultar *Global Corruption Barometer*, *Bribe Payers Index*, *Global Corruption Report*, *National Integrity System assessments* y *Transparency In Corporate Reporting* (http://cpi.transparency.org/cpi2012/in_detail/#myAnchor8).

¹⁹ El *International Country Risk Guide*, el *Control of Corruption Index*, el *EBRD-World Bank Business Environment and Enterprise Performance Survey* y *The International Crime Victim Surveys* también son estándares reputados, pero carecen de una amplia difusión. No obstante, pase mos brevemente a describirlos. El *International Country Risk Guide* (<http://www.psgroup.com/countrydata/countrydata.html>) es quizá el más utilizado por compañías y empresas. Sus marcadores están diseñados para desvelar el riesgo de sufrir peticiones económicas “incómodas” por parte de altos funcionarios y/o miembros de un gobierno. El *Control of Corruption Index* (<http://info.worldbank.org/governance>) se nutre del múltiple bases de datos sobre las que realiza cruces, comparando los mismos factores o corruptelas en distintos países. La definición de corrupción que utiliza es más amplia, por ejemplo que la de TI. La metodología de ambos índices está basada en la percepción, lo que provoca que los respectivos ranking clasificatorios sean, como el de TI, muy cuestionables. El *EBRD* (<http://www.ebrd.com/pubs/econ/beeps/main.htm>) igualmente se afianza en la estimación que altos directivos de grandes empresas realizan sobre la probabilidad de que su compañía u otras similares se vean obligadas a satisfacer pagos no-oficiales en un número muy reducido de países. Por otro lado, *The International Crime Victim Surveys* (<http://www.unicri.it/icvs/data/index.htm>) pone el énfasis no en las compañías sino en los individuos como víctimas de sobornos en su relación cotidiana con las administraciones. Otros índices que son susceptibles de ser manejados son el *GALLUP International* (<http://www.gallup.com>), *The Global Competitiveness Survey* (<http://www.weforum.org/issues/global-competitiveness>) o el *Country Risk Review* (<http://www.standardandpoors.com>).

expresada en el *Oxford English Dictionary*: “[...] la perversión o destrucción de la integridad por medio del soborno o del favor en el desempeño del deber público” ([...] *perversion or destruction of integrity in the discharge of public duties by bribery and favor*).

¿Queda, entonces, delimitado adecuadamente el objeto de estudio? Afirmo que el estipulado por TI, sí. Pero ¿engloba, en general, cualquier manifestación de corrupción? No. Me reitero en la evidencia de que para los propósitos de TI, la definición formulada es más que suficiente. Ahora bien, ¿cuál es su alcance real? No cabe la menor duda de que esa primera definición de TI es la más popular, si bien corre el peligro de tomar la parte por el todo al apreciar la corrupción, y de manera especial cuando se hace referencia a un país concreto.²⁰ Igualmente, la afirmación que involucra la opción de TI parece basarse en la clásica asunción no-demostrada de que las instituciones son mejores que los individuos que las forman.²¹ Tesis que enlaza con la defendida por Madison al concebir que dado que los individuos buscan por inclinación natural su propio bienestar y felicidad, no es descartable que lo hagan a expensas del interés general. Esto es, se precisa la construcción de instituciones que frenen la voracidad insaciable de los sujetos.²² Desde este punto de vista, sería posible deslindar el estudio de la corrupción del campo moral por asumirse *prima facie* la corruptibilidad moral de todo ser humano para favorecer el análisis puramente institucional, lo que en paralelo dejaría muchas preguntas sin resolver.

Por ello, el ranking internacional de corrupción, publicado anualmente por TI, es discutible tanto por sus instrumentos de medición como por las interpretaciones que se pudiesen derivar de la clasificación ordinal expuesta²³,

²⁰ G. HODGSON & SH. JIANG, “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”, *Revista de Economía Institucional*, núm. 10, vol. 18, 2008, p. 61: “La corrupción virulenta puede extenderse fácilmente del sector privado al sector público, o viceversa. La corrupción genera externalidades negativas que atraviesan las fronteras sectoriales, debilitan las normas legales y morales y facilitan otros actos corruptos. En consecuencia, los estudios empíricos de los niveles de corrupción deben ser integrales y no limitarse a la esfera pública”.

²¹ Cfr. J. P. EUBEN, “Corruption”, en T. BALL, J. FARR & R. L. HANSEN (eds.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge university Press, 1989, pp. 220-246.

²² J. MADISON, “The Structure of Government Must Furnish and Proper Checks and Balances between the Different Departments”, *The Federalist* n° 51, *Independent Journal*, Wednesday, February 6, 1788 (<http://www.constitution.org/fed/federa51.htm>).

²³ M. VILLORIA & F. JIMÉNEZ, “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 156, 2012,

lo que obliga a contrastar la definición más arriba propuesta con otras vías a fin de validar su corrección.

3.2.1. Vía etimológica

La más elemental de todas. El vocablo “corrupción” procede del verbo latino *corrumpere*, en concreto del participio pasivo *corruptus*, cuyo significado abarca el campo semántico de destruir, arruinar, degenerar o deteriorar. Desde el comienzo de su utilización, no quedó relegado a la esfera pública, entendida ésta en sus dimensiones administrativa e institucional, sino que adquiere numerosos sentidos y acepciones, entre ellas las relacionadas con la moral a nivel individual y social.²⁴ Por tanto, la definición estipulada por TI supone una reducción drástica del radio etimológico del término.

3.2.2. Vía histórica

Sentidos del concepto “corrupción” pueden ser rastreados en el pensamiento occidental desde sus orígenes mismos en contraposición a “equilibrio”, “orden”, “conocimiento” o “virtud”, esta última con estrechas conexiones entre los campos de la moral y de la política. Nexo que perdurará hasta la ruptura renacentista, en la que Maquiavelo confinará la corrupción a la moral, esto es, a la esfera privada de los individuos, y la desligará del ejercicio del poder, enfrentando la virtud clásica frente a la *virtú* del los príncipes. Pero habrá que esperar hasta Rousseau para observar alguna variación de importancia en el planteamiento. Si bien la corrupción es la piedra angular de la antropología del ginebrino, es el egoísmo el que encontrará

pp. 17-18. No obstante, al desenvolver en el siglo la práctica de ofrecer y/o exigir sobornos, la creación de indicadores directos es, simplemente, imposible; por lo cual, se ha de recurrir a cauces indirectos, esto es, a las declaraciones y a las percepciones. Ahora bien, resulta de capital importancia no reducir la corrupción a la satisfacción de la demanda de soborno. Como se pone de manifiesto en A. F. ROBERTSON, “Misunderstanding Corruption”, *Anthropology Today*, núm. 22, vol. 2, 2006, p. 11: “[...] corporations take refuge in the dubious notion that it is the receiver, not the giver of gifts who is culpable. They consciously seek out and create areas of ambivalence in which these transactions can occur, and when things go wrong it is ‘the system’- theirs rather than ours - which is blamed”. Por tanto, los estudios de percepción o victimización quedan reducidos, respectivamente, bien a impresiones poco o mucho informadas, bien a la presunción de veracidad de los testimonios.

²⁴ Vid. *Thesaurus linguae latinae*, Vol. IV, MDCCCXVI-MDCCCXIX, pp. 1049-1605; P.G.W. GLARE, *Oxford Latin Dictionary*, Clarendon Press, 1954, p. 451.

terreno abonado en el privatismo que ensalzará la modernidad. La apropiación y la acumulación –en suma, el dinero y las desigualdades que éste incorpora²⁵– corromperán al género humano. Así, el funcionamiento del Antiguo Régimen estaba presidido por la mezcolanza entre las obligaciones privadas y las responsabilidades públicas.²⁶ El Estado estaba patrimonializado, un Estado en el que los edificios oficiales funcionaban como auténticas oficinas de negocios de los que se beneficiaban los sujetos por razón de su estatus y estamento. Los intereses que primaban eran los personales o estamentales en detrimento de los verdaderamente generales. El estándar de normalidad no era otro más que ése.²⁷ No es aceptable hablar técnicamente de corrupción en entornos donde un órgano de poder soberano, unipersonal, inviolable e inmutable dispone de los bienes y las haciendas de los súbditos, la Ley es personificada por su voluntad y cuya responsabilidad se limita a rendir cuentas ante

²⁵ Dos siglos después, G. SIMMEL en *Die Philosophie des Geldes*, München-Leipzig, Duncker & Humboldt, 1920, realiza una lectura muy similar al tratar de desentrañar el funcionamiento sociológico del capitalismo: la impersonalidad del dinero provoca que la insensibilidad de los prestamistas frente a causas exógenas al contrato celebrado. Esa carencia de sentimientos que rodea al medio de intercambio que denominamos “dinero” jugará un papel destacado en las diferentes corruptelas.

²⁶ Es más, a medida que sea menos pronunciada la separación entre las esferas política y económica, se acentuará en cualquier régimen democrático la “desmocratización” a favor de la plutocracia o de una aristocracia económico-política. Esta colusión de intereses implica la compensación, o expectativas de la misma, de acabar la vida activa con retiros dorados en el sector privado por parte de ministrados y altos responsables de las administraciones. La prohibición de no “fichar” por alguna empresa durante un periodo breve de tiempo, unos dos años, no es suficiente. Esa limitación debería ser plena e intemporal a fin de evitar tentaciones de variado cuño en el ejercicio de la responsabilidad pública. Los ejemplos actuales de dicha interconexión abundan: desde ministros y presidentes de bancos centrales que proceden de empresas de calificación; de altos directivos que aspiran a ser ministros; de ministros y presidentes que encuentran rápidamente hueco en empresas de sectores estratégicos; ..., o de entidades financieras que condonan elevadas sumas a partidos políticos. Como se puede observar, el futuro de la democracia real se debate entre luchar por mantener, aun técnicamente, la “división” de poderes (mera retórica) y por “separar” los poderes económico y político para impedir la colonización de los poderes del Estado. Hace 62 años, esta fatídica dinámica comenzaba a ponerse de manifiesto con amplitud. Recurriendo al sabio refranero español, tan solo decir que “De aquellos barros, hoy tenemos estos lodos”. Vid. E. WLADIMIR, “Corruption and Bribery”, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, núm. 42, vol. 3, 1951. Escándalos paradigmáticos ocurrieron con anterioridad, pero nunca con la asiduidad vivida a partir los 50 (v. gr. caso, casos Barmat y Sklarek, Alemania, década de los 20; Stavisky, Francia, 1934; y Sidney Stanley-John Belcher, Gran Bretaña, 1948-49).

²⁷ M. E. WARREN, “What Does Corruption Mean in Democracy?”, *American Journal of Political Science*, núm. 48, vol. 2, 2004, p. 329.

Dios y ante el tribunal de la Historia. Por tanto, se incurriría en anacronismo si juzgásemos corrupta esa forma de proceder, que, por cierto, se repite como patrón en los actuales estados totalitarios y absolutistas. ¿Serían los estados totalitarios y absolutistas corruptos o simplemente totalitarios y absolutistas? Dichas prácticas no fueron proscritas hasta el advenimiento del liberalismo. Fue entonces cuando se tendió a deslindar el Estado de la sociedad civil para delimitar los deberes y responsabilidades en el desempeño de un cargo público en contraposición con el ámbito privado. Es esa connotación liberal la que se ha volcado hacia la teoría democrática. Consecuentemente, la definición de TI no toma como origen las normas e instituciones democráticas, sino que procura comprobar si la distinción liberal entre lo público y lo privado prevalece, y si es corroborable en las distintas democracias.

3.2.3. *Vía institucional*

Debemos a Max Weber, en *Estado y Sociedad*, la distinción entre el particularismo de las organizaciones políticas premodernas y el universalismo del Estado moderno. Las primeras caracterizadas por la costumbre y el convencionalismo, y no por la ley; las segundas, por la expectativa de un trato igualitario e impersonal. En las sociedades particularistas, el estatus de cada individuo determina la distancia entre éste y las fuentes de poder mediante una jerarquía estricta. Así, mientras más cerca se está de los cargos decisivos, más posibilidades de disfrutar de privilegios y de ejercer una mayor capacidad de influencia; y lo que es más importante, mayores oportunidades de acceso a recursos y bienes públicos. En este tipo de sociedades, los individuos luchan denodadamente por pertenecer a grupos o redes que le retribuyan con favores, instaurándose como patrón común de funcionamiento el trato desigualitario o, al menos, la depreciación de principios de justicia distributiva. Para quienes se benefician de tales ventajas, el conservadurismo es la bandera que enarbolan, careciendo de cualquier inclinación para transformar el sistema.

Sin embargo, esa visión maniquea del comportamiento social es inexacta. La realidad demuestra que es posible detectar una amplia gama de grises entre ambos polos, de la que ni siquiera las democracias se libran. Es más, muchas experiencias democráticas se asientan en el intento patrimonializador y/o particularizador de sus respectivos regímenes, con lo cual incluso sería posible establecer una escala degenerativa. La demostración de lo dicho puede realizarse tomando como punto de apoyo el influyente modelo

teórico funcional-estructuralista de Robert K. Merton, desde el que se derivan consecuencias, en apariencia paradójicas, pero comprobables. El exceso de funcionalidad de ciertas estructuras sociales termina originando, a medio y largo plazo, disfunciones. Consideremos la distinción entre “corrupción por transacción” y “corrupción por coacción” en el entramado institucional-administrativo. La primera es muy común, quizá demasiado. Se caracteriza por un acuerdo vinculante y voluntario entre dos o más partes. Nepotismo, clientelismo, información privilegiada e incentivos por contratación son sus caras más conocidas. En la segunda, en cambio, media la amenaza y el recurso a la fuerza, poniendo los medios coactivos de las administraciones al servicio de quienes extorsionan, como la exigencia de cobros de comisiones ilegales para eliminar barreras en la adjudicación de licitaciones. Para un empresario, pagar supone un coste de oportunidad: si no lo hace, pierde la ocasión de negocio; por lo que, llegado el caso, se transforma en un coste de producción añadido y no declarado.²⁸ Lo que sí es notorio es que a través de ambas corrupciones, el beneficio privado de quien detenta la posición dominante no tiene por qué ser particular, sino que ese sujeto puede actuar como puesto intermedio a favor de terceros. El caso más extendido es el de la financiación ilegal de partidos políticos, bajo la figura del “recaudador”. Por lo tanto, los cruces entre la corrupción por transacción y coacción son ineludibles, puesto que el recaudador, como colaborador necesario de la tesorería del partido, deberá fidelidad o gratitud. Más aun, estaríamos ante una amalgama de funciones expresas y latentes, que se cruzan y que, bajo ciertas condiciones, intercambian sus papeles. Así, no sería descartable que a causa de la rigidez de los procedimientos admisibles de financiación para las formaciones políticas, ciertos desembolsos y otros estipendios no sean declarables, porque no lo pueden ser por razón del techo de gasto fijado por ley para cada partido. La honradez de los sujetos quedaría irremediabilmente diezmada por las reglas del juego. *Summa lex, summa inuria*. Los individuos estarían obligados a actuar, incluso en contra de su propia voluntad, a causa de un marco normativo tan poco dúctil, forzados por la presión de las estruc-

²⁸ Esta visión comporta una analogía sugestiva con el funcionamiento del “libre” mercado. Ya que la estructura política determina en un alto grado cómo se van a distribuir los bienes públicos, los encargados de su adjudicación disponen de amplias posibilidades de extraer rentas mediante la ley de la oferta y la demanda. Esto es, si las instituciones no tienen arbitrados en la práctica controles eficaces y ágiles para monitorizar a los responsables públicos, la estructura política dará lugar a otra mercantil en la que se llegará a un equilibrio en el precio a satisfacer en las transacciones.

turas. Luego, desde esa perspectiva, nada hace pensar en contrario a que se tenga que prescindir de los recaudadores. Si no hay medios, no se compite. Lo importante es la competición, no la legitimidad de los medios. Así, por ejemplo, no se puede probar que no exista coacción psicológica alguna en las modalidades de corrupción por transacción. Familiares, clientes, colaboradores o “simpatizantes” se encuentran obligados al seguidismo ciego y, en bastantes ocasiones, al pago del “diezmo” para alcanzar sus objetivos bajo la severa advertencia de perder su modo de vida, o bien nichos de negocio.²⁹

Desde tales argumentos, la definición de TI no incide en la claridad de la responsabilidad³⁰ que debería presidir la arquitectura institucional para dar respuesta a la pregunta de por qué es más fácil que unos regímenes democráticos se corrompan y no otros.

3.2.4. *Vía semántica*

Toda definición se encuentra mediatizada por el alcance interpretativo del significado de la misma. La relevancia que reviste ese proceso es capital, pues acotará e inevitablemente sesgará el concepto a aclarar. En el caso que nos ocupa, la corrupción, al ser susceptible de un abordaje pluridisciplinar, es inevitable que profesionales con marcos teóricos distintos presten una mayor atención a unos factores en detrimento de otros; circunstancia que

²⁹ Por tanto, en principio no parecería descabellado apostar a favor de la hipótesis de que mientras mejor estén pagados quienes distribuyen los bienes públicos, menos atrayente es para un empresario aceptar u ofrecer sobornos. Así, la preferencia quedaría debilitada por el coste y la voluntad se movería hacia la denuncia. Bien, esto es cierto bajo ciertas condiciones. No está demostrada la causación directa “altas nóminas-descenso de la corrupción” como mecanismo automático. Se precisa de un tercer actor que monitorice a aquellos con responsabilidades de decisión, de modo que les obligue a una rendición de cuentas continuada. Asimismo, ese tercer actor también debe ser auditado. ¿Cómo? La intersección entre instrumentos de *accountability* horizontal (institucional) y vertical (sociedad civil) ha de ser constante y muy fluida. Sin control vertical, la *accountability* horizontal podría relajarse si uno de los componentes no funciona con plenitud. Igualmente, se precisaría un núcleo reducido de funcionarios altamente cualificados y totalmente independientes del poder político, que actuasen a resultas de contrapoder y no como mera correa transmisora, sometidos a las mismas exigencias de transparencia, claridad y rendición de cuentas en la ejecución de decisiones, y con la facultad de vetar en algunos casos y de obstaculizar en otros decisiones políticas irresponsables e ineficaces, desde un punto de vista técnico y objetivo, para el conjunto de la sociedad. Y a esto hay que añadir un grado adecuado de desregulación.

³⁰ M. TAVITS, “Clarity of Responsibility and Corruption”, *American Journal of Political Science*, núm. 51, vol. 1, 2007, pp. 218-229.

hace casi imposible consensuar una definición de máximos, sino tan solo de mínimos acerca del objeto de estudio. No obstante, ésta es una encrucijada bastante habitual. ¿Cuál es la solución más frecuente? Recurrir a las posibilidades que nos ofrecen los diversos patrones de definición con la finalidad de lograr el mayor potencial explicativo posible.³¹

- a) Si optamos por acercarnos al fenómeno de la corrupción bien intensivamente persiguiendo rasgos identificadores de lo corrupto, bien extensivamente indicando tan solo ciertos tipos de corrupciones, tropezaremos de manera indefectible con las dos limitaciones típicas de toda definición ostensiva: 1) restricción al propósito inicial; y 2) reflexión previa reduccionista, seleccionando apriorísticamente el ámbito fenoménico sobre el que se aplicará la definición, con el resultado de discriminar otras parcelas que igualmente podrían resultar de interés científico. La definición esgrimida por TI adolece de ambos defectos, ya que se circunscribe al sector público como contexto de descubrimiento, partiendo del prejuicio de la corruptibilidad de sus profesionales.
- b) Si nos valemos de definiciones reales, las estipulativas corren el peligro de caer en la más pura arbitrariedad, ya que se construye la definición conceptual, prescindiendo de la experiencia, para su aplicación a un contexto particular. Tanto en este caso como en el anterior, la cuestión que cabe sugerir viene concernida a los elementos probatorios a favor de que la corrupción es más plausible en el sector público que en el privado. ¿Se trata de hechos contrastados o de meras presunciones? Con lo cual, TI persigue, desde una mera suposición basada en probabilidades, el establecimiento de patrones de comportamiento en las administraciones públicas. ¿Por qué presume TI que un trabajador público es más proclive a las corruptelas que otro del sector privado? ¿Necesariamente las administraciones públicas han de ser las corruptoras y no el blanco de la corrupción?

³¹ Al explorar el concepto "corrupción" a través de la tipología de definiciones, descartaré desde el principio cualquier aproximación esencialista, dada la carencia de elementos probativos a favor del "*definiens*". Con más concisión de la deseada, a causa del espacio limitado de estas páginas, trataré de poner de relieve las deficiencias de la definición de TI, aplicando una aproximación analítica. Así pues, la finalidad estribará en conocer cuáles son las reglas del uso lingüístico de término analizado. Para ello, me valdré de la clasificación de definiciones localizable en la mayoría de los textos especializados en Filosofía del Lenguaje.

Pero también dentro de las definiciones reales nos topamos con las lexicales, cuyo fin no es sino la recolección de todos los significados que adquiere una palabra a partir de sus usos lingüísticos. De nuevo, la propuesta de TI nos aboca a un escenario poco clarificador: ¿qué se ha de entender por “abuso” y por “beneficios privados”?, ¿cuál es el catálogo de los primeros y por qué los escogidos merecen entrar en el acervo y no otros?, ¿cómo se cuantifican los segundos?, ¿qué parámetros se manejan, cuantitativos o cualitativos, legales o socio-morales?

- c) Si nos inclinamos por las definiciones explicativas, podremos hallar un gran punto de apoyo para enfrentar un concepto tan ambiguo y polisémico como es el de corrupción. Estimo que es la mejor de las alternativas a nuestro alcance cuando debemos valernos de conceptos culturalmente hablando, puesto que los contextos culturales, *lato sensu*, ejercen una poderosa influencia a la hora de delimitar con rigor y precisión qué es o no corrupción. Las definiciones explicativas, en sentido crítico, tienen como cometido localizar significados cotidianos y reelaborarlos para diseñar instrumentos semánticos más eficaces para el presente, de modo que dispongamos de una base sólida y válida para fundamentar el rechazo o aceptación de ciertos patrones o modelos de comportamiento tildados de “corruptos”.

La definición de TI, desde esa óptica, toma la parte por el todo. La multiplicidad de maneras en la que se exhibe la corrupción no soporta encasillamientos demasiado simples, ya que es diversa, inconexa y hasta relativa. Por ejemplo, el blanqueo de dinero, el fraude fiscal, la evasión de capitales, el tráfico de drogas o contrataciones ilegales para la provisión de bienes y servicios en sí mismos no son corrupción según TI, pero sí perseguibles penalmente al ser delitos. Se convierten en corrupción si y solo si los perpetrase, en distinto grado, un responsable político y/o un trabajador público que se haya valido de su posición dominante y/o estratégica para la obtención de un lucro ilícito o prohibido por razón de su cargo. ¿Tiene sentido? Obviamente, no. Lo que sí parece claro es que un número acotado de comportamientos solo es imputable a un trabajador o responsable público, como el cohecho, la prevaricación, la falsedad en documento público o el tráfico de influencias. Nuestro Legislador, con una visión más amplia e integradora, desligándose de enunciados reduccionistas y de argumentos probabilistas, ha sabido con mucho acierto sortear dicha sinrazón al tipificar en nuestro Código Penal, más en concreto en el artículo 286bis, la corrupción entre particulares.

Así, no obstante la participación intencional de un servidor público como primer condicionante, la definición defendida por TI obvia que la corrupción en sus diferentes tipos puede responder a distintas causas, y éstas –al mismo tiempo– estar relacionadas con un conjunto de razones de naturaleza socio-cultural que caractericen a un país determinado en una etapa singular de su historia. Esto es, no importa que se resuelva sancionar penalmente ciertos comportamientos cuando existe una base no solo sociológica sino también institucional que los consiente y acepta, convirtiéndose por el tiempo en que perviva ese beneplácito en una prohibición no-perseguida, al menos explícitamente.

4. CORRUPCIÓN EN LAS DEMOCRACIAS

4.1. Corrupciones “democráticas”

La discriminación y la exclusión son dos de las principales consecuencias observables de la corrupción en el funcionamiento de las democracias.³² La primera en el ámbito administrativo e institucional, mientras que la segunda en el político y socio-económico. El Estado de Derecho es la primera instancia que sufre el embate. Regido por una serie de principios y valores transversales como imperativos jurídicos de la democracia, la operatividad y eficacia de los mismos podrían ser truncadas por el curso que tome la dinámica interna de propia arquitectura institucional, o bien por otras razones de carácter más exógeno. En el caso de que la discriminación y la exclusión se enquisten, la práctica de variadas maneras de corrupción, y algunas muy novedosas, está abonada.³³ Ni siquiera sería descartable la paradoja de obligaciones jurídicas antinómicas, unas tipificando determinados actos como perseguibles penalmente y otras inspirándolos desde el funcionamiento diario del sistema; con lo cual, no es eludible que el Estado de Derecho se relate en la aplicación de algunos sectores del Ordenamiento Jurídico con el fin de no poner trabas legales a los mecanismos discriminatorios y excluyentes operantes.

Asimismo, por comisión también se podría legislar con el mismo objetivo. El tándem discriminación-exclusión entraría así en una relación dialé-

³² M. E. WARREN, “Political Corruption as Duplicitous Exclusion”, cit.

³³ B. ROTHSTEIN & E. M. USLANER, “Equality, Corruption, and Social Trust”, *World Politics*, núm. 58, vol. 1, 2005, pp. 41-72.

ctica causa-efecto con la irrupción y el flujo de formas de corrupción. Cómo romper ese círculo vicioso requiere determinación en las medidas y decisiones muy informadas a la hora de delinear estrategias. Atacar la corrupción en todos sus frentes o tan solo aquellas prácticas más perniciosas es un dilema del que no pueden escapar quienes gobiernen, y que sopesarán bajo el principio de oportunidad.

4.2. Coleislación ciudadana y Gobierno Abierto

Pero el quid la cuestión no radica en cómo satisfacer a una ciudadanía que se sabe discriminada y excluida, ofreciendo cabezas de turco con las que acallar bocas. No, más bien habría que contemplar cómo disminuye la legitimación de ese régimen democrático por parte de los ciudadanos. El hundimiento de la confianza se precipitará hasta niveles muy delicados en caso de que una democracia no haya arbitrado cauces de participación y control postelectorales mediante los cuales proyectar y monitorear el destino político y económico de la comunidad, compartiendo los ciudadanos la responsabilidad que, como votantes, en parte ha delegado en sus representantes. Es más, cuando la política institucional, orgánica, se convierte en un auténtico quebradero de cabeza para el ciudadano de a pie, la desafección aumenta y, por tanto, también la percepción de “corrupción”, ya sea ésta real o no.

No existen fórmulas milagrosas para enfrentar con garantías de éxito el desapego social hacia el entramado administrativo-institucional, pero a medida que se abren nuevos escenarios democráticos que permitan la colegislación ciudadana el sentimiento de alejamiento disminuye. Éste es un paso preciso y valiente que cualquier régimen democrático debe afrontar si quiere dar un salto de calidad más allá de la mera legitimidad procedimental que supone la convocatoria de elecciones para juzgar la gestión de equipos de gobierno. El polo opuesto a la colegislación ciudadana, la bautizada como “democracia de confianza” (*trustee democracy*), supone la revitalización de la vieja democracia procedimental, de mero asentimiento, en el que los ciudadanos quedan apartados del juego político-económico y son sometidos a vigilancia administrativa, cuando no policial y judicial. La pendiente resbaladiza hacia el iliberalismo democrático e, incluso, hasta la autocracia no es un horizonte muy lejano.

Sin colegislación ciudadana y sin controles desde sociedades civiles independientes, la rendición de cuentas o *accountability* de los responsables

públicos, electos o no, frente a la ciudadanía se vería severamente afectada. Por tanto, cómo es menoscabada la *accountability* por la corrupción o en qué medida la ausencia o la presencia esporádica de la rendición de cuentas generan corrupción son cuestiones que deben ser respondidas, y las revelaciones que se conquisten sin duda servirán de indicadores acerca de la calidad de un régimen político democrático específico.

Ese imperativo de naturaleza política, si se quiere “poliárquico”, resulta de capital importancia para las democracias, incluso más que los arriba denominados “imperativos jurídicos”. ¿Por qué? Sin control externo de los mecanismos institucionales, no es difícil inferir que la estructura del Estado sea puesta –en ocasiones, dolosamente– al servicio de intereses colusorios, argumentándose en su defensa que la eficacia de las políticas gubernamentales para asegurar los derechos y libertades de todos estribará en no obstaculizar administrativamente ni en perseguir penalmente ciertos tipos de acciones. En este caso, las expectativas de impulso y progreso de la democracia existente serían preteridas en favor de dimensiones no democráticas que permeen y colonicen tanto al ideal democrático como a sus manifestaciones materiales.

Al quedar un régimen democrático a merced de un debilitamiento de ese calibre, deja paso a un sistema en el que las reglas del juego desprecian esos valores transversales que cimentaron el otrora Estado de Derecho. Cuando la ciudadanía retira paulatinamente su crédito a las políticas vigentes, la razón más patente y cercana es que la mayoría de los individuos perciben que su umbral de bienestar desciende bruscamente mientras que el de una minoría connivente se eleva inexplicablemente de acuerdo a la narrativa oficial. Por ello, la utilización que los responsables públicos hagan de las Administraciones se describe como un factor primordial para conseguir el apoyo de la ciudadanía, y éste se incrementará a medida que se camine hacia el “Gobierno Abierto”. ¿Cuáles son sus características primordiales? Básicamente, dos:

- que el derecho a la información sea considerado un derecho fundamental y no un simple derecho subjetivo, sujeto a heterogéneas excepciones y límites; y
- que la rendición de cuentas se instituya como una verdadera obligación, dimanada del ejercicio del derecho a la información por parte de los ciudadanos.

Por ello, para que Estado de Derecho no se torne en una amenaza para la democracia al servir de instrumento finalista en pos de alcanzar benefi-

cios singulares esquivando el interés general, se han de adoptar continuamente medidas que impidan que la semilla de prácticas atentatorias contra el régimen democrático germine. Parece del todo claro que la relación entre corrupción y legitimación es inversamente proporcional, ya que aunque se trate de argüir lo contrario la corrupción, a cualquier escala, produce distorsiones –sistémicas o sectoriales–. Creo que cae fuera de toda duda que, como demuestra la inmensa literatura disponible, las consecuencias para cualquier régimen político en el que se haya instalado la corrupción como *modus operandi* se exhiben en la vida social, política y económica, agrediendo la cohesión y la paz social, la confianza en el régimen y el crecimiento económico sostenible. Pero, en un contexto tal, la tentación de sucumbir al “riesgo moral” será para muchos irresistible.

4.3. Corrupción e imperativos democráticos

Sin embargo, lo peor que podría suceder no es otra cosa que la juridificación, con saldo favorable para los responsables, de los efectos de conductas inequitativas, lesivas para el tejido social por acumulación de incidencias. Es lo que podríamos denominar la “privatización del Estado”. Los poderes Legislativo y Ejecutivo promulgarían y dictarían normas parciales para instaurar espacios de impunidad mediante el principio de legalidad, atando de pies y manos al Poder Judicial.³⁴ Este proceso afectará definitivamente la percepción que los ciudadanos tengan del régimen y de sus instituciones. La sustitución incesante de los valores supremos del ideal democrático inclusivo por contravalores reaccionarios elitistas y excluyentes desembocará en la dualización de la sociedad mediante la implementación de políticas desigualitarias que colisionarán con los más elementales principios de justicia, junto a una ausencia escandalosa de rendición de cuentas en la esfera pública. Por consiguiente, la corrupción no puede ni debe ser juzgada exclusivamente desde la fría óptica técnico-jurídica³⁵, sino que ha de ser valorada

³⁴ Este diseño conduce a la anulación del principio de división de poderes mediante ese mismo principio, pues el Legislador ordinario promulga normas conducentes a evitar que los tribunales conozcan ciertos asuntos que, con otra voluntad, acabarían sin duda en manos de los jueces. Otro planteamiento con idéntico resultado radica en eliminar la división de poderes mediante la permeación del Poder Judicial desde la misma legislatura constituyente, eliminado buena parte de la autonomía real de los tribunales a medida que se sube en la escala.

³⁵ Esa es una actitud muy común. Los estudios ponen de relieve que aquellos sectores de la población con mayor nivel cultural y mayores ingresos son proclives a evaluar la

también a raíz de las repercusiones que ocasione en el devenir de un régimen democrático.

Una de las máximas promesas de la democracia como ideal reside en el establecimiento de una serie de valores y de principios desde los que inferir criterios de igualdad. La vulneración, la conculcación y la transgresión de tales criterios es uno de los factores que la hacen peligrar, sobre todo cuando la pérdida de seguridad percibida por la opinión pública es debida a la funesta y capciosa actuación de aquellos obligados, en principio, a rendir cuentas.

La igualdad como imperativo democrático lleva aparejada la inclusión efectiva, el empoderamiento real, de los miembros de una comunidad como partes operativas de los procesos de toma de decisión. Este prisma nos invita a la evitación de la exclusión en lo referido a la gestión de recursos colectivos, tratando así de minimizar comportamientos de apropiación ilegítima y/o ilícita de los mismos para el lucro y la ganancia personal. Esto es, el control del poder durante el ejercicio del mismo por parte de los gobernados debería de ser una característica insoslayable en todo régimen democrático, y no tan solo en procesos de acceso.

De igual forma, esa misma aspiración de partida del ideal democrático imprime una indiscutible bidireccionalidad entre quienes toman las decisiones y los afectados por las mismas, de manera que estos últimos también gocen de la oportunidad de influir de alguna manera tanto en la agenda como en las medidas a adoptar por los responsables públicos. Cuando se resquebraja ese circuito, a los ciudadanos se les arrebatada la facultad de controlar a sus gobernantes. En un escenario de este tipo, se contempla una relación directamente proporcional entre la falta de transparencia y publicidad y el desarrollo de poderes ocultos, parapetados tras la tupida tela de araña de los actuales Estados de Derecho. Con otras palabras, la corrupción anida y se expande a la sombra de la estructura jurídica e institucional del Estado. Entonces, la democracia se torna exclusiva mediante la instrumentalización de la administración y de la burocracia en pos de fines colusorios y perjudiciales para el interés general. Es más, la democracia se puede transformar

corrupción legalistamente, de manera que el favoritismo y ciertos tipos de privilegios se interpretan como algo propio de la política, condenables si se ha violado la Ley. En cambio, los ciudadanos con menor nivel de renta y con una escasa tasa de estudios tildan de corruptos a quienes actúan en contra de los valores socialmente establecidos, sin importar si han desafiado o no el marco legal, por lo que ciertas conductas prohibidas legalmente podrían no ser tachadas de corruptas. Vid. D. P. REDLAWSK & J. A. MCCANN, "Popular Interpretation of 'Corruption' and their Partisan Consequences", *Political Behavior*, núm. 27, vol. 3, 2005.

en un sistema iliberal, de mera apariencia democrática, con un Estado de Derecho que se afirma que funciona pero con múltiples evidencias en contra y con un Ejecutivo dependiente de poderes exógenos para y/o supraestatales. Sobre el papel, la igualdad puede erigirse como uno de los valores de más alto rango a nivel constitucional, transversal a todo el Ordenamiento Jurídico. Esto tan solo supone que no se la niega, ni siquiera doctrinalmente su ámbito inclusivo, pero en la práctica el principio es pervertido para privatizar ganancias mediante medios legítimos –o no– de prácticas corruptas y, a la vez, corruptoras. Esto es, no podemos hablar de corrupción si más de un sujeto no se infecta moralmente en negociaciones o actos.

El “buen gobierno” debe caracterizarse por la rectitud, la integridad, la probidad o la ecuanimidad en el ejercicio de los cargos. Pero, por sí mismo, es un concepto incompleto, insuficiente e insatisfactorio. Debemos dar un paso más allá y apostar por el más arriba citado “gobierno abierto”. La vieja distinción entre legitimidad de acceso y de uso del poder nos será de gran utilidad a este respecto, ya que evidenciará que una concepción minimalista, procedimental, de la democracia no resulta en absoluto valiosa. En democracia, los representantes, los gobernantes, ganan o pierden legitimación popular gracias a sus acciones, y sobre todo cuando queda clara la “cadena de responsabilidad”. La legalidad, tomada como ingrediente aislado, no es más que una variable dependiente. Las exigencias económicas, sobremanaera a nivel macro, vienen mediadas por una racionalidad instrumental que no siempre está de acuerdo con los objetivos colectivos sentidos con ahínco por la sociedad. De ahí, que la responsabilidad en las decisiones, la urgencia en buscar soluciones, no exima de rendir cuentas a la ciudadanía sin consecuencias personales para el gobernante, más allá de la remoción electoral o la pérdida de su cargo.

5. LA DEMOCRACIA ESTAMENTAL

Una de las premisas innegables de toda democracia consolidada reside en el tratamiento universal e impersonal de los derechos que asisten a la ciudadanía. Es decir, la ausencia de privilegios a la hora de satisfacer expectativas de derecho. Pero esa afirmación, al ser una presunción *iuris et de iure*, debe ser convalidada separadamente en cada una de las democracias de las distintas regiones del planeta. Como ya se ha tenido la oportunidad de apreciar, todo régimen democrático se ve obligado a convivir con la siempre

amenazante sombra de los escándalos y de los desenfrenos, por lo que la democracia, en cualquiera de sus manifestaciones podría albergar una panoplia de modos de corrupción, y muchos de ellos al amparo de su diseño político-institucional. Ahora bien, el hecho de que la amenaza de la corrupción sea, hasta cierto grado, inevitable no nos es de gran utilidad a la hora de explicar por qué, en muchas ocasiones, quebrar los pilares básicos sobre los que pivota el sistema no es una tarea en extremo complicada.

La cuestión no reside, según mi parecer, en responder a la pregunta de si un régimen democrático se ha corrompido o no, sino en averiguar cuáles han sido las causas y razones que han desembocado en la perversión de esa democracia. Es decir, aunque la corrupción sea un fenómeno universal y recurrente, sobre el que es posible construir tipos-ideales aproximados, su etiología y desarrollo se corresponden con factores diversos en virtud de la sociedad a la que nos aproximemos.

El sentido común nos impele a pensar que la corrupción se describe por su anonimato y ocultación. ¿En efecto, lo es? Sinceramente, estimo que se trata de una afirmación demasiado cómoda de refutar. La corrupción de poca monta sí se encubre, aunque la diseñada para el consumo de masas, no. En algunas de las democracias consolidadas, se pone de manifiesto que a los ciudadanos se le dispensa un doble trato a la hora de la distribución de recursos mediante procesos reglados: por un lado, la vía de la concurrencia pública universal, respetándose el principio de legalidad; por otro, la tergiversación de los mecanismos e instrumentos del Estado de Derecho con el objetivo de tejer una poderosa red clientelar, generándose procedimientos de adjudicación legales con fines no legítimos en perjuicio del interés general. Para ello, es preciso que se dejen sin eficacia los controles a nivel administrativo y de intervención desde el sector público. Y una decisión de ese calibre no depende del servidor público sino del político que orienta la “maquinaria” administrativa e institucional. En verdad, no podemos hablar de ocultación sino de publicidad. Los instrumentos de la legalidad son puestos al servicio de intereses espurios ante los ojos de todos. Esto implica que la corrupción puede campar a sus anchas sin más reparo que la valentía de la crítica pública de situaciones sobradamente conocidas, que se reiteran con suma facilidad, y de las que muchos se abastecen.

La promoción y establecimiento de una cultura de la dependencia encarnan el ejemplo prototípico de quienes, a cambio de sostenerse en el poder, ofrecen dádivas a todo el que esté dispuesto a dejarse comprar. Al precisarse

que el soborno social sea a gran escala, un alto porcentaje del PIB local, provincial, regional o nacional ha de pasar por el “control” de las manos de los corruptores. Al estatuirse un sistema de este género, la democracia que le sirve de continente no es más que una “democracia estamental”, en la que la categoría “estatus” adquiere un doble sentido: a) desde el prima político, ¿quiénes se encuentran en posición de dar y quiénes de recibir?; y b) desde el económico, ¿quiénes reciben más o menos? Así las cosas, sería posible definir el estatus social, en un contexto semejante, como la separación que dista entre una persona, física o jurídica, y los núcleos político-administrativos de distribución de recursos. Desde esa óptica, parece erróneo patrocinar la tesis de que los actores del poder económico ocupan indiscutiblemente el papel de corruptores, cuando en verdad se hacen colaboradores necesarios por estricta necesidad, el rol de víctima esfuma oportunidades de ganancia. Es una cuestión sistémica y estructural, hasta simbiótica. En suma, en contra de lo que defienden los deterministas y fatalistas económicos de nuestros días, es el poder político el que puede socavar, si se lo propone, las ambiciones del poder económico mucho antes que éste intente imponerle sus reglas.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

El fenómeno de la corrupción es de vasto recorrido y extenso calado. En este artículo, he tratado de buscar argumentos que defiendan la necesidad de que el estudio analítico pormenorizado del mismo es de obligado cumplimiento. Una ayuda inestimable para la interdisciplinarietà que el abordaje de la corrupción precisa. Las teorías meramente elucubrativas sin base real desorientan más que ayudan. Asimismo, soy consciente de que las respuestas que he podido proporcionar están abiertas al debate, porque la corrupción como objeto de investigación aún arroja más sombras que luces.

He procurado centrarme en aspectos, desde mi punto de vista, decisivos.

En primer lugar, la propuesta de definición de la ONG *Transparencia Internacional*. Admitiendo que resulta especialmente valiosa para el ámbito público, su examen desde la Filosofía de Lenguaje aportaría nuevos desarrollos para optimizar su inapreciable labor a nivel mundial.

En segundo lugar, aunque la corrupción no debe relacionarse exclusivamente con regímenes no-democráticos, es cierto que en éstos resulta más fácil valerse de los resortes del poder para obtener ventajas privadas. Pero son las democracias las que más se ven afectadas por la sacudida de los casos y/o

hábitos de corrupción, pues más temprano que tarde terminan afectando las expectativas de la ciudadanía. Tanto es así que a medida que se extiende la decepción entre los diversos sectores sociales, más se debilita la esperanza en la democracia como proyecto de convivencia. Un diseño político-institucional, tanto vertical como horizontal, que favorezca la rendición de cuentas y la transparencia en la adjudicación de los bienes públicos respaldaría la confianza en los ideales democráticos de igualdad e inclusión políticas. Por lo que, se torna imprescindible coordinar los planos descriptivo y normativo para la búsqueda de nuevos diseños institucionales.

Y finalmente, por razón de coherencia, me he adentrado en lo que denomino la “estamentalización” de la democracia. Un fenómeno que, por desgracia, avanza indefectiblemente en muchas de las democracias reales.

JUAN JESÚS MORA MOLINA
Área de Filosofía del Derecho y Política
Dpto. “Theodor Mommsen”
Facultad de Derecho, Universidad de Huelva
Campus del Carmen
Avda de las Fuerzas Armadas s/n, 21071, Huelva
E-mail: juanjesus.mora@sc.uhu.es

NORBERTO BOBBIO Y LOS DERECHOS SOCIALES: ELEMENTOS DE REFLEXIÓN*

NORBERTO BOBBIO AND SOCIAL RIGHTS:
SOMETHING WORTH THINKING ABOUT

PAOLA CHIARELLA

Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro

Fecha de recepción: 4-6-13

Fecha de aceptación: 16-7-13

Resumen: *Los derechos sociales, en comparación con los derechos civiles y políticos, han sufrido de un complejo de inferioridad. Se pensó durante mucho tiempo que no eran verdaderos derechos, sino proposiciones programáticas de acción política. Las reflexiones de Bobbio sobre este tema son todavía muy útiles para un análisis completo de la naturaleza y de la función de esta categoría de derechos.*

Abstract: *Social rights, in comparison with civil and political rights, have suffered from an inferiority complex. For a long time it was thought that they were not real rights, but programmatic propositions of political action. The reflections of Bobbio on this theme are still very useful for a complete analysis of the nature and the function of this category of rights.*

Palabras clave: derechos sociales, función promocional del derecho, remedios por incumplimientos

Keywords: social rights, promotional function of right, remedies to the failure of implementation

1. INTRODUCCIÓN

Norberto Bobbio se quejó de que muy poco y siempre en menor medida se hablase de los derechos sociales, sintiendo la necesidad de ofrecer “*qualche*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto POR Calabria FSE 2007/2013 financiado por la Comisión Europea, el Fondo Social Europeo y la región de Calabria.

buon argomento per dimostrare l'opportunità di rompere questo silenzio"¹. Aunque el debate sea muy acalorado en la doctrina, ello sigue siendo infértil en la vida política por la falta de una verdadera voluntad que reconoce la urgencia de la protección a pesar de las dificultades en la implementación. El áspero sendero que conduce a la protección de los derechos fundamentales es atravesado por dos tipos de viajeros "*quelli che ci vedono chiaro ma hanno i piedi legati e quelli che avrebbero i piedi liberi ma ahimè hanno gli occhi bendati*"². Entre estos últimos están aquellos que, no reconociendo a los derechos sociales la cualificación auténtica de derechos fundamentales, presentan una serie de argumentos que ponen de relieve el carácter condicional de los derechos sociales con respecto a los derechos civiles y políticos los cuales están diseñados como el alfa y el omega de la categoría de los derechos fundamentales. Como se ha señalado en doctrina, a partir de la distinción de Bobbio entre teoría e ideología, esta actitud hacia los derechos sociales depende de la asunción de una teoría que está condicionada por una interpretación ideológica³.

Para una contribución a la teoría de los derechos sociales, es oportuno recordar algunas reflexiones de Bobbio que hoy demuestran características muy útiles para un análisis completo de la naturaleza y de la función de esta categoría de derechos fundamentales.

2. LAS RAZONES DE LA NATURALEZA ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

El proceso evolutivo de los derechos fundamentales, como señaló Bobbio, ha seguido cuatro etapas que tienen, cada una, su propia razón de ser. Los procesos de *positivación*, de *generalización*, de *internacionalización*⁴, y

¹ N. BOBBIO, "I diritti, la pace e la giustizia sociale", en M. BOVERO (ed.), *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 2009, p. 466.

² N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 33.

³ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en V. ZAPATERO y M. I. GARRIDO GÓMEZ (eds.) *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos núm. 1, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid 2009, pp. 143-163.

⁴ G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 145-199. Sobre el requisito de la universalidad vid. Luigi Ferrajoli, según el cual son fundamentales "*tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire*" *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 5.

de especificación⁵ han respondido a las nuevas necesidades que tenían que ser problematizadas y después resueltas. A la *positivación*, cual primer paso esencial para poder hablar, en sentido propio, de derechos fundamentales, la *generalización* ha añadido la extensión en términos de titularidad, rompiendo los paradigmas de género y de censo que eran necesarios para reclamarlos.

Finalmente se ha querido adaptar la interpretación de los derechos proclamados en las declaraciones del final del siglo XVIII al sentido propio de los términos utilizados y no al significado de los términos culturalmente acreditado en aquel tiempo por el cual el sujeto de derecho tenía que ser el varón adulto, propietario y burgués⁶. Cuando se proclamaron los derechos del hombre y del ciudadano, se comprendió cuan erróneo fue excluir, por ejemplo, a las mujeres o la clase obrera porque la vocación iusnaturalista de esas declaraciones exprimía la natural igualdad de todos los seres humanos. El proceso de generalización tuvo el mérito de conectar «el discurso de los derechos con la realidad», y, en particular, de conectar un «discurso basado en la defensa de la igualdad natural de los seres humanos, y una realidad susceptible de ser descrita en términos de desigualdad»⁷.

Con el proceso de internacionalización, que se encuentra en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se dio cuenta de la necesidad urgente de proteger los derechos fundamentales en una perspectiva más amplia, no tanto en términos de la titularidad, como del lado de las personas que pudieron violarlos⁸. Las lesiones a estos derechos pueden venir tanto por el Estado, (cuya soberanía es a menudo un muro de goma infranqueable, porque a través del concepto de la razón de Estado, puede rechazar las

⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 69. Vid. también A. E. PÉREZ LUÑO, "Los derechos humanos en la obra de Norberto Bobbio", en Á. LLAMAS (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 153 y ss.; R. de ASÍS ROIG, "Bobbio y los derechos humanos", en Á. LLAMAS (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit., pp. 169 y ss.

⁶ B. de CASTRO CID, "Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. Reflexiones sobre un libro de F.J. Contreras", *Anuario de filosofía del derecho*, vol. XII, 1995, p. 682.

⁷ R. de ASÍS ROIG, "Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos" en I. CAMPOY CERVERA (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dickinson, Madrid, 2006 pp. 36-37.

⁸ Para los signos de este proceso antes de la Segunda Guerra Mundial en los temas de la lucha contra la esclavitud, la protección de los heridos y enfermos en tiempos de guerra, la protección de las minorías, la prevención y la lucha contra el terrorismo, la creación de un tribunal penal internacional, la protección de los refugiados y la protección de los trabajadores v. G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 174.

peticiones y recursos de amparo), como por factores que van más allá de las fronteras estatales. Se puede, por ejemplo, considerar las empresas multinacionales con respecto a los derechos de los trabajadores, las organizaciones terroristas y narcotraficantes que operan no sólo dentro de los límites territoriales de un país o en una región geográfica, sino que, las más fuertes, operan sobre escala continental⁹.

Se trata, como dijo Peces-Barba, de un proceso todavía incompleto, cuya eficacia en la protección de los derechos depende de la tipicidad de la comunidad internacional, que es deficiente de un sistema político supranacional con plenos poderes¹⁰.

Sin embargo, es innegable que la ventaja de esta etapa es que se ha configurado como sujeto de derecho internacional, no sólo el Estado, sino también la persona.

La cuarta etapa del proceso evolutivo de los derechos fundamentales, de *especificación*, se determinó desde la necesidad de identificar con mayor precisión a los titulares de los derechos, ya que estos últimos –los derechos– deben ser concebidos como un fenómeno social, cuya titularidad no puede ser reducida a la de un “yo nouménico” sin cuerpo. Se une sin embargo, a la idea de la persona en condiciones particulares y en grupos sociales que determinan su forma de ser, sus capacidades y posibilidades de una vida digna¹¹.

En el caso de los derechos sociales la multiplicación se determinó por el aumento en la cantidad de bienes considerados dignos de protección, y por la consideración de los múltiples estados en los que el individuo se puede encontrar en el curso de la existencia. En otras palabras, era el resultado de un «proceso de concreción, que supone no sólo selección y matización de lo ya existente, sino aportación de nuevos elementos que enriquecen y completan lo anterior»¹². De acuerdo con la definición dada por Bobbio, los derechos sociales son “*l’insieme delle pretese o esigenze da cui derivano legittime aspettative,*

⁹ *Ibidem*, p. 176.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 176-177.

¹¹ Este mismo concepto del “sujeto abstracto de los derechos” fue criticado por Marx, que enfatizó el hombre en una situación social específica. Como recuerda A. E. Pérez Luño, parafraseando a Musil, no se puede hablar del “hombre sin cualidades”, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 211. Vid. también C. LEMA AÑÓN, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, núm. 22, 2010, pp. 182-184, que demuestra que los derechos con titular específico son universales porque la titularidad es de todos los que pertenecen a la clase o al grupo sin posibilidad de excepción.

¹² G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 180.

che i cittadini hanno, non come individui sociali singoli, uno indipendente dall'altro, ma come individui sociali che vivono, e non possono non vivere, in società con altri individui"¹³.

Estos derechos acompañan a las personas en todas las etapas de la existencia: desde la infancia, que es la más delicada y vulnerable, a la edad adulta, con todas las complejas cuestiones relativas a las necesidades de trabajo, vivienda y salud.

A partir de esta toma de conciencia se derivaron los derechos de los niños, de los trabajadores, de las mujeres, de los desempleados, de los enfermos, de los ancianos y de los pobres, debido a la condición múltiple relacionada con el sexo, la edad, las condiciones físicas y sociales, que no permitan igualdad de trato e igualdad de protección¹⁴.

Y entonces, "se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación" para obtener la igualdad como equiparación¹⁵.

Así la gama de los derechos fundamentales se ha ido ampliando porque "il mondo dei rapporti sociali è ben altrimenti complesso, e alla vita e alla sopravvivenza dell'uomo in questa nuova società non bastano i cosiddetti diritti fondamentali, come la vita, la libertà e la proprietà"¹⁶.

Las circunstancias específicas que los derechos sociales protegen no dan lugar a formas de privilegio sólo en beneficio de algunos, sino que abarcan todos los sujetos, aunque en diferentes etapas de la vida.

De hecho se puede decir que si bien los derechos sociales tienen por objeto proteger a los grupos vulnerables por razones específicas de la pertenencia a una clase, a un género o un grupo étnico, eso no significa que los bienes y las necesidades que protegen no sean de interés potencial para todos los ciudadanos, o, aún mejor, de todas las personas¹⁷. En este sentido, la especificación está en armonía con la generalización, ya que "*i diritti specificati altro non sono che l'applicazione alle circostanze concrete dei principi generali ed astratti propri dell'universalismo. L'uomo i cui diritti sono specificati,*

¹³ N. BOBBIO, *I diritti, la pace e la giustizia sociale*, en *Teoria generale della politica*, cit., p. 458. Vid. también A. E. PÉREZ LUÑO, "La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la filosofía del derecho", *Derechos y Libertades*, num. 14, 2006, p. 163, nota 30.

¹⁴ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 68.

¹⁵ G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 182.

¹⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 78.

¹⁷ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 75.

*non è altro dall'uomo dei diritti universali. In conseguenza, i diritti specificati, non devono essere visti come altro dai diritti generali, ma bobbianamente, come loro specificazione, lex specialis che, però, non deroga, ma applica al caso concreto, la lex generalis*¹⁸.

Desde la perspectiva de los derechos sociales, por lo tanto, el proceso de multiplicación por especificación no sería el lugar de la paradoja del “diseguagliamento”¹⁹ porque contrasta con la tendencia de igualación del proceso de generalización. A través de los derechos sociales se persigue la igualdad por la diferencia. La paradoja sería, sin embargo, en zonas distintas de las de protección social que afectan, por ejemplo, a la nueva categoría de “derecho a la identidad” con la que se reclama el derecho de los individuos y grupos a ser diferentes²⁰.

Así la generalización y la multiplicación por especificación no están necesariamente en conflicto, también se confirma por el hecho de que, históricamente, la Constitución francesa de 1848, que es el emblema de la generalización, expresa el paso desde el hombre abstracto a aquel concreto, cuando se refiere a los trabajadores de la industria y de la agricultura, a los niños abandonados, a los enfermos y a los ancianos sin recursos²¹.

Además, el surgimiento del Estado de bienestar y la función de promoción de la ley han sido la consecuencia del proceso de generalización, del derecho de asociación y de los derechos políticos²².

La igualdad en la titularidad de los derechos políticos se utilizó, por ejemplo, como herramienta para la igualdad material. El reconocimiento del sufragio universal ha permitido a la clase obrera discutir en la vida política las exigencias de la justicia social.

¹⁸ A. PISANÒ, *I diritti umani come fenomeno cosmopolitico. Internazionalizzazione, regionalizzazione, specificazione*, Giuffré, Milano, 2011, p. 171.

¹⁹ V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 315-317.

²⁰ Como señala Ferrari, Bobbio habla de especificación de los derechos en la víspera del ‘ethnic revival de los años 80’; V. FERRARI, “Las contribuciones de Bobbio a la sociología del Derecho”, en F. J. ANSUÁTEGUI; A. IGLESIAS GARZÓN (eds.), *Norberto Bobbio: Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Dickinson, Madrid, 2011, p. 235. Vid. S. FARELLO, “I diritti fondamentali nella società multiculturale: il contributo della sociologia del diritto” en *www.dirittifondamentali.it - rivista on-line, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale*.

²¹ R. de ASÍS ROIG, “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos” en I. CAMPOY CERVERA (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, cit., p. 37.

²² G. PECES-BARBA, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid 1988, p. 200.

Por lo tanto hay una conexión entre las categorías de los derechos fundamentales al servicio de la persona, así como hay una relación entre las cuatro etapas de la evolución de los derechos.

Los derechos sociales, nacidos bajo el signo de la multiplicación por la especificación, han recorrido las etapas de positivación, generalización e internacionalización, así como los derechos civiles y políticos han pasado por el proceso de multiplicación por especificaciones. Piénsese en las muchas facetas de la libertad o en el ejercicio de los derechos políticos a nivel europeo para los ciudadanos de la UE.

Si nos fijamos en la forma en que se expresa la positivación se puede reconocer que «las modernas Constituciones democráticas suelen enunciar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos de todos los ciudadanos. Algunos de ellos son, indefectiblemente, derechos universales, como el derecho a la salud, el acceso a los bienes culturales o el disfrute de un medio ambiente adecuado. Otros son derechos que sólo pueden hacerse efectivos para quienes en realidad carecen de la prestación que reconocen, como la vivienda, el trabajo, la asistencia sanitaria o la previsión social, en el caso de que se planteen tales contingencias»²³. Esto demuestra una vez más, el alcance general de estos derechos. Valga como último ejemplo, el permiso parental para el padre como la madre.

Por último, hay que señalar que el proceso de multiplicación por especificación no se concluyó con los derechos sociales, pero se ha dado un paso hacia adelante.

De hecho, la multiplicación por especificación puesta en contacto con el contenido de los derechos, permite identificar más de ellos. Piénsese en los derechos ambientales, en el derecho al desarrollo y en el derecho a la paz.

²³ B. GONZÁLES MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid 2002, p. 164; Incluso los derechos políticos están relacionados con la ocurrencia de una contingencia: la mayoría de edad. Consideremos, también por ejemplo, que en el Senado de la República Italiana la mayoría de edad no es suficiente para el sufragio activo porque se requieren 25 años de edad y se requieren 40 años para el sufragio pasivo. En esta cámara parlamentaria existe, por lo tanto, un criterio selectivo ligado a una lógica gerontocrática; Vid. también A. E. PÉREZ LUÑO, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, Garrigues Cátedra, Thomson Aranzadi (Cizur Menor), Navarra, 2006, pp. 289 y ss. Vid. M. J. AÑÓN ROIG; J. GARCIA AÑÓN (coord.), "Los derechos sociales como derechos fundamentales", en *Lecciones de Derechos Sociales* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 64: La universalidad de los derechos sociales significa que "si cualquier sujeto se encuentra en una situación de necesidad (...) será debidamente protegido por el Derecho".

Esto significa que la cuarta etapa, nacida para el beneficio de los derechos sociales, no ha agotado con ellos su poder de tomar nuevas medidas en materia de protección de bienes importantes.

3. EL CONTENIDO LIBERAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales se conciben tradicionalmente como derechos de igualdad no relacionados con el valor de la libertad, que en su lugar encontraría su plena expresión a través de los derechos civiles y políticos. En el sistema liberal del siglo XIX se ha configurado una relación de confrontación entre la libertad y la igualdad ya que no se ha estimado la función emancipadora del segundo valor que a través de la igualdad en los derechos libera a los sujetos de la esfera del poder y de la dominación de otros²⁴.

Si nos preguntamos acerca de la naturaleza de los derechos sociales podemos reconocer el significado emancipador de la libertad en un sentido material. Un sistema legal que carece de intervenciones sociales destinadas a desterrar la pobreza, la marginación y la formación de guetos o que no sea promotor de un alto nivel de educación, salud, bienestar, empleo y seguridad social de los ciudadanos y residentes, no puede ser aceptado, incluso desde una perspectiva liberal, si entendemos la libertad como libertad verdadera²⁵. Según algunos liberales las condiciones reglamentarias de la libertad disfrutaban de mayor prestigio que las materiales²⁶.

²⁴ Por ejemplo, podemos mencionar los grandes beneficios en términos de autonomía derivados de la igualdad en los derechos políticos.

²⁵ Según Luciani no existe un antagonismo lógico entre los dos principios, ni una prioridad lógica y axiológica del principio de libertad. Él no excluye, más bien, que el conflicto se manifiesta en la dimensión práctica, no menos de lo que podría suceder razonando con sólo uno de los dos principios. De hecho, el principio de la libertad, en sus diversas formas, puede revelar perfiles conflictivos como en la relación entre la libertad de circulación y la libertad de procesión, o entre la libertad de expresión y el derecho a la privacidad. Y entonces "*il conflitto pratico, insomma, non equivale all'incompatibilità logica. Se così non fosse, i principi di libertà e di eguaglianza non sarebbero solo in reciproco contrasto, ma sarebbero, ciascuno per proprio conto, autocontraddittori*": M. LUCIANI, "Sui diritti sociali", en *Democrazia e diritto*, número doble octubre 1994 - marzo 1995, año XXXIV-XXXV, p. 560. Por esta razón "*libertà e giustizia, uguaglianza e solidarietà non sono sempre da considerarsi come valori distinti, che entrano in competizione in una logica di temperamento, ma a volte diventano argomenti usati all'interno dell'unico tessuto di ragionamento pratico che conduce alla costruzione unitaria del contenuto di un diritto*", F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 103.

²⁶ Como afirmó Carlos Nino "las así llamadas "libertades normativas" no son formales; en la medida en que son establecidas por leyes positivas, al final consisten en la conducta

El ideal de la libertad puede entenderse en dos conocidos sentidos: “libertad de” y “libertad para”. La primera, según Bobbio, no puede ser simplemente reducida a la libertad negativa, así como el último no puede coincidir automáticamente con la libertad positiva. En efecto, tanto la “libertad de” (que implica la ausencia de elementos que impiden la acción), como la “libertad para” (que en cambio se refiere a la posibilidad de acción concreta) son expresiones de la libertad negativa, definida por el filósofo como una calificación de la acción²⁷. La libertad positiva sería una calificación de la voluntad. Dado que tanto la “libertad de” como la “libertad para” son aspectos de la libertad negativa, y que los derechos sociales se conectan a la “libertad de ciertas formas de privación” y permiten la “libertad para lograr planes de acción concretos, mediante el disfrute previo de los bienes y servicios esenciales”, podemos deducir que esta categoría de derechos contribuye a hacer que el valor de la libertad sea real bajo el perfil de la acción.

Así que no puede haber libertad ‘de’ sin libertad ‘para’ y viceversa, tanto es así que *“le due espressioni ‘libertà da’ e ‘libertà di’ possono essere in qualche caso interscambiabili”*²⁸.

La libertad “para” *“attribuisce all’individuo non solo la facoltà, ma anche il potere di fare. Se ci fossero soltanto le libertà negative, tutti sarebbero ugualmente liberi, ma non tutti avrebbero eguale potere. Per pareggiare gli individui, quando li riconosciamo come persone sociali, anche nel potere, occorre che vengano riconosciuti altri diritti come i diritti sociali, i quali debbono mettere ogni individuo in condizione di avere il potere di fare quello che è libero di fare”*²⁹.

Como prueba de la estrecha relación entre *libertad de* y *libertad para* Bobbio cita las cuatro libertades: de culto, de expresión, de vivir sin miedo y de vivir sin miseria proclamadas por Roosevelt el 5 de enero de 1941 en su mensaje al Congreso de los Estados Unidos.

activa o pasiva de diferentes personas –legisladores, jueces, policías– y son condiciones esenciales de la autonomía personal. Por esa razón, no hay una diferencia relevante entre esas condiciones y otras –que también deben ser establecidas por normas– que involucran servicios de terceros”; C. NINO, *Sobre los derechos sociales*, www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/7.pdf, p. 142. Vid. también F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en V. ZAPATERO - M. I. GARRIDO GÓMEZ (eds.) *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, cit., pp. 143 e ss.

²⁷ N. BOBBIO, *Eguaglianza e Libertà*, Einaudi, Torino, 1995, p. 56.

²⁸ *Ibidem*, p. 58

²⁹ N. BOBBIO, “I diritti, la pace e la giustizia sociale”, en *Teoria generale della politica*, cit., p. 461.

Las dos primeras libertades indican una acción que debe ser liberada, mientras las dos últimas son un impedimento que debe ser eliminado³⁰.

La acción del sujeto sin medios es, en efecto, impedida por la pobreza y por lo tanto, aun queriendo actuar de otra manera, esto es, de hecho, impedido. En este caso, la voluntad se vuelve inactiva y hay así una fractura o un salto entre la voluntad y el poder. Si nos dirigimos a la idea del libre albedrío, podemos decir que *“noi deliberiamo, e lo facciamo ritenendo in buona fede che tale deliberazione possa tradursi in azione. Ciò significa che ci attribuiamo la possibilità della scelta rispetto a vari possibili corsi d'azione”*³¹. Por lo tanto, no sólo la acción, sino también la resolución puede ser impregnada de un contenido intencional. Por otra parte recuerda Bobbio, el hombre es *«un animale teleologico, che agisce generalmente in vista di fini proiettati verso il futuro»*³².

En consecuencia, graves privaciones materiales afectan al libre albedrío y lo limitan inevitablemente.

Además, entre las muchas reflexiones sobre la libertad, es especialmente útil la relación, analizada por Bobbio, entre la “libertad frente al Estado” y “la libertad en la sociedad”. Históricamente, la lucha por los derechos se caracterizó principalmente por tres oponentes: el poder político, el poder religioso, y, finalmente, el poder económico³³. Durante mucho tiempo el *τέλος* de la historia ha sido identificado en la lucha por la emancipación del sujeto contra el poder del Estado.

En términos legales, se produjo a través de las libertades civiles y políticas.

En nuestros días, sentimos la necesidad de protección frente al poder económico porque tanto desde el poder religioso como desde el poder político se han ganado amplias esferas de libertad. Por lo tanto, es necesario el desarrollo de la libertad “a través” o “por medio” del Estado y por esta razón los derechos sociales se definen como derechos de prestación³⁴. El Estado no

³⁰ N. BOBBIO, *Eguaglianza e Libertà*, cit., pp. 59-60.

³¹ M. LA TORRE, “Libertà”, en M. LA TORRE y G. ZANETTI (eds.), *Seminari di filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000, p. 34.

³² N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 47.

³³ *Ibidem*, p. 263.

³⁴ *Ibidem*, p. 27. Debe tenerse en cuenta que algunos derechos sociales no son puramente prestacionales. Consideremos, por ejemplo, las libertades sindicales. El empleador no está obligado a dar o a hacer, sino más bien a no hacer, así que los trabajadores pueden tener, el lugar de trabajo, oportunidades para la interacción y el debate. Además algunos derechos civiles y políticos pueden tener perfiles prestacionales: por ejemplo el derecho a la vida o a la

es, de hecho, insensible a las necesidades de sus ciudadanos, y lo hace con el fin de evitar que la sociedad de consumo pueda consumir al hombre. Con este fin, dice Bobbio, es necesario aumentar los poderes del Estado³⁵. Esto no necesariamente tiene un significado negativo porque *“l’esercizio del potere può essere considerato benefico o malefico secondo i contesti storici e secondo i diversi punti di vista da cui questi contesti vengono considerati. Non è detto che l’accrescimento della libertà sia sempre un bene e l’accrescimento del potere sia sempre un male”*³⁶.

Cabe señalar que el problema de la libertad se presenta en nuestros días a nivel de la sociedad civil. De hecho, *“non importa che l’individuo sia libero ‘dallo Stato’ se poi non è libero ‘nella società’. Non importa che lo Stato sia liberale se poi la società sottostante è dispotica. Non importa che l’individuo sia libero politicamente se non è libero socialmente. Al di sotto della illibertà come soggezione al potere del principe, c’è la illibertà come sottomissione all’apparato produttivo”*³⁷.

Por esta razón es fundamental entender que el problema de la libertad no se puede reducir sólo a la organización del Estado, sino que sobre todo supone la organización de la producción y por lo tanto de toda la sociedad. Este problema *“investe non il cittadino, cioè l’uomo pubblico, ma l’uomo in quanto essere sociale, in quanto uomo. In questo senso sembra che la direzione dello sviluppo storico non sia più ‘dallo Stato dispotico allo Stato liberale’, ma ‘dallo Stato liberale alla società liberata’”*³⁸.

El sistema económico y el de la redistribución de los recursos no debe ser una zona franca de la justicia. Si el sistema económico sólo funciona para el beneficio de unos pocos a través de la explotación de muchos, se repite una forma de alienación del sujeto que percibe su existencia como algo ajeno y diferente en comparación con las tendencias percibidas por la conciencia de su propia humanidad, es decir, las de vivir una vida que habiendo satisfecho

seguridad requieren la intervención de los órganos del Estado contra las acciones perjudiciales; el derecho de los extranjeros acusados de ser asistidos por un traductor; el derecho al voto se puede ejercer a través de los fondos puestos a su disposición por el Estado. Vid.. G. PECES-BARBA, “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en ID., *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 201.

³⁵ N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., p. 72.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ N. BOBBIO, *Eguaglianza e Libertà*, cit., p. 86.

³⁸ *Ibidem*. La necesidad de prestar atención a la sociedad civil es percibida por Bobbio, con especial atención a la sociedad tecnocrática, que hace al hombre la pequeña rueda de un engranaje cuyo funcionamiento es sólo parcialmente conocido, pero de ello si sufren sus efectos deshumanizadores.

las necesidades primarias se proyecta hacia la auto-realización. Los poderes del Estado tienen carácter habilitador y la intervención redistributiva por medio de los derechos sociales tiene como objetivo el desarrollo de las capacidades humanas porque *“della loro apparente contraddittorietà ma reale complementarietà rispetto ai diritti di libertà la più fondata ragione è quella che vede in essi una integrazione dei diritti di libertà, nel senso che essi sono la condizione stessa del loro effettivo esercizio. I diritti di libertà non possono essere assicurati se non garantendo a ognuno quel minimo di benessere economico che consenta di vivere con dignità”*³⁹. Se puede estar de acuerdo que *“l’individuo istruito è più libero di un soggetto incolto, così come il lavoratore lo è rispetto al disoccupato e l’uomo sano rispetto al malato”*⁴⁰. Así que podemos hablar de libertad de tres maneras, sin duda en un sentido más amplio de lo que se podía rastrear originalmente en el contexto de la teoría política:

“1) Ogni essere umano deve avere qualche sfera di attività personale protetta contro le ingerenze di ogni potere esterno, in particolare del potere statale: tipico esempio, la sfera della vita religiosa che viene assegnata alla giurisdizione della coscienza individuale;

2) ogni essere umano deve partecipare in maniera diretta o indiretta alla formazione delle norme che dovranno poi regolare la sua condotta in quella sfera che non è riservata al dominio esclusivo della sua giurisdizione individuale;

*3) ogni essere umano deve avere il potere effettivo di tradurre in comportamenti concreti i comportamenti astratti previsti dalle norme costituzionali che attribuiscono questo o quel diritto, e quindi deve possedere in proprio o come quota di una proprietà collettiva beni sufficienti a una vita dignitosa”*⁴¹.

La relación entre el Estado y el individuo ya no se basa en la sujeción del individuo al Estado, sino en la del Estado al individuo, porque el Estado se convierte en un instrumento para el cumplimiento del sujeto. El individuo libre es el que determina la política de su país y tiene una capacidad económica suficiente que le permita ser libre del poder de los otros porque puede cumplir con las necesidades básicas de la vida material y espiritual *“senza*

³⁹ *Ibidem*, p. 259. Vid. T. GRECO, Norberto Bobbio. *Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma, 2000, p. 212

⁴⁰ N. BOBBIO, “I diritti, la pace e la giustizia sociale”, en *Teoria generale della politica*, cit., p. 465.

⁴¹ *Ibidem*, p. 446.

le quali la prima libertà è vuota, la seconda è sterile"⁴². Para el sistema democrático, que es el régimen de igualdad, por lo tanto, tiene sentido hablar de la libertad sólo si se convierte en igual libertad. La democracia está fatalmente socavada por el privilegio⁴³ que se configura no sólo cuando los ciudadanos no son iguales ante la ley, sino también cuando la asignación de recursos degrada a los grupos más pobres en una especie de casta inferior, incapaz de emancipación.

Si las relaciones sociales y económicas reducen a los hombres a ser elementos de cambio haciendo que la estructura de la sociedad sea depositaria de la injusticia social, la misma sociedad democrática está en peligro de perder su "apertura" y se convierte en un sistema elitista y censitario.

4. LA FUNCIÓN PROMOCIONAL DEL DERECHO

Después de la edad de la catástrofe, la segunda mitad del siglo XX ha experimentado una especie de edad de oro⁴⁴. A la reconstrucción material del Viejo Continente, devastado por el poder de las armas de guerra, se unió la reconstrucción de las conciencias, y con ellas, del derecho. El hundimiento de la conciencia moral, en el que Kant había encontrado uno de los dos elementos que lo llenaban de admiración y asombro, ha generado una gran consternación, ante la constatación de su incapacidad de frenar a las personas de caer en el abismo de la barbarie⁴⁵.

No ha ayudado tampoco la contemplación del cielo estrellado, porque como señaló Kafka en una hermosa página de *El Castillo*: "*le stelle lassù in cielo non giovano contro la bufera che infuria quaggiù*"⁴⁶. Para llenar el vacío dejado por esa ruina, la incorporación de los derechos fundamentales en los textos consti-

⁴² *Ibidem*, pp. 446-447. G. ESCOBAR ROCA (Dir.), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 102.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Imparare democrazia*, Einaudi, Torino, 2007.

⁴⁴ De estos años son: la Constitución italiana (1948), alemana (1949), francesa (1946), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Constitución Española (1978).

⁴⁵ Sobre el pensamiento de Kant en la obra de Bobbio vid. "Deux notions de la liberté Dans la pensée politique de Kant", en VV.AA, *La philosophie politique de Kant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, pp. 105-118; *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1969 (2ª ed.).

⁴⁶ F. KAFKA, *Il Castello*, Mondadori, Milano, 2007, p. 116.

tucionales fue, en este trabajo de reconstrucción, la piedra angular de los sistemas jurídicos. Ellos han demostrado “*subito per quello che sono persino nelle pieghe dello stile e della terminologia: un’enfatica proclamazione di volontà, una dichiarazione politica dei cittadini in risposta a esperienze concrete di repressione e di offesa della dignità umana. In quasi tutti gli articoli dei diritti fondamentali risuona l’eco di un torto subito, che viene per così dire contraddetto parola per parola*”⁴⁷. La asunción por parte del ordenamiento jurídico del punto de vista de los oprimidos ha puesto en marcha una nueva inmensa perspectiva sobre el mundo humano, sin la cual –dice Bobbio– no nos habríamos salvado⁴⁸. Para este fin, era necesario concebir de forma diferente la estructura del paradigma constitucional del Estado liberal burgués. Las constituciones europeas postbélicas se inspiran también en los valores sociales tanto es así que “*s’è parlato di passaggio dalla democrazia liberale alla democrazia sociale*”⁴⁹ en que el concepto del derecho, en la forma de protección y represión, dio espacio a la función promocional⁵⁰. En este sentido los organismos públicos emplean siempre más las “*tecniche di incoraggiamento in aggiunta, o in sostituzione di quelle tradizionali di scoraggiamento*”⁵¹ gracias a la transformación efectuada por el sistema de Bienestar.

Durante mucho tiempo la función de protección y de represión fue adoptada, de acuerdo con la enseñanza de Thomasius, como el paradigma dominante de la esencia del derecho. Para Bobbio, en cambio, constituía un ideal político o más bien una ideología que veía en la paz alcanzada a través de normas negativas, el sentido del paso del estado de naturaleza al estado de sociedad⁵².

⁴⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 2002, p. 460.

⁴⁸ Bobbio reconoce que la perspectiva del punto de vista de los oprimidos es una deuda con el marxismo. N. BOBBIO, *Politica e Cultura*, Einaudi, Torino, 2005.

⁴⁹ N. BOBBIO, “I diritti, la pace e la giustizia sociale”, en *Teoria generale della politica*, cit., p. 459.

⁵⁰ N. BOBBIO, “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, 1969, p. 1313 y N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 13. Vid. R. GUASTINI, “La teoria generale del diritto” en P. ROSSI (ed.), *Norberto Bobbio tra diritto e politica*, Laterza, Roma-Bari 2005, pp. 77-78; G. PECES-BARBA “Reflexiones sobre los derechos sociales” en R. ALEXI, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2009 p. 89; L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. (2. Teoria della democrazia), Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 82 y ss.

⁵¹ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, en *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, cit., p. 1314.

⁵² La función de protección se persigue a través de prohibiciones, mientras la función represiva a través de sanciones, de acuerdo con la visión común del positivismo jurídico des-

Incluso hoy en día, las teorías que se inspiran en el modelo liberal clásico conciben el Estado como un mero guardián de la ley y del orden, pero si se tiene en cuenta la dimensión social de la democracia, se puede evitar seguir aplicando conceptos e ideologías del pasado que se vuelvan inadecuados, si se toman en sentido reduccionista⁵³. No se quiere, de hecho, negar que la ley todavía mantiene una vocación de protección y represión –no podía no hacerlo– también a la luz de las nuevas formas de agresión de los bienes jurídicos. Se pretende más bien decir que no agota, ni completa la función del derecho que, a menudo, en lugar de desalentar, alienta y promueve una serie de actividades que se consideran útiles para el pleno desarrollo de la persona humana y de la sociedad en su conjunto. En este contexto, la ley no hace sólo uso de sanciones negativas, sino también positivas, aunque el aspecto coercitivo, apareció durante mucho tiempo, gracias a Kelsen, la única dimensión de la sanción⁵⁴.

Para Bobbio la sanción no coincide simplemente con el uso de la fuerza, sino en una “reacción a la violación”, sea lo que sea, también económica, social o moral, es decir, en última instancia, garantizada por el uso de la fuerza. Si en la visión liberal la ley regulaba el comportamiento de las personas, indicando las conductas prohibidas, obligatorias y permitidas, la organización del Estado contemporáneo lo regula a través de la promesa de incentivos y premios. Al hacerlo, también se organiza la acción del Estado que adquiere un sentido, sin duda, de propulsión.

Por esta razón, en el lenguaje jurídico se encuentra con mayor frecuencia no sólo el término “garantizar”, sino también la palabra clave “promover”. Para adaptar la teoría general del derecho a la transformación de la sociedad contemporánea y al desarrollo del Estado de Bienestar se debe

de Austin a Kelsen. Obviamente, Bobbio señala, las dos teorías, a menudo, se superponen, porque *“il diritto svolge la funzione di protezione rispetto agli atti leciti (che possono essere tanto atti permessi quanto atti obbligatori), mediante la repressione degli atti illeciti”*, *Ibidem*.

⁵³ Por otra parte, advierte Bobbio, cada *“riduzione, (...) è una buona spia per lasciar scorgere il carattere ideologico di una teoria; ma è in genere, da un punto di vista analitico, un’aberrazione”*, *Ibidem*, pp. 1320-1321.

⁵⁴ Vid. N. BOBBIO, “Verso una teoria funzionalistica del diritto y también, Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen”, en N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., respectivamente pp. 63 y ss., y pp. 187 y ss. Vid. también el pensamiento de Kelsen a través de la metodologías analíticas de G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino 1959; *Norme primarie e norme secondarie*, Giappichelli, Torino, 1967; *L’onere. Tra la libertà e l’obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970.

superar el punto de vista estructural del sistema jurídico a favor de lo funcionalista⁵⁵.

Como prueba de ello, Bobbio recuerda el rico contenido promocional de la Constitución italiana⁵⁶ en la que las piedras angulares del nuevo modelo constitucional son sus artículos 2 y 3 que suenan como proposiciones performativas de reconocimiento y garantía de los derechos inviolables de la persona y de eliminación de los obstáculos al desarrollo económico y social, que limiten la libertad y la igualdad, porque impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en el desarrollo político, económico y social del País. El *carácter performativo* es el resultado de la *positivización* del compromiso del Estado para intervenir en el sector social, que por lo tanto, seguirá estando obligado por esas promesas. Considere la redacción similar del artículo 9.2 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos la tarea de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad, tanto de los individuos y de los grupos, sean reales y efectivas, de remover los obstáculos que impidan o dificulten su aplicación y, por último, de facilitar la participación de todos los ciudadanos en el desarrollo político, económico, social y cultural.

⁵⁵ N. BOBBIO, "Diritto e scienze sociali", en N. BOBBIO *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 43. La transición del Estado liberal al Estado de Bienestar siguió tres líneas. La primera línea, que ya fue identificada por Hayek, desde un punto de vista estructural expresa el aumento progresivo de las normas de organización en comparación con las normas de conducta. De este cambio Bobbio captó el aspecto más importante: mientras las normas de conducta hacen posible la convivencia de los individuos o de los grupos que persiguen propósitos individuales, las de organización hacen posible la cooperación de las personas o de los grupos que persiguen un objetivo común. La segunda línea expresa, desde el punto de vista jurídico, la transición de un control social basado en normas con sanciones, a otro que contiene normas técnicas, cuya fuerza depende de la relación medios-fines que expresan, es decir que hacer o no hacer ciertas acciones permite alcanzar el propósito deseado o impuesto. La tercera línea es precisamente la transición de la función represiva a la función promocional que requiere "una continua opera di stimolazione di comportamenti considerati economicamente vantaggiosi"; *Ibidem*, p. 53-55.

⁵⁶ Se pueden considerar los artículos: 4, I, (promoción de las condiciones que hagan efectivo el derecho al trabajo, elemento clave de la República Democrática); 5, (reconocimiento y promoción de la autonomía local); 9, I, (promoción de la cultura y de la investigación científica y técnica); 35, III, (promoción de acuerdos y organizaciones internacionales para establecer y regular los derechos laborales); 45, I, (promoción del aumento de la cooperación); 31, I, (facilitación de la formación de la familia a través de medidas económicas y otras providencias); 44 II, (medidas a favor de las zonas de montaña); 47, I y II, (estímulo y protección del ahorro y, en particular, del ahorro popular para la propiedad de la vivienda).

Las técnicas de estímulo y promoción se diferencian de las de desaliento, en que “*mentre l’inadempimento di un comportamento scoraggiato da una minaccia fa sorgere nel minacciante il diritto di eseguirla, l’adempimento di un comportamento incoraggiato da una promessa fa sorgere nell’adempiente il diritto a che la promessa sia mantenuta*”⁵⁷. La relación subjetiva entre el titular del derecho y el titular de la obligación son diferentes, dependiendo de si la sanción es positiva o negativa, porque en el caso de sanción negativa la relación derecho-deber va del sancionante al sancionado, mientras en el caso de sanción positiva del sancionado al sancionante⁵⁸. Y, de hecho, precisa Bobbio, la fórmula de sanciones negativas es “*Se fai a, devi b*” es decir, tienes la obligación de someterte al mal amenazado, mientras la fórmula de las sanciones positivas es “*Se fai a, puoi b*” es decir “*hai il diritto di ottenere il bene del premio*”⁵⁹. Además, las técnicas de estímulo a través las normas de promoción, en lugar de mantener el status quo, amenazando a un malo por conductas que violen las normas, se convierten en instrumentos de cambio y de innovación, porque una conducta se fomenta a través de la promesa de un bien⁶⁰. Se premia un *hacer* en lugar de un *no hacer*⁶¹.

En conclusión sobre este punto, también es útil recordar que la función de promoción ha influido en la legislación penal, porque la promesa de recompensas es uno de los instrumentos para la represión de la delincuencia y el objetivo rehabilitador de la pena.

5. EL DÉFICIT DE LA FUNCIÓN PROMOCIONAL DEL DERECHO: REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTOS DE LOS DERECHOS SOCIALES

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales tiene su matriz en la función promocional del derecho. En este punto, la cuestión cla-

⁵⁷ N. BOBBIO, “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, cit., p. 1327.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1328.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Las técnicas de estímulo tratan de influir en el comportamiento del sujeto facilitándolo o por la promesa de consecuencias favorables. Sin embargo, existe una diferencia: la facilitación precede o acompaña al comportamiento y por lo tanto tiende a hacer que la conducta sea menos gravosa. La sanción positiva, el premio, sigue el comportamiento y por lo tanto tiende a hacerlo más atractivo.

ve es cómo remediar la falta de conformidad con el compromiso asumido por el Estado en el pacto constitucional. Nos enfrentamos a la paradoja de la teoría de los derechos y libertades: ¿cómo se puede negar que los derechos reconocidos en los textos constitucionales son derechos auténticos y al mismo tiempo, considerar derechos positivos, declaraciones normativas no justiciables?⁶². Bobbio, como señala Pérez Luño, no dio una respuesta al problema aunque ha reconocido la importancia de la protección de los derechos por la imposibilidad de ignorar los reclamos de parte de los que sufren⁶³.

Tratando en este punto de abrir escenarios posibles de protección, se podría argumentar que la falta de acción legislativa y la inercia de la autoridad pública constituye, en sí mismo, la violación de una obligación contraída, a la que podrían seguir remedios para la indemnización compensatoria. La garantía de los derechos no puede, de hecho, estar limitada por estos factores debido a la inactividad del Estado. Los derechos fundamentales no son una mercancía⁶⁴. El carácter fundamental no puede depender del grado de protección que ofrece el Estado.

La justiciabilidad de los derechos puede adoptar diversas formas, puede ser: directa, perfecta o reparadora, que permite al titular la restauración del derecho violado, o directa imperfecta o compensadora, que protege el derecho a través de la compensación o por equivalente y, por último, puede ser indirecta generalmente preventiva⁶⁵. La protección de los derechos sociales se puede realizar a través de las tres formas de justiciabilidad. Si en algunos casos la primera forma no puede ser puesta en práctica, se podría solicitar al tribunal una indemnización o compensación equivalente. Frente a los que no tienen una vivienda o los medios necesarios para sobrevivir, el órgano judicial podrá ordenar al Estado compensar el daño. No se pretende ocultar los problemas que esta solución tiene especialmente desde el punto de vista económico, sin embargo, las dificultades no “diluyen el mandato radical de

⁶² A. E. PÉREZ LUÑO, “Los derechos humanos en la obra de Norberto Bobbio” en Á. LLAMAS (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, cit., p. 165.

⁶³ V. FERRARI, “Las contribuciones de Bobbio a la sociología del Derecho”, en F. J. ANSUÁTEGUI; A. IGLESIAS GARZON (eds.), *Norberto Bobbio: Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, cit., p. 234.

⁶⁴ J. DE LUCAS, *Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, num. 4, 2001, (<http://www.uv.es/CEFD/4/Delucas.html>).

⁶⁵ L. HIERRÓ, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, cit., p. 195.

la Constitución de remover los obstáculos y promover las condiciones para que la libertad y la igualdad puedan ser reales y efectivas para todos⁶⁶.

En este punto, generalmente se sostiene que no es apropiado dar ese poder a los jueces, porque se cree que la especificación de los derechos sociales a través del instrumento legislativo, representa la única manera de hacer que estos derechos sean justiciables⁶⁷.

Las razones de la primacía otorgada a la ley son: la escasez de recursos, (que impone la necesidad de tomar decisiones generales en la administración de escasos recursos), la competencia exclusiva del gobierno y del parlamento en la elaboración y aprobación del presupuesto y en el uso de los fondos públicos y, por último, la necesidad de mantener una visión sistemática y general de la cantidad de personas calificadas para la satisfacción de las necesidades básicas⁶⁸. Por otra parte, los jueces no son elegidos y no expresan la voluntad popular y por lo tanto no tienen la facultad de decidir sobre la distribución de los recursos. Asimismo se señala que ellos carecen de competencia técnica, no siendo expertos en el sector económico. Sin embargo, se olvida que cada día los jueces se enfrentan a problemas de indudable complejidad y por esta razón son asistidos por técnicos y expertos. Por lo tanto «no se trata de obstáculos irresolubles y muchas de las soluciones técnicas a las que los tribunales recurren para afrontarlos tienen una firme aceptación en la *communis iuris opinio*»⁶⁹.

La intervención judicial interpretada en la lógica de la protección de las necesidades vitales, no tiene nada que ver con el populismo judicial⁷⁰.

Los derechos fundamentales «son posiciones tan importantes, que su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple»⁷¹. Esto crea un conflicto entre los derechos y los principios de organización del poder, pero no es un hecho exclusivo de

⁶⁶ G. PECES-BARBA, "Reflexiones sobre los derechos sociales", en R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, cit., p. 92.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁹ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 95.

⁷⁰ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 90; C. FABRE, *Social Rights under Constitution. Government and the Decent Life*, Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 2.

⁷¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 395.

los derechos sociales⁷². En el caso de los derechos sociales, se puede apoyar el argumento según el cual la competencia del Parlamento en materia presupuestaria no es ilimitada ni absoluta ya que los derechos fundamentales pueden superar las razones de política financiera⁷³.

Como señala Searle, la realidad institucional surge en virtud de la intencionalidad colectiva de función⁷⁴ según la cual los órganos investidos de un poder de representación ejercen sus funciones gracias a una *investidura* popular. Se crea una ontología invisible que hace que la acción política sea representativa de la voluntad popular. Cuando la acción política deja de proteger los derechos fundamentales, no dando cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Constitución, la ontología invisible se desmorona, y por tanto el titular de poder ya no tiene un permiso válido para llevar a cabo esas funciones. En nuestros días, los derechos sociales son "*il più importante fondamento di legittimità delle istituzioni politiche e degli assetti sociali nel vecchio continente*"⁷⁵.

La garantía de estos derechos es "*la ragion d'essere dell'organizzazione giuridica e politica. [...] I diritti, in definitiva, sono un elemento sostanziale configuratore dello Stato costituzionale e del suo diritto*"⁷⁶.

La constitucionalización de los derechos sociales y la disposición de las cláusulas de promoción son una expresión simbólica de la forma en que, a través de un pacto constitucional, se acordó sobre la necesidad de la justicia social, y por lo tanto sobre la forma en que algunas situaciones materiales deben ser interpretadas. Un cierto tipo de *facticidad* se convierte en materia prima formada por la *normatividad*, ya que algunos hechos se toman como objeto de interés por parte del derecho.

La conexión entre facticidad y normatividad en materia de derechos sociales se expresa a través de las disposiciones constitucionales relativas a la igualdad material, la solidaridad y la dignidad humana. Surge en este punto el problema de localizar históricamente este proyecto y luego "*la controversia*

⁷² Esto demuestra que la dimensión conflictiva de los derechos no se manifiesta sólo en las relaciones entre ellos, sino también entre los derechos y los principios rectores del ordenamiento jurídico.

⁷³ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 455.

⁷⁴ J. R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1996, p. 33.

⁷⁵ A. J. MENÉNDEZ, *La linfa della pace: i diritti di solidarietà nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea*, en *Diritto e questioni pubbliche*, num. 4, 2004, p. 96.

⁷⁶ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Democracia constitucional, derechos y violencia institucional", *Sociologia del diritto*, num. 3, 2012, p. 35.

*sulla giusta concezione paradigmatica d'un sistema giuridico pensato come parte della totalità sociale è sostanzialmente una controversia politica*⁷⁷.

El seguro de los niveles adecuados de protección social depende de elementos que van más allá de la positivación de los derechos fundamentales. La política juega un papel fundamental que debe ser desarrollado de acuerdo con la lógica legal configurada por la Constitución. Por esta razón, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, la violación de derechos fundamentales constituye una hipótesis de *violencia institucional*⁷⁸ que no se manifiesta a través del uso de la fuerza bruta, sino a través de «l'alterazione traumatica di ciò che potremmo denominare "le condizioni di normalità di una determinata realtà"»⁷⁹. En el caso en que los órganos del Estado a través de acciones u omisiones que afecten negativamente a los valores de la dignidad, de la libertad y de la igualdad, podemos hablar de una alteración de la normalidad que presupone un Estado de derecho⁸⁰.

Desafortunadamente, la frecuencia con la que a veces se repite la violación de los derechos fundamentales hace que la lesión no sea sentida por su gravedad sino que se interprete como una hipótesis no excepcional a tener en cuenta dentro de un sistema legal. El problema consiste precisamente en no ser capaz de percibir la gravedad de la violación. La excepción ilegal se convierte en regla y no hay mayor mal que la violencia erigida en principio, en norma.

El papel de los jueces en vez de alterar el sistema institucional, sería una herramienta para la conservación y adecuación a los elementos básicos del modelo de Estado de Bienestar. En conclusión, así como en las relaciones entre particulares, la violación de una obligación da lugar a los recursos destinados a satisfacer el derecho del acreedor, incluso cuando la relación es entre el Estado y los ciudadanos, el fracaso de la actividad promocional debe ser igualmente castigado.

⁷⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, cit., p. 468.

⁷⁸ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Democracia constitucional, derechos y violencia institucional", *Sociologia del diritto*, cit., pp. 27-28: En este sentido, constituyen casos de violencia institucional la negación de los derechos, la falta de garantías, y las lagunas en el sistema de protección de derechos.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁰ Según parte de la doctrina las omisiones en el ámbito de los derechos sociales tienen un problema de causalidad porque una omisión no puede ser la causa de consecuencias legales. Vid. R. ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá 2005 pp. 176 e ss.

Este argumento sigue, aunque por diferentes temas, la orientación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que prevé en beneficio de los ciudadanos europeos el derecho a una indemnización por incumplimiento o retraso en la transposición de las directivas de la UE, hallando una solución a la falta de actividad de los Estados.

Y entonces, siguen siendo eternas las palabras de Norberto Bobbio: *“mentre l’inadempimento di un comportamento scoraggiato da una minaccia fa sorgere nel minacciante il diritto di eseguirla, l’adempimento di un comportamento incoraggiato da una promessa fa sorgere nell’adempiente il diritto a che la promessa sia mantenuta”*⁸¹.

PAOLA CHIARELLA
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro
Germaneto 88100 (Italia)
paola.chiarella@libero.it

⁸¹ N. BOBBIO, “Sulla funzione promozionale del diritto”, *Rivista trim. di dir. e proc. civ.*, cit., p. 1327.

EL DERECHO A LA PENSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS: ¿COHABITACIÓN O CONFLICTO DE SUBSISTEMAS?

THE RIGHT TO PENSION FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF
MULTI-LEVEL RIGHTS: COEXISTENCE OR CONFLICT OF SUBSYSTEMS?

AINHOA LASA LÓPEZ
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 25-6-13
Fecha de aceptación: 17-9-13

Resumen: *En diciembre de 2012, el Comité Europeo de Derechos Sociales emitía una decisión en la que establecía los límites a medidas restrictivas del contenido esencial del derecho a la pensión. Esta decisión tiene gran trascendencia jurídica en la medida en que la CSE está presente tanto en el Derecho de la Unión, como en algunos derechos nacionales. Sin embargo, también plantea algunos interrogantes sobre sus efectos. Por una parte, porque la CSE responde a unas coordenadas distintas a las del proyecto europeo. Esta circunstancia ha sido determinante en la lábil recepción de la Carta social por los Tratados europeos. Por otro lado, porque los parámetros europeos también forman parte de los ordenamientos internos, infiltrando las prerrogativas de un constitucionalismo de mercado que pone límites a la dimensión social nacional.*

Abstract: *On 7 December 2012, the European Committee of Social Rights issued a decision establishing the limits to a restrictive measures of the essence of the right to pension. This decision has a great legal importance because the European Social Charter is part of the Union law, as well as of some national rights. However, this decision also sets out some questions about its effects. On the one hand, because the European Social Charter is linked to a coordinates opposite to those of the European project. This circumstance determines the weak reception of the Social Charter by the European Treaties. On the other hand, because the European parameters are also part of the national orders, infiltrating the prerogatives of the European market constitutionalism that limit the national social dimension.*

Palabras clave: vínculo social, vínculo económico, constitucionalismo de mercado europeo.

Keywords: social link, economic bound, European market constitutionalism.

1. INTRODUCCIÓN

En enero de 2012, la Federación de Empleados Pensionistas de Grecia (IKA-ETAM) planteó ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) una serie de quejas que tenían su origen en un conjunto de medidas normativas adoptadas por el gobierno de Grecia como consecuencia de los ajustes impuestos por la Troika tras el rescate, que a su juicio implicaban una modificación estructural del sistema de pensiones griego traducido en un recorte significativo de las pensiones, con la consiguiente vulneración del artículo 12 de la Carta Social Europea (CSE), que contempla el derecho a la seguridad social y obliga a los Estados que han ratificado el citado documento internacional, "a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de la seguridad social".

Concretamente, las modificaciones introducidas por la panoplia legal griega se sustanciaban en los siguientes términos: con relación a las pensiones primarias y atendiendo a criterios de edad, éstas se han visto reducidas entre un 20% y un 40%. En el caso de las pensiones auxiliares, la reducción ha sido del 20%. La contribución social solidaria impuesta a los pensionistas con pensiones más altas se ha incrementado entre un 3% y un 14%. Paralelamente, para aquellos pensionistas que además estén trabajando, la reducción ha sido de entre un 50 o 70%. Finalmente, los pensionistas del sector privado con escasos ingresos han visto reducida la cantidad compensatoria que percibían en concepto de beneficio solidario social, así como un endurecimiento de los requisitos para su percepción.

Como puede observarse, son medidas que tienen como denominador común la desvirtuación del derecho social a una pensión hasta extremos, como es el caso de los pensionistas que hayan trabajado en el sector privado, que transforman la prestación en una mera procura asistencial. La crisis sistémica del proyecto globalizador ha acelerado el proceso de desmantelamiento de los principales contenidos del constitucionalismo social, acentuando la necesidad de despublificar los servicios públicos, la seguridad social, la educación o el conflicto laboral. Externalización de la gestión de los servicios, modernización de los sistemas de seguridad social vía intro-

ducción del factor de sostenibilidad en el régimen de las pensiones o del copago sanitario, flexiexplotación de los sistemas laborales, son algunos de los términos que se repiten incesantemente por parte de los jefes de estado de los países de la Unión y de las instituciones europeas. Conceptos que han terminado por formar parte del ideario jurídico nacional encontrando en el ámbito infraconstitucional un espacio idóneo para su traducción normativa.

El 7 de diciembre de 2012, el CEDS tras un análisis de la normativa griega que se acaba de comentar, se pronunciaba sobre las quejas planteadas¹, concluyendo que en la ponderación de la relación crisis económica-derecho social a una pensión, las medidas restrictivas que se adopten en materia de pensiones “tienen que respetar la necesidad de conciliar el interés general con los derechos individuales, incluyendo las legítimas expectativas de los individuos sobre la estabilidad de las reglas aplicables” (FJ 82). Por lo tanto, aún cuando el grueso de medidas restrictivas adoptadas tenga como objetivo mantener la viabilidad del sistema de seguridad social en un contexto de crisis sistémica que obliga a introducir ajustes necesarios para la adecuación del sistema, la crisis económica no puede tener como consecuencia una reducción del nivel de protección de los derechos sociales (FJ 75). De ahí que si bien no todas las medidas restrictivas pueden considerarse como una contravención de lo dispuesto por el artículo 12 de la CSE², el efecto acumulativo de las reformas de las pensiones en Grecia entre 2010 y 2012, ha conducido a una significativa degradación de las condiciones de vida de muchos de los pensionistas afectados (FJ 78).

Se trata sin duda de una decisión importante en la medida en que por primera vez desde el ámbito internacional, se establecen las líneas rojas que en ningún caso puede traspasar el vínculo económico y su maquinaria instrumental, auspiciada por el imperativo de una crisis económica y financiera global que culpabiliza de su surgimiento y perpetuación al gasto social. Sin embargo, esta garantía del vínculo social efectuada por el CEDS genera importantes interrogantes centrados en sus efectos y repercusión jurídica, a saber: ¿qué alcance tiene esta decisión en el ordenamiento jurídico europeo y en los ordenamientos nacionales? ¿Los límites del artículo

¹ Decision on the merits, 7 December 2012. Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece. Complaint No. 76/2012.

² En particular, aquellas medidas que afectan a las pensiones más elevadas, o que atendiendo a la edad fomenten la continuidad en la vida laboral antes que el retiro.

12 de la CSE resultan de aplicación a lo dispuesto por el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE) que contempla la Seguridad Social, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 12 es una de sus fuentes de inspiración? Es decir, ¿Sería posible plantear una cuestión prejudicial basada en la conculcación de lo dispuesto en el artículo 34 de la CDFUE por un hipotética ley nacional, que en cumplimiento de las prerrogativas de la gobernanza económica europea (GEE)³, tenga un impacto significativo en cuanto a la reducción del contenido de disfrute del derecho a una pensión, en términos de disminución de la cuantía? ¿Realmente estamos en presencia de dos subsistemas, la CSE y la CDFUE llamados a complementarse entre sí, o es posible que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) esgrima los principios jurídicos fundamentales del proyecto europeo, economía de mercado abierta y de libre competencia, y sus mecanismos de garantía (Pacto de Estabilidad y Crecimiento/PEC), actuando como guardián del constitucionalismo de mercado europeo?

Todas estas preguntas representan el hilo argumental de la reflexión que se desarrollará a lo largo de las siguientes páginas. En primer lugar, analizaremos el significado otorgado por el derecho primario europeo a la CSE, en aras a determinar su alcance y operatividad en la garantía de los derechos sociales fundamentales europeos (Capítulo II). En segundo lugar, atenderemos al desarrollo de la CSE en la jurisprudencia del TJUE, a fin de determinar su grado de justiciabilidad (Capítulo III). En tercer lugar, haremos referencia a la regulación de la seguridad social en la CDFUE como referente normativo de la garantía y protección de los derechos fundamentales de la Unión (Capítulo IV). En cuarto lugar, se reflexionará sobre la relación entre la CSE y la CDFUE, considerando la diferente orientación de uno y otro texto (Capítulo V). Por último, se señalarán las conclusiones alcanzadas (Capítulo VI).

³ Frente al gobierno de la economía caracterizado por una primacía de la política legitimada por la posibilidad de una intervención pública en la economía, la gobernanza económica implica un cambio radical en la concepción de la política, una dinámica dirigida a la privatización de las decisiones políticas. Una gobernanza propia de las coordenadas de un constitucionalismo de mercado que se contraponen a un gobierno de la economía en clave de constitucionalismo social, articulado en torno a la centralidad del trabajo como vínculo social que limita y define al mercado, y legitima la intervención de los poderes públicos en el sistema económico. A. LASA, "Algunas consideraciones metodológicas a propósito de la nueva relación entre Estado, derecho y justicia social en el constitucionalismo de mercado europeo", *Revista Estudios de Deusto*, núm. 1, 2013, pp. 155-191.

2. LA CENTRALIDAD DE LA INTEGRACIÓN NEGATIVA EN EL PROYECTO EUROPEO COMO CONDICIONANTE DE LA FORMA DE INCORPORACIÓN DE LA CSE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN

La recepción de la CSE en el derecho primario de la Unión ha sido tardía, débil e insuficiente para constituirse como fuente de garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales europeos. Pero al mismo tiempo, ha sido una recepción plenamente coherente con el diseño del constitucionalismo de mercado europeo que hace del mercado el fundamento legitimante y legitimador del proyecto de integración. Esta doble afirmación requiere, lógicamente de una ulterior concreción.

El devenir de la acogida de la CSE en el ordenamiento jurídico europeo no puede desvincularse de los principios en torno a los que se construye esta realidad jurídico-política. En este sentido, el activo social de la sistemática europea se configura desde la institución del mercado, principal motor de la constitución de una gran unidad económica y monetaria europea. En el proyecto europeo definido de acuerdo con los contenidos de una economía de mercado abierta y de libre competencia, la ausencia de una política social europea desvinculada del mercado se justifica no en las reservas a la autonomía social nacional, sino en el condicionante de la conformidad con el mercado⁴.

Esta decisión política fundamental se corresponde con una nueva articulación de las relaciones de poder economía-política, en el espacio supranacional europeo, que sitúa al mercado como elemento central y vertebrador de las instituciones y valores de la Unión. Esta nueva realidad constitucional obliga a replantearse el significado y sentido de los derechos sociales en la Unión. Sobre todo, teniendo en cuenta que esta categoría normativa es expresión de los contenidos del pacto detonante del surgimiento del Estado social, y de las propias contradicciones que encierra el modelo. Lógicamente, la modificación de este modelo y su sustitución por otro, implica tanto la transformación de sus elementos, como su necesaria redefinición, considerando como nos recuerda Luciani, que “la proclamación de un ‘mismo’ derecho en más documentos normativos es pura apariencia, dado que las mismas palabras no connotan el mismo derecho si el contexto en el que se

⁴ G. MAESTRO, “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, pp. 123-156.

formulan es distinto⁵". En particular, en el sistema europeo los derechos sociales no surgen en el contexto de una realidad material detonante del surgimiento del Estado social. La publicación del conflicto distributivo con la consiguiente integración política y económica de sus protagonistas, es una realidad ajena a la del constitucionalismo de mercado. Por el contrario, los derechos sociales europeos son portadores de los valores que informan a los principios fundamentales que dotan de unidad al conjunto del diseño europeo. La economía de mercado y la libre competencia representan el código axiológico que preside la configuración de los derechos sociales en el espacio transnacional, estableciendo las limitaciones y los condicionantes para su efectiva realización.

Frente a la constitución social, la constitución del mercado deviene la constitución material de las transformaciones incorporadas por el proyecto europeo, y tiene en la constitución económica europea el ámbito privilegiado de su materialización.

2.1. CSE y Tratados de la Comunidades Europeas: de la vinculatoriedad a la programaticidad de las disposiciones sociales

Exceptuando la referencia explícita a la CSE en el Preámbulo del Acta Única de 1986, lo cierto es que no será hasta el Tratado de Ámsterdam, cuando el documento de derechos sociales del Consejo de Europa vuelva a aparecer en el Derecho de la Unión. Ni los Tratados Constitutivos, ni el Tratado de Maastricht hacían alusión al documento social, en la querencia los primeros de que el funcionamiento del mercado común conllevaría una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra; y en la caracterización de la política social como una dimensión extrínseca de la que sólo tenían relevancia aquellos elementos vitales para el funcionamiento del mercado común, el segundo. Dos precisiones se imponen al respecto. Con relación a los Tratados Fundadores, la funcionalidad del dispositivo social al mercado común en el Tratado de París⁶, junto con la armonización vertical de los sistemas nacionales articulada en el Tratado de Roma, son representativas de las hipótesis del *race to the bottom* y el *dumping social* como argumentos

⁵ M. LUCIANI, "Costituzione, integrazione europea, globalizzazione", *Questione Giustizia*, núm. 6, 2008, pp. 71-72.

⁶ M.A. GARCÍA, "Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa", en J. CORCUERA (ed.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 313.

de las bases normativas y la finalidad de la política social en los Tratados originarios⁷.

En los supuestos de eventuales fallos de la virtud igualadora del mercado común, se establecía la garantía de la intervención comunitaria en clave del imperativo de la armonización sobre la legislación más favorable. No obstante, este mecanismo no implicaba en ningún caso una intervención heterónoma en el mercado, en la medida en que la armonización se vinculaba a los requerimientos de la competencia en el mercado común. De ahí que serían las dinámicas naturales del mercado las que activarían un proceso de espontánea y automática armonización de los sistemas nacionales en competencia entre sí, que daría como resultado la elevación al nivel más alto de los estándares legislativos nacionales⁸. Sin embargo, la falta de bases normativas e instrumentos específicos de intervención, pone de relieve el carácter programático de los objetivos sociales. Caracterización que manifiesta la configuración de la armonización de las políticas sociales no como una condición previa y necesaria para el establecimiento del mercado común, sino como una consecuencia posterior y natural que se derivará de éste último. Fundamentalmente, porque los principios fundamentales que materializan las normas de funcionamiento del mercado se vinculan al núcleo duro o intangible de la constitución económica europea en la que el mercado tiene una posición central, desplazando a los elementos correctores a una dimensión puramente subalterna a la par que funcional al mercado. Se trata de un dispositivo de blindaje frente a posibles intervenciones que no sean consustanciales con la lógica funcional de la garantía del mercado⁹.

La programaticidad y la pérdida de autonomía normativa continúan siendo los términos que mejor definen el estatus de marginalidad, cuando no de evidente transformación, de los contenidos del constitucionalismo social en los que los derechos sociales tienen su razón de ser. El ligamen de las innovaciones y el centro de interés del Acta Única y el Tratado de la Unión, continúa siendo el mercado, ahora unificado, junto con el ambicioso objetivo

⁷ H. LEIPOLD, S. LWDWIG, "Soziale Marktwirtschaft und Europäische Wirtschaftsordnung", *Volkswirtschaftliche Beiträge*, núm. 5, 2004, p. 18.

⁸ S. SIMITIS, A. LYON-CAEN, "Community labour law: a critical introductory to its history", en VV.AA., *European Community labour law. Principles and perspectives*. Liber Amicorum Lord Wedderburn, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 4-5.

⁹ CH. PHILIP, "Commentaire article 117", en V. CONSTANTINESCO, J-P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (ed.), *Traité instituant la C.E.E. Commentaire article par article*, Editorial Economica, París, 1992, pp. 673-675.

de la unidad económica y monetaria que recibe confirmación normativa en la sistemática de Maastricht. Una aproximación normativa a las incorporaciones en materia social que efectúa el Acta Única, refleja los límites que el paradigma del mercado impone respecto a los mecanismos de intervención pública. Las alusiones a la CSE, o instrumentos como la Carta social comunitaria de 1989, y el programa de acción para su puesta en práctica, exhiben una anómala naturaleza jurídica que desvirtúa el tradicional estatus constitucional de los derechos sociales en el Estado social¹⁰.

Tampoco el Protocolo número 14 sobre Política Social incorporado al Tratado de Maastricht, supuso un abandono del carácter marginal de los espacios de intervención europea en material social¹¹. Fundamentalmente, porque los propios países que suscribieron el Protocolo eran conscientes de que los contenidos de política social sólo podían ser definidos desde una posición secundaria con respecto a los valores económicos. No sólo por los riesgos de pérdida de competitividad relativa respecto al sistema-país, frente a un Reino Unido absolutamente desvinculado de los potenciales elementos debilitadores del autogobierno del mercado único, sino también porque éste era el único diseño compatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

Esta fragmentación y marginalización de la dimensión social europea en los Tratados de las Comunidades, tiene una amplificación mayor porque reflejaba que la integración económica era la única dimensión que aglutinaba el consenso de los Estados miembros en cuanto a su actuación centralizada por la instancia europea, mientras que la política social era a priori una dimensión exógena de la que sólo tenían interés aquellos elementos vitales para el funcionamiento de la integración¹².

Simultáneamente, la transferencia del Protocolo Social de Maastricht al Tratado de Ámsterdam sin una revisión significativa de su contenido, per-

¹⁰ T. TREU, "L'Europa sociale: dall Atto Unico a Maastricht", *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 10, 1991, pp. 11-13. S. GIUBBONI, "Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea", *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 27, 2004, p. 15.

¹¹ B. BERCUSSON, "Social Policy at the crossroads: European labour law after Maastricht" en R. DEHOUSSE (ed.), *Europe After Maastricht. An ever closer Union?*, Editorial Law Books in Europe, Manchen, 1994, pp.149-186.

¹² A. LO FARO, "Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistente politiche, limiti giuridici ed insértese istituzionali", *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 1, 1993, p. 130.

mite confirmar las consideraciones realizadas hasta el momento. Los contenidos incorporados al Título XI sobre Política Social, ejemplificaban todos los límites de una recepción normativa que si bien formalizaba una serie de objetivos sociales comunes, continuaba configurando a lo social con un carácter meramente instrumental. Las débiles referencias a los instrumentos de derecho internacional en materia de derechos sociales como la CSE de 1961, en un capítulo dedicado a las políticas, la política social, y no a los derechos, suponía un reconocimiento de la minoría jurídica de las normas del Tratado que construyen la dimensión social de la integración europea. Por lo tanto, el complejo de esta técnica de reenvío indica que los derechos sociales no son un límite absoluto y tampoco una finalidad de la acción de la Unión y de los Estados miembros que se limitan a “tenerlos presentes”. Lo que obliga a la Comunidad y a los Estados miembros son los intereses sociales presentados en forma de objetivos (ocupación, protección social, diálogo social, etc.), y son estos el objeto de tutela por parte del Tratado (que es la ley fundamental de la UE). Los derechos permanecen en cambio como fuentes de inspiración, y la oportunidad de su satisfacción está conectada a la necesidad de la realización de los objetivos sociales¹³.

2.2. Tratado de Lisboa: luces y sombras en la regulación de la dimensión social europea

2.2.1. Las sombras: la pervivencia de la asimetría integración negativa-integración positiva, y la ausencia de una cláusula de adhesión a la CSE

El Tratado de Lisboa sucede al nonato Tratado Constitucional Europeo que pretendía configurar a la Unión como una verdadera comunidad política, superando el estigma de la integración negativa y la centralidad de la dimensión económica en detrimento de la dimensión social que le había acompañado desde los inicios de su gestación. La adopción formal del término Constitución, junto con la incorporación en su sistemática de la CDFUE, contribuyeron a juicio de la doctrina a esa aspiración¹⁴.

¹³ S. ROBIN-OLIVIER, “La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le Traité d’Amsterdam”, *Droit Social*, núm. 6, 1999, p. 609. J-V. LOUIS, “Le Traité d’Amsterdam: une occasion perdue?”, *Revue du Marché Européen*, núm. 2, 1997, pp. 5-18.

¹⁴ S. SCIARRA, “La constitutionnalisation de l’Europe Sociale, entre droits sociaux fondamentaux et soft law”, en N. DE SCHUTTER (ed.), *Une Constitution pour l’Europe. Réflexions sur les transformations dir droit de l’Unione Européene*, Editorial Larcier, 2004, pp. 171 y ss.

Desde esta perspectiva, el abandono del concepto “Constitución” por parte del Tratado de Lisboa, pudiera interpretarse como un retroceso en términos de avance del proceso de integración. No obstante, se recuerda desde la doctrina que la utilización o no del término Constitución no aporta dosis de novedad a un constitucionalismo europeo que en su gran mayoría reconocía la naturaleza constitucional de los anteriores Tratados. A mayor abundamiento, la caracterización de la Unión como un orden legal constitucional se desprende de las propias conclusiones presentadas por la Presidencia del Consejo, al recordar la primacía del derecho de la Unión¹⁵.

De ahí que desde nuestro punto de vista, lo verdaderamente relevante del nuevo referente normativo es la caracterización que en él se efectúa de la hasta ahora malograda dimensión social europea. Como es sabido, todo edificio constitucional requiere de la presencia de elementos que refuercen las estructuras que los respaldan, y en esto el Tratado de Lisboa no ha sido una excepción. El elemento nuclear que sustenta y disciplina al conjunto del Tratado es la integración económica y sus principios (mercado interior, competencia, Unión Económica y Monetaria/UEM), que se han visto reforzados a través de la panoplia instrumental de la GEE.

La desaparición entre los objetivos de la Unión de la “competencia libre y no falseada”, no ha supuesto una equiordinación de las prioridades europeas capaces de corregir la asimetría entre el vínculo social y el vínculo económico. Por el contrario, el impacto normativo del principio se recupera a través del Protocolo sobre mercado interior y competencia, como marco de referencia para la interpretación del artículo 3 del Tratado de la Unión (TUE), relativo a los fines de la Unión. De nuevo el vínculo económico condiciona el proceso europeo determinando su contenido. La comparación, incluso literal, de los Tratados con el texto de Lisboa, clarifica la centralidad de los postulados de la integración económica. Se confirma la preeminencia de la estabilidad de precios como principio rector para todas las instituciones de la Unión cuando actúen en materia económica, y para los Estados miembros en la elaboración y aplicación de sus políticas nacionales y en la coordinación de éstas últimas en el espacio europeo. Además, la referencia expresa al establecimiento de la UEM como objetivo básico de la integración económica (artículo 3.4 del TUE), reproduciendo la estructura de la gobernanza económica vigente desde el Tratado de Maastricht, consolida las garantías vinculadas a

¹⁵ L. PATRUNO, “Addio ‘Costituzione’ europea? I nomi: Trattato, Costituzione, la cosa: il diritto europeo”, 2007, disponible en: <http://www.costituzionalismo.it>, 2007, p.3.

la tutela del mercado que condicionan a la dimensión social a su compatibilidad subalterna.

Ni siquiera la sustitución de la expresión “libre mercado interior” por la de “economía social de mercado”, permite reproponer un modelo económico vinculado a la justicia redistributiva. De hecho, la economía social de mejor lejos de ofrecer mayores espacios para corregir la acción del mercado al objeto de tutelar los objetivos sociales, es un modelo deudor de las propuestas ordoliberales de la Escuela de Friburgo¹⁶ recuperadas en el discurso del Estado regulador¹⁷. En estas orientaciones, el lenguaje de los derechos sociales se concilia con las exigencias del mercado en una posición subalterna. Por una parte, han de ser objetivos sociales necesarios para el funcionamiento del mercado en la medida en que mejoren la efectividad y competitividad de los distintos recursos económicos. Por otra parte, esa compatibilidad se alcanza redefiniéndoles de acuerdo con los propios parámetros del mercado, es decir, el objetivo vital tiene que ser una economía de mercado con políticas sociales que se ajusten a las reglas del mercado¹⁸.

Paralelamente, el artículo 6.2 del TUE contempla la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Sin menoscabar la importancia de este reconocimiento para los derechos fundamentales europeos, la ausencia de una adhesión similar a la CSE profundiza, a nuestro parecer, en el estatus marginal de los derechos sociales. En primer lugar, por la propia caracterización que de estos derechos se efectúa por el ordenamiento jurídico europeo, hasta el punto de que algún autor se ha cuestionado la oportunidad de seguir hablando en el ámbito europeo de derechos sociales como categoría conceptual forjada en el contexto del constitucionalismo social¹⁹. En segundo lugar, porque aunque pudiera parecer que la referencia a los derechos humanos sugiere que dentro de los mismos se incluyen los derechos de libertad y los derechos sociales, la realidad jurídica no autoriza tal conclusión. Teniendo en cuenta que el TUE interpreta tal fórmula acorde con el CEDH, haciendo

¹⁶ A. MÜLLER-ARMACK, “The principles of the social market economy”, *The German Economic Review: an English language quarterly on German economic research and current developments*, núm. 2. 1965, pp. 89-104.

¹⁷ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

¹⁸ A. LASA, *Los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado: aporías de la dimensión social en la Unión Europea*, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, 2012, pp. 11-18.

¹⁹ G. MAESTRO, “I diritti sociali nella Costituzione Europea”, *Rivista della Sicurezza Sociale*, núm. 1, 2006, p. 90.

coincidir los derechos del hombre con las libertades fundamentales, se impone la conclusión de la imposibilidad de articular derechos sociales fundamentales en base al instrumento de la Convención²⁰.

2.2.2. *Las luces: la vinculatoriedad jurídica de la CDFUE*

El otorgamiento a la CDFUE del mismo valor jurídico que los Tratados que efectúa el artículo 6.1 del TUE, ha sido interpretado como el abandono por la Carta de Niza de un limbo paraconstitucional para adquirir plena vinculatoriedad jurídica. Este reconocimiento ha supuesto, al menos sobre el plano formal, un salto de cualidad en la política de la Unión en general, y en aquella social, en particular. Frente a la fragmentación que ha caracterizado a las tradicionales técnicas de intervención de la política social de la Unión, la idea de una “carta de derechos fundamentales”, parece contraponer una estrategia sistemática que revela la importancia simbólica de este evento normativo. El tránsito de las políticas a los derechos fundamentales y la protección de estos últimos, como principio fundador e indispensable prerequisite de legitimación de la Unión Europea, indica el grado de innovación y la fuerza persuasiva con la que la Carta aparece edificada. Con respecto a la estructura de los derechos contenidos en el texto de Niza, en general, y de los derechos sociales en particular, la homogeneidad e indivisibilidad de los derechos de la Carta, supera las tradicionales teorizaciones que trataban de negar a los derechos sociales la naturaleza de derechos fundamentales. Los derechos sociales se sitúan de esta manera en el mismo plano que los derechos de libertad, al ser su eficacia jurídica la propia de los derechos fundamentales²¹.

Estas reflexiones doctrinales han tenido su contrarreplica a través de la manifestación de valoraciones de signo diverso que ya estaban presentes en el momento de gestación del texto de Niza. En ellas se cuestionaba sobre todo, la oportunidad misma de proceder a la elaboración y adopción de una Carta de

²⁰ Paradigmática en este sentido, es la configuración de la libertad de asociación desde la dinámica de las libertades fundamentales de carácter negativo, y no entre la categoría de los derechos sociales con un contenido prestacional.

²¹ M. GIJZEN, “The Charter: a milestone for social protection in Europe?”, *Market Journal*, núm.1, 2001, pp. 35-36. J.A. CORRIENTE, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, pp. 117-118. M. LATORRE, “The law beneath the right’s feet. Preliminary Investigation for a Study of the Charter of fundamental rights of the European Union”, *European Law Journal*, núm. 4, 2002, pp. 515-535.

derechos. El problema real se concreta en el desajuste existente entre el objetivo de fortalecer la protección de los derechos fundamentales en la Unión, y la insuficiencia de institutos europeos que hagan de los derechos una realidad y no simplemente interdicciones negativas que los Tribunales pueden fortalecer. La creación de un Comisionado, una Dirección General, la dotación de un presupuesto y un plan de acción horizontal para hacer efectivos a los derechos ya garantizados por los Tratados y judicialmente protegidos por la justicia de la Unión y nacional, eran las bases de esta propuesta para resolver el déficit en materia de derechos fundamentales²². Orientaciones que de una manera parcial se han materializado en la creación de la Agencia Europea de derechos fundamentales. Este Instituto desempeña funciones de control y supervisión del respeto de los derechos contenidos en Niza, y entre estos, de los derechos sociales, además de recopilar los datos referentes a los derechos fundamentales, al objeto de que la Unión pueda tener en cuenta dicha información en la elaboración y puesta en práctica de sus políticas.

Con todo, algunas de las demandas sociales descritas están todavía pendientes. La ausencia de una dotación presupuestaria que permita hacer efectivos a nivel transnacional aquellos derechos con un contenido prestacional, la falta de adhesión expresa a los documentos internacionales de derecho social, y la labilidad de la carta social de 1989, ponen de relieve en lo que atañe a los derechos sociales, que su actuación requiere más del fortalecimiento de políticas adecuadas que de la mera afirmación de principios normativos. Las políticas sociales europeas actuales no están en disposición de constituirse como bases eficaces para la actuación de los derechos, y esta situación no es corregible aunque se disuelvan las incertidumbres acerca del valor jurídico de los derechos sociales.

A esto habría que añadir que la técnica empleada para la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo es la remisión, a diferencia del malogrado Tratado Constitucional, lo que implica una normatividad atenuada o debilitada. Además, el documento normativo de referencia es la CDFUE de diciembre de 2002, donde las disposiciones generales que determinan el alcance y los límites de los derechos están fuertemente condicionadas por los valores del mercado²³.

²² J.H.H., WEILER, "Does the European Union truly need a charter of fundamental rights?", *European Law Journal*, núm. 2, 2000, pp. 95-97.

²³ J.L. MONEREO, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 170-171.

Al margen de las opiniones favorables o críticas con respecto a la CDFUE, y para evitar permanecer en la generalidad de estas objeciones preliminares, es necesario aproximarse a los contenidos de la Carta para verificar si nuestras consideraciones a propósito de la configuración de los derechos sociales en la Unión, se confirman. Desde nuestra propuesta, el problema de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico europeo es el de la erosión de los contenidos asociados a la forma de Estado Social que han caracterizado a esta tipología de derechos. El lento e irreversible desgaste de su valor de garantía normativa. Precisamente por eso, trataremos de verificar más adelante (Capítulo V) si las novedades introducidas por la Carta de Niza producen cambios en la situación descrita. En particular, si la presión del paradigma de una economía abierta y de libre competencia que establecía una compatibilidad subalterna de los derechos sociales al sistema económico sobre la base del vínculo económico a la dimensión social, es eliminada por la CDFUE, o si por el contrario, se reafirma.

3. LA CSE EN LA JURISPRUDENCIA DEL JUEZ EUROPEO

La influencia de la Carta Social en las decisiones del juez de la Unión lógicamente está vinculada al valor que a ésta le otorgan los Tratados, y como hemos visto, ésta dista de ser una fuente de legalidad en el derecho comunitario europeo²⁴. De ahí que el TJUE, como guardián de la decisión política fundamental “economía abierta y de libre competencia” que permeabiliza al ordenamiento jurídico europeo, haya adoptado una posición más bien tibia en sus referencias a la CSE. En efecto, la Carta lejos de constituirse como un criterio hermenéutico para la configuración de los derechos sociales fundamentales europeos, deviene todo lo más una fuente de inspiración. De hecho, las veces en las que el Tribunal de Luxemburgo o los Abogados Generales han hecho referencia a la Carta Social, ha sido de manera expeditiva. Bien citando artículos concretos de la Carta que precisan, junto con otros convenios internacionales, el contenido jurídico de una norma de derecho secundario²⁵,

²⁴ J-F. FLAUSS, “Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales”, en VV.AA., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 54.

²⁵ Por citar algunos ejemplos: Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 1999, C-309/97. A efectos de precisar el contenido semántico del concepto “mismo trabajo”, el Abogado General hace referencia al apartado 3 del artículo 4 de la Carta, que establece el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. Criterio adoptado por la

o bien invocando las referencias que el propio articulado del Tratado efectúa de la Carta²⁶, sin que en ningún asunto se haya apelado a la Carta como principio general del derecho de la Unión capaz de conferir per sé tutela-garantía a un derecho social fundamental²⁷.

Esta última circunstancia reviste gran importancia sobre todo, si tenemos en cuenta que la CDFUE no ha sacado a la CSE del perenne estado de criterio de inspiración que no de interpretación de los derechos sociales. De tal forma que la potencial dinámica garantista de la CSE se confina una vez más al limbo del siempre lábil valor interpretativo de las fuentes normativas de inspiración. Corrobora esta afirmación las disposiciones generales del texto de Niza. Por una parte, el apartado 3 del artículo 52 relativo al alcance e interpretación de los principios, entre los que se encuentran un nutrido grupo de derechos sociales, únicamente hace alusión al mantenimiento del estatus quo de los derechos reconocidos por el CEDH²⁸, y no a los previstos por la CSE, estableciendo una desigualdad de trato demasiado embarazosa para la CSE²⁹.

Simultáneamente, el nivel de protección de los derechos contemplados por la CDFUE no se beneficia de la jurisprudencia emanada por el CEDS,

Directiva 71/117, colmando la laguna del artículo 199 del TCE con la CSE. Sin embargo, esta transferencia de contenido de la CSE al dispositivo comunitario no fue interpretado como un principio de derecho social comunitario, lo que hubiera dotado a la Carta de sustantividad propia en el ordenamiento de la Unión. La propia recepción de la Carta que efectuaba el Tratado de Amsterdam impedía, no obstante, esta propuesta interpretativa del documento social.

En las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, C-459/99, y de 27 de junio de 2006, C-540/03, el concepto comunitario de reagrupación familiar se inspira, entre otros documentos internacionales, en la CSE.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2000, C-285/98, sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2000, C-11/99, en este asunto el Abogado General vincula directamente los fines del artículo 137 del TCE, con los documentos sociales citados por el artículo 136 del TCE, CSE Y CCDSFT.

²⁷ O. DE SCHUTTER, "Le rôle de la Charte sociale européenne dans le développement du droit de l'Union européenne", en O. DE SCHUTTER (ed.), *La Charte sociale européenne: une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 115-116.

²⁸ "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa".

²⁹ J-F. FLAUSS, "Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales", en ID., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, cit., p. 61.

al menos si nos atenemos a la dicción literal del Preámbulo, mientras que si hay referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal de la Unión y el Tribunal de Estrasburgo. Un agravio comparativo a la jurisprudencia del CEDS que introduce algunas dudas a propósito de la cooperación y diálogo entre jurisdicciones. Fundamentalmente, con relación al alcance o virtual operatividad en la práctica de aquellas decisiones del CEDS con claros efectos en el contenido de derechos sociales fundamentales contemplados por la Carta de Niza. Aunque a sensu contrario puede alegarse que las apelaciones al derecho internacional y los convenios internacionales efectuadas por la disposición general 53 de la Carta con relación al nivel de protección de los derechos, atenuarían los descuidos de la CDFUE. E incluso sostenerse que esta omisión responde a un descuido intencional destinado a concitar las mayores adhesiones posibles. Con todo, resulta cuanto menos paradójico que apelando a la indivisibilidad de los derechos sociales, civiles y políticos, no se contemplen referencias que materialicen de manera más expresa tanto el significado jurídico de la CSE en la defensa y protección de los derechos sociales fundamentales europeos, como la prevención de una eventual interpretación regresiva de la CSE, que si se aplica al CEDH³⁰.

4. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CDFUE

La Seguridad Social se contempla en el Capítulo IV “Solidaridad”, de la Carta de Niza, circunstancia que obliga a detenerse, siquiera brevemente, en el significado y alcance de la solidaridad como uno de los valores que junto con la igualdad, la libertad, la ciudadanía y la justicia, engloba a los derechos contemplados por la Carta. Siguiendo con nuestra premisa que vincula los espacios de realización de la integración positiva europea a su funcionalidad a los parámetros de la integración negativa, el concepto de Solidaridad deviene un concepto remercantilizado en el espacio europeo. Una solidaridad desarmada en la medida en que se hace depender del mercado su efectiva realización. La falta de disposiciones adecuadas que impliquen un refuerzo de los derechos previstos en la sección cuarta por la Carta, corrobora esta afirmación.

El empleo en algunas de estas disposiciones de expresiones como “la Unión reconoce y respeta” (artículo 34 “seguridad social y ayuda social; artículo 36 “acceso a los servicios de interés económico general”, entre otros) o

³⁰ C. BENELHOCINE, *The European Social Charter*, Council of Europe Publishing Editions, Strasbourg, 2012, pp. 105-106.

“de acuerdo con la legislación y prácticas nacionales” (artículo 27 “derecho de información y consulta en el ámbito de la empresa”, artículo 28 “derecho de negociación y acción colectiva”, artículo 30 “protección en caso de despido justificado”, entre otros), dota a este capítulo de una redacción menos elaborada que acusa la pérdida de la dimensión constitucional de la subjetividad política alcanzada por el Trabajo en las constituciones de la segunda posguerra³¹.

En este sentido, la garantía del principio de solidaridad se materializa en su compatibilidad subalterna con el mercado que contagia a aquellos derechos que tienen en ella su fuente directa de inspiración. Consecuencia directa de ello es que el carácter funcional de la solidaridad a los principios prescriptivos que sustancian al constitucionalismo de mercado europeo (economía abierta y en régimen de libre competencia), haya excluido la positivación en la CDFUE de aquella impronta de “estatal-dirigismo-laborismo”³² que ha caracterizado al constitucionalismo social. Estas consideraciones están presentes en los estándares y técnicas de tutela previstos en la disposición de la Carta que contempla a la seguridad social.

En concreto, el artículo 34 se articula en torno a tres núcleos normativos distintos, dotados cada uno de ellos de una diversa relevancia jurídica en la que tiene cabida la clásica distinción entre derechos sociales inmediatamente accionables, y simples objetivos de política social, comprometiéndose la propia indivisibilidad de los valores declarada por el texto normativo.

En el apartado primero del artículo 34 se establece que, “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garanticen una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Por lo que respecta a este último aspecto de la formulación, pudiera considerarse que al especificar el reenvío a las modalidades del derecho comunitario europeo y nacional, la norma no hace sino reafirmarse contra una excesiva interferencia del constitucionalismo de mercado europeo, acentuando la reserva de competencia estatal por lo que concierne a la efectiva organización del sistema de

³¹ G. MAESTRO, “Il costituzionalismo democratico sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, *Quaderni di Rassegna Sindicale*, núm. 1, 2004, p. 122.

³² Expresión de A. QUADRIO, “Gli equivoci della solidarietà. Senza sviluppo e sussidiarietà”, *Il Mulino*, núm. 1, 2001, p. 42.

seguridad social. Es decir, designando un orden de intervenciones necesariamente dirigidas a la integración positiva de los sistemas nacionales y no a la mera integración negativa.

Sin embargo, si valoramos la CDFUE en conexión directa con las especificidades del vínculo económico europeo, esta relación arroja un resultado radicalmente distinto. Concretamente, la sistemática de la disposición se caracteriza por la indeterminación de los estándares sustanciales de tutela de las prestaciones previstas, acentuando el margen de discrecionalidad de la fuente legislativa como espacio de materialización de los derechos a prestaciones positivas por ella contemplados. Así, el reenvío genérico a la legislación nacional y el Derecho de la Unión, sitúa en estos ámbitos la fuente directa de los derechos y de sus garantías, marginalizando a la CDFUE como marco desde el que contextualizar la garantía constitucional de los derechos. Un derecho social condicionado, al reservarse su modalidad de ejercicio a las disciplinas de derechos de la Unión, de la legislación y la praxis nacional³³.

Precisamente, es en tales espacios donde asistimos en los últimos tiempos a la materialización de las transformaciones que guardan una vinculación directa con los parámetros del constitucionalismo del mercado. Las reformas en los sistemas de bienestar estatales tienen lugar en un contexto caracterizado por los retos planteados por los cambios demográficos, las economías postindustriales y altas tasas de desempleo. La respuesta a estos desafíos no se inscribe ya en las dinámicas del vínculo social, sino que aparece condicionada por los principios prescriptivos del vínculo económico europeo que actúa operando la subordinación de los contenidos sociales, desde la perspectiva de su funcionalidad a las dinámicas de la integración negativa. Buen ejemplo de ello es el Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” [COM (2012) 55 final]. Considerando las repercusiones que puede tener en la UEM el fracaso o el éxito de una reforma nacional de las pensiones, el Libro Blanco “establece una agenda destinada a lograr que las pensiones sean adecuadas y sostenibles a largo plazo, creando para ello las condiciones que permitan la elevada participación de las mujeres y los hombres en el mercado de trabajo a lo largo de sus vidas y mejorando las oportunidades para constituir unos planes de ahorro complementarios seguros de jubilación”. Sobre la base de las necesidades a abordar en materia de reformas, el Libro Blanco establece cuatro pilares centrales en torno a los

³³ S. GAMBINO, “Derechos sociales, Carta de Derechos Fundamentales e integración europea”, *Revista de Derecho*, núm. 4, 2009, pp. 187-244.

que se construye la propuesta reformadora: 1. Vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida. 2. Restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada. 3. Favorecer la prolongación de la vida laboral. 4. Acabar con las diferencias entre mujeres y hombres en materia de pensiones. 5. Constitución de planes de ahorro privados y complementos de jubilación.

Del elenco de orientaciones clave para la reforma de las pensiones se desprende una tendencia hacia un sistema de pensiones más acorde con las dinámicas del mercado, consistente en una participación individual de gasto o *workfare* que ahonda en la formación de una mano de obra con capacidad de respuesta a los cambios introducidos por la crisis sistémica de la globalización. La modificación de las condiciones de jubilación como la única solución al problema, y en especial, el aplazamiento de la edad, junto con el estímulo de los planes privados de pensiones, obvia otras realidades del problema como son la del cálculo del periodo de cotización real (la precarización de las relaciones laborales con la presencia cada vez mayor de contratos temporales en detrimento de contratos indefinidos, el desempleo de las personas mayores de 55 años). Además, la pérdida de poder adquisitivo que conllevan las reformas se traducen en un trasvase de rentas de trabajo hacia planes de ahorro complementarios de naturaleza privada, con el objetivo de garantizar rendimientos futuros. Un abandono de las tradicionales técnicas de intervención del constitucionalismo social, que hoy en día se sustituyen por otras en las que la estrategia de acumulación de capital desarrolla el papel de seguridad social sin ninguna garantía de solidaridad.

Paralelamente, frente a la densidad normativa del primero de los contenidos del artículo 34, el apartado segundo dispone: “toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Aquí, la remisión al derecho comunitario y nacional tiene un significado muy distinto del efectuado por el apartado precedente. Fundamentalmente, porque tiene un valor ulteriormente especificativo del contenido de un derecho fundamental directamente reconocido por la norma.

En concreto, un derecho inmediatamente accionable consistente en que todo ciudadano de la Unión que esté legalmente sujeto a más de una legislación de protección social de un Estado Miembro como consecuencia de sus desplazamientos intracomunitarios, tenga el derecho fundamental a acceder a la disciplina de la coordinación de los regímenes nacionales de seguridad

social, tal y como aparece configurada en sus elementos esenciales por el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), y desarrollado por el Reglamento (CE) nº 883/2004. Una normativa de derecho secundario que proporciona un marco eficaz para poner en comunicación a los sistemas de protección social de los derechos nacionales, permitiendo superar un número importante de obstáculos prácticos a los cuales se enfrentan los ciudadanos de la Unión que circulan en el nuevo mercado.

Como es sabido, la seguridad social no ha sido considerada en los Tratados fundacionales, ni en el Tratado de Lisboa, como objeto de una específica y autónoma intervención de la Unión, sino como un aspecto de la garantía de la libre circulación de los trabajadores en los límites en los que ésta se manifieste funcional a los objetivos de liberalización del mercado de trabajo. Desde esta perspectiva, los condicionamientos que se pueden derivar de los sistemas de protección social bien para una actuación efectiva de la libre circulación, bien por la evidente incidencia que los tratamientos de seguridad social y asistenciales pueden tener sobre la propensión o la conveniencia a aceptar trabajo en otros Estados miembros, son el *leif motiv* que inspira la redacción de las fuentes de derecho derivado. Sobre la directa funcionalidad a las exigencias productivas de una libre competencia eficiente, se han articulado una serie de principios base que vienen a caracterizar al sistema de seguridad social comunitario. El principio de la territorialidad, por el que los trabajadores de la Unión están sujetos al sistema vigente en el país miembro en el que prestan su actividad. El principio de la no discriminación, consistente en que los trabajadores tienen derecho a las mismas prestaciones reservadas a los ciudadanos del Estado miembro en cuestión. La exportación de las prestaciones, por la que los trabajadores de la Unión se benefician de las prestaciones cuando ellos mismos o su familia residen o se encuentran en otro Estado miembro, y el principio por el que los trabajadores se benefician de la continuidad en las pensiones de vejez contributivas gracias a la totalidad de los períodos de cotización en los diferentes Estados miembros.

Nuestra intención al comparar la redacción de uno y otro apartado del artículo 34 de la CDFUE, ha sido la de poner de relieve la incidencia de los vínculos del mercado interior en materia de seguridad social. Sólo se reconoce como derecho inmediatamente justiciable por un ciudadano de la UE, el que conecta directamente con una de las libertades económicas fundamentales y a su vez, también funcionales para la realización del mercado interior. Es decir, no es un derecho que se reconozca *tout a court*, sino que es su inci-

dencia real en el mercado y las oportunidades que ofrece el propio derecho para reforzar a este último, lo que le dota del estatus de fundamental.

5. CSE Y CDFUE: ENTRE CONSITUCIONALISMO SOCIAL Y CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO

Aunque la CDFUE contenga referencias a la CSE como fuente de inspiración de los derechos sociales que ésta reconoce, lo cierto es que los principios que inspiran a uno y otro texto difieren sustancialmente, hasta el punto de plantearse dudas en términos de una convivencia pacífica entre estos dos sistemas de derechos fundamentales. La CSE de 1961 y la Carta revisada de 1996, obedecen a un fundamento jurídico-político distinto al propio de la Carta de Niza. Sus postulados conectan con la tradición del constitucionalismo social, en la medida en que los derechos sociales por ella reconocidos materializan las transformaciones jurídico-políticas y socio-económicas que incorpora la forma de Estado social. La subjetivización política del trabajo y la dimensión de la tutela económica del trabajo está muy presente tanto en la CSE, como en la contribución que efectúa el CEDS para fomentar el progreso de los derechos sociales. Con respecto a la primera de las consideraciones, si bien la Carta establece un mecanismo de adhesión flexible consistente en la elección por los Estados de aquellos artículos a los que desean suscribirse, existe un núcleo duro de derechos de aceptación obligatoria. Núcleo duro compuesto, entre otros, por el derecho al trabajo (artículo 1), el derecho de sindicación (artículo 5) o el derecho a la negociación colectiva (artículo 6). Por lo tanto, derechos que actúan la integración política y económica del trabajo, publicitando los derechos sociales laborales y sus niveles de tutela.

Paralelamente, la labor del CEDS como órgano “cuasi-judicial”³⁴, sus decisiones no son directamente ejecutivas, se limita no sólo a examinar los informes presentados por los Estados sobre el estado de ejecución de las obligaciones asumidas por estos, sino también, en función del Protocolo adicional a la Carta adoptado en 1995, a pronunciarse sobre las reclamaciones colectivas interpuestas por organizaciones sindicales nacionales o internacionales, y organizaciones que tenga estatuto participativo ante el Consejo de Europa y que estén inscritas en la lista establecida por el Comité gubernamental de la Carta Social. Este Protocolo ha supuesto un impulso significativo a la labor

³⁴ C. BENELHOCINE, *The European Social Charter*, cit., p. 15.

de tutela-garantía de los derechos sociales desarrollada por el CEDS, adoptando decisiones con una trascendencia normativa en la preservación del constitucionalismo social. Fundamentalmente, porque interviene en un ámbito, el de los derechos sociales, en el que las jurisdicciones internacionales y de la Unión, han mostrado una actitud renuente o cuanto menos fagocitada por la prioridad otorgada a los derechos civiles y políticos, o a las libertades económicas, en detrimento de la cuestión social. De ahí que la función ejercida por el CEDS sea fundamental para el progreso de los derechos sociales. Sobre todo, si tenemos en cuenta que “su jurisdicción se mueve desde los principios hacia los derechos, hacia los derechos consignados en los ordenamientos positivos nacionales, e incluso hacia derechos concretos, puesto que los exámenes de situación efectuados por el Comité no tratan sólo sobre los textos constitucionales, legislativos o reglamentarios vigentes en los Estados concernidos, sino también sobre las prácticas”³⁵.

Esta circunstancia es rastreable en el pronunciamiento del Comité a propósito de las modificaciones legislativas introducidas en el sistema de pensiones griego (Capítulo I). Como vimos, el Comité no sólo se limita a valorar el ámbito infraconstitucional, sino que también advierte de la necesidad de un examen previo de la situación, del impacto de las medidas y de la necesidad de contemplar otras prácticas legislativas menos gravosas. Frente a la apreciación de legalidad del derecho positivo exigida por la Carta de Niza, el CEDS salva las omisiones legislativas como barrera infranqueable en el derecho de la Unión para la justiciabilidad del derecho social. La importancia de los principios, la preservación del carácter normativo de los derechos sociales, convierte a la CSE en el documento de referencia para la preservación de la herencia del constitucionalismo social.

Por el contrario, la Carta de Niza se sitúa en el conjunto de mecanismos constitucionalmente diseñados para la traducción de las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo. Esta decisión de sistema materializada en la centralidad del mercado y los valores de los que es portador, dispone el significado de la CDFUE dentro del complejo normativo tendente a la integración económica. Esta vinculación de la Carta de derechos con los valores del constitucionalismo de mercado, está presente en todos y cada uno de los componentes de la sistemática de la Carta desde una triple pers-

³⁵ J-M. BELORGEY, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, p. 354.

pectiva: los elementos axiológicos que dotan de sentido a los derechos contemplados en las diferentes secciones de la declaración. Entre ellos y como hemos tenido ocasión de analizar (Capítulo V), la Solidaridad, una solidaridad desarmada del contenido garantista propio del Estado social.

Por otro lado, la decisión de sistema que permeabiliza a la Carta se manifiesta en la propia configuración de los derechos fundamentales y el titular de tales derechos. La acción del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales se desarrolla en el ámbito europeo. Por lo tanto, los derechos fundamentales se extraen de las propias normas comunitarias (principios generales), mientras que los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales son sólo una fuente de inspiración. El efecto de esta concatenación de premisas es que lo que se ha venido a denominar “el vínculo económico de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo”, porque la reconstrucción de los derechos se realiza desde la perspectiva de los fines y objetivos de la Unión³⁶. Esta construcción permite la conexión de los derechos fundamentales con el principio constitutivo del ordenamiento europeo, porque la función de los derechos fundamentales de la Unión es materializar el papel asignado al mercado en el proyecto europeo, como verdadero eje articulador del modelo.

Estas valoraciones están muy presentes en los contenidos de la CDFUE que contemplan a los derechos sociales. La función de los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado es el punto de partida desde el que abordar sus limitaciones en la nueva realidad política y constitucional europea. Limitaciones que representan la erosión de los elementos más característicos del Estado social. Lógicamente, los derechos fundamentales participan de esta genética inherente al constitucionalismo de mercado. Desde esta óptica, los sujetos titulares de estos derechos y los intereses que estos tutelan son diversos a la idea clásica de los derechos fundamentales de la persona, porque diversas son las bases materiales sobre las que se articula la propia idea de fundamentalidad. Por una parte, los intereses no son tutelados per sé, sino en cuanto funcionales para movilizar las estructuras que coadyuvan al fortalecimiento y funcionamiento del constitucionalismo de mercado europeo³⁷. Por otra parte,

³⁶ G. MAESTRO, “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en J. CORCUERA (ed.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 138.

³⁷ G. MAESTRO, “La inaprehensible ciudadanía social”, *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, pp. 755-767.

si el mercado se erige como espacio preferente de realización de las demandas de los ciudadanos, estos adquieren una subjetividad acorde con el lenguaje y la cultura del mercado. El titular de los derechos no es ya el trabajador sobre el que se articulaba la categoría de los derechos sociales, sino el ciudadano-consumidor. El tránsito del ciudadano trabajador al ciudadano consumidor refleja la neutralización de las relaciones sociales del constitucionalismo social, y es especialmente gravosa en el caso de los derechos sociales dotados de una fuerte dimensión colectiva que materializaba la corrección efectuada por el ordenamiento del Estado social entre los protagonistas del conflicto distributivo³⁸.

Además, a la consideración del carácter de fundamentales como una característica estructural de los derechos sociales para hacerles salir del estado residual al que los confinaba el espacio económico europeo, le corresponde la utilización de fórmulas jurídicas ambiguas que ponen de relieve la contraposición entre los derechos sociales del constitucionalismo social y los del constitucionalismo de mercado. Paradigmática es la distinción que efectúa la CDFUE entre derechos y principios. Pero sobre todo, la reconducción de los principios, entre los que se formulan un gran número de derechos sociales, al concepto de normas programáticas, lo que los sitúa fuera del estatus jurídico de los derechos sociales del constitucionalismo social.

En estas coordenadas, la exposición del tratamiento que reciben los derechos sociales en uno y otro documento permite poner de relieve las importantes consecuencias que se derivan a la hora de analizar a la categoría de los derechos sociales sobre la base de puntos de partida distintos. La CSE más vinculada a los postulados del constitucionalismo social, configura a los derechos sociales con las características de las que son portadores esta categoría jurídica en el Estado social, considerando el carácter prestacional y el contenido económico de estos derechos. En un sentido distinto, la CDFUE vinculada al constitucionalismo de mercado, redefine a los derechos sociales desde la perspectiva de su desocialización y reconstrucción de acuerdo con el código axiológico de la economía de mercado y la libre competencia.

Ciertamente, podría alegarse que la CSE ha experimentando en los últimos años un proceso de “comunitarización” motivado por la búsqueda de una armonía entre la Carta Social y el Derecho de la Unión, que condujo a la adopción de la Carta Social revisada en 1996. Aun así, conviene advertir que esta pseudo colonización ha obedecido más a la mejora de los derechos garantizados por la Carta, que a una subordinación al régimen de tutela ya

³⁸ G. MAESTRO, “La inaprehensible ciudadanía social”, cit., pp. 767-773.

previsto por el Derecho de la Unión. Cuestión distinta es que los Estados que han ratificado la CSE y que son al tiempo miembros de la Unión, hayan encontrado en los estándares mínimos de protección previstos por el derecho secundario europeo, el pretexto para evitar la aceptación de interpretaciones más amplias, y por ende, más garantistas, de los derechos sociales³⁹.

De ahí que pueda considerarse que la comunicación o interacción entre ambos sistemas en la protección de los derechos sociales, es una comunicación cuanto menos condicionada a los límites del constitucionalismo de mercado europeo. La CSE no es una fuente de legalidad en el Derecho de la Unión, sino una fuente de inspiración con las implicaciones que de ello se derivan, como veremos a continuación.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Al inicio de la presente reflexión nos planteábamos la operatividad práctica de la decisión adoptada por el CEDS en materia de reforma del sistema de pensiones. Considerando la decisión adoptada surgían varios interrogantes a propósito de su alcance tanto en el ámbito nacional, como en el de la Unión. En particular, si semejante decisión hubiera podido ser adoptada por el juez nacional y europeo si el litigio se hubiera sustanciado en estas sedes. Para avanzar en la respuesta y teniendo en cuenta que nos movemos en el terreno de las hipótesis, a lo largo de estas páginas hemos ido analizando el significado de la CSE en el ordenamiento jurídico europeo, desde los Tratados originarios hasta el Tratado de Lisboa, pasando por la jurisprudencia del TJUE. Si nos atenemos a las valoraciones efectuadas, es posible plantear una doble vía interpretativa: en primer lugar la vía europea, en la que entraría en juego el artículo 34 y las disposiciones generales de la CDFUE, especialmente los artículos 51.1 y 53. En segundo lugar, en la vía nacional estarían las disposiciones constitucionales nacionales, la CSE, la CDFUE y los compromisos asumidos por los Estados miembros para el cumplimiento de la panoplia instrumental de la GEE. Siendo el detonante de una u otra vía, de acuerdo con la hipótesis planteada, una legislación nacional susceptible de vulnerar el concepto de pensión de acuerdo con lo dispuesto en la CSE y la CDFUE.

³⁹ J-F. FLAUSS, "Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales", cit., pp. 47-53.

1.- *Posibilidad de acudir al juez europeo: las consecuencias de una dimensión social condicionada por los parámetros de la gobernanza económica europea.* El principal *handicap* para acceder al Tribunal de Justicia de la Unión sería precisamente el propio carácter nacional de la medida. De acuerdo con la disposición general 51.1 de la CDFUE, para que entren en juego las disposiciones de la Carta es necesaria la aplicación del Derecho de la Unión. Por lo tanto, al ser la reforma del sistema de pensiones fruto de una ley nacional, la vía del juez europeo se cerraría.

Sin embargo, si la ley nacional de reforma estuviera vinculada al cumplimiento del Derecho de la Unión, la inaplicabilidad de la Carta, al menos a priori y en nuestra opinión, no estaría tan clara. Como es sabido, en España estamos inmersos en un proceso de reforma del sistema de pensiones que ya inició el anterior gobierno del país a través de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁴⁰, y que ha continuado el actual ejecutivo en el año 2013. El objetivo principal de esta última reforma es el de adelantar la aplicación del factor de sostenibilidad para las pensiones futuras. Pero la singularidad de la reforma es que trae su causa de la aplicación de las disposiciones de la GEE. En particular, del Reglamento (CE) n° 1466/97⁴¹, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. Partiendo de esta disposición normativa, el 30 de abril de 2013, España presentó su Programa de Estabilidad para el periodo 2012-2016. En mayo de 2013, el Consejo haciendo uso de las facultades que le reconoce el artículo 5.1 del Reglamento 1466/97, emitió un dictamen sobre dicho Programa de Estabilidad⁴² que se refleja en una recomendación a España de, entre otras medidas: “culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, estableciendo, entre otras cosas, que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida” (página 8). Curiosamente, presupuestos contemplados por el anterior y actual proceso reformador de las pensiones.

⁴⁰ Los principales cambios introducidos por la reforma fueron la elevación de la edad de jubilación, desde los 65 a los 67 años, a aplicar en un periodo de 15 años hasta el 2027, y la aplicación del factor de sostenibilidad para el año 2027.

⁴¹ Este reglamento ha sido modificado por el Reglamento (CE) n° 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011.

⁴² Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016, COM(2013) 359 final.

Pudiera alegarse al respecto que se trata de una recomendación a España y por ello, carente de vinculatoriedad jurídica. Pero, no es menos cierto que dicha recomendación se realiza en el marco de las facultades reconocidas al Consejo por una norma de derecho secundario que además, tiene su fundamento de legitimación en el artículo 121 del TFUE (política económica). De ahí que pudiera estimarse que el Consejo como órgano de la Unión, en el momento de efectuar esta recomendación debiera de haber tenido presente lo dispuesto por el artículo 34.1 de la CDFUE, que tiene en la CS a una de sus fuentes directas de inspiración, y por extensión, la propia jurisprudencia del CEDS en materia de pensiones. Por ello, junto con la recomendación de una aplicación inexcusable del factor de sostenibilidad, debiera de haberse contemplado, siguiendo la decisión del CEDS, el impacto de una medida restrictiva de este tipo en el contenido esencial del derecho social a una pensión, contenido que se materializa en la proporcionalidad de los ajustes adoptados en los derechos de seguridad social considerando la vulnerabilidad de los titulares de pensiones, las expectativas financieras que se establecieron con carácter previo a los ajustes, y su derecho a un acceso a la protección y seguridad social que sea efectivo (FJ 82 de la decisión).

De ser así, esto es, de estimarse por el Tribunal de Luxemburgo semejante argumentación para entrar a valorar una cuestión prejudicial basada en la virtual vulneración de la Carta de Derechos por una norma nacional exigida por las prerrogativas de la GEE, ¿cuál sería el balance entre un derecho social, el derecho a la pensión, y un reglamento legitimado por la *grundnorm* del constitucionalismo de mercado europeo, la estabilidad presupuestaria? Máxime si recordamos el diferente tratamiento que los derechos sociales reciben en la CSE y en la CDFUE, en la primera los derechos sociales se configuran en torno a un vínculo social consistente en la garantía de la dimensión prestacional de los derechos, y en la segunda, los derechos sociales adoptan el perfil de derechos inauténticos (su fuente de legitimidad deriva directamente de una norma de derecho secundario), o accesorios (en cuanto necesarios para la realización de una política social funcional al vínculo económico).

Con todo, la Carta de Niza reconoce en su artículo 53, que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros. Desde esta óptica, a pesar de que la UE no ha ratificado la CSE,

está se contempla expresamente en el artículo 151 del TFUE, y en las explicaciones del Praesidium para la interpretación del artículo 34.1 de la CDFUE⁴³, aunque sólo sea como fuente de inspiración y no de legalidad del derecho comunitario europeo. Aun así, se imponen las cautelas. Como advierte Jimena Quesada al analizar los pronunciamientos del CEDS y el TJUE⁴⁴ sobre una misma materia, la duración del tiempo legal de trabajo y la noción de trabajo efectivo, “la omisión intencionada de la CSE (y no digamos ya de la decisión del CEDS) revela una ausencia de voluntad positiva en el TJUE que, adicionalmente, resulta incongruente con la mención a la CSE (...) en el Derecho de la Unión vigente; lo mismo sucede con el Tratado de Lisboa, que dota de obligatoriedad a la Carta de los Derechos Fundamentales, la cual ha utilizado profusamente la CSE”⁴⁵.

Si bien en esta ocasión el Comité y el Tribunal de Luxemburgo alcanzaron conclusiones similares, en otros pronunciamientos del Tribunal (Asuntos C-341/05, C-438/05, C-346/06), la gravosa omisión para la garantía de los derechos sociales fundamentales europeos de la CSE, se ha visto acompañada de una interpretación de los derechos sociales, en este caso colectivos (el derecho de huelga), que los reconduce al ámbito del mercado europeo de servicios. La valoración judicial del efecto restrictivo de la medida en la libertad económica fundamental transforma el significado que el derecho de huelga tienen en la CSE como derecho de participación democrática⁴⁶.

Además de estos límites inherentes a los propios derechos sociales fundamentales del constitucionalismo de mercado europeo, configurados como funcionales al mercado interno, se añade el ya mencionado por una interpretación excesivamente formal del tenor literal del artículo 51.1, esto es, la necesaria aplicación del Derecho de la Unión. Este último límite ha sido confirmado recientemente por el propio juez europeo al pronunciarse sobre una cuestión prejudicial que guarda relación en el fondo, que no en la causa, con la cuestión que nos ocupa. A diferencia de una ley nacional reformadora de

⁴³ Siguiendo las Explicaciones del Praesidium, el principio enunciado en el apartado 1 del artículo 34 de la Carta se basa, entre otros, en el artículo 12 de la CSE.

⁴⁴ Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales, de 8 de diciembre de 2004 sobre la Reclamación colectiva nº 22/2003. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04.

⁴⁵ L. JIMENA, “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2009, p. 399.

⁴⁶ Un análisis más detallado de estos pronunciamientos en: A. LASA, *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2011, pp. 172-192.

las pensiones, en el Asunto C-128/12⁴⁷, el objeto de litigio es si Ley portuguesa del Presupuesto del Estado para 2011, que establece la reducción de los salarios de los trabajadores que ejercen sus funciones en el sector público, es contraria al principio de no discriminación y al derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas reconocido por el artículo 31 de la CDFUE. Ley sobre la que se había pronunciado el Tribunal de Trabajo de Lisboa el 22 de diciembre de 2011, declarando en referencia al Derecho de la Unión, que esta ley viola el principio de igualdad. El TJUE lejos de entrar a valorar el fondo del asunto, encontró en la ausencia de aplicación de legislación comunitaria el fundamento desde el que declarar su manifiesta incompetencia.

La legislación de la Unión se erige como la piedra angular desde la que dirimir la vinculación o no de los derechos contemplados por la Carta, revelando la asimetría de una UE en la que la ausencia de competencias en determinadas materias que conducen a la adopción de técnicas de *soft law*, recomendaciones, dictámenes, carentes de vinculatoriedad jurídica, se complementa con mecanismos de control fuertes que compelen a los derechos nacionales a incorporar a sus respectivos ámbitos infraconstitucionales estas decisiones con un alcance aparentemente político. Salvando así el complejo dilema de tener que ponderar dos modelos jurídico políticos contrapuestos y en conflicto. El constitucionalismo de mercado europeo sitúa al más alto nivel la tutela del mercado que también se sitúa al más alto nivel en los ordenamientos internos, por efecto de una progresiva e irretroactiva infiltración⁴⁸ de los postulados del constitucionalismo de mercado en las Constituciones internas, y por ende, en los modelos sociales nacionales, que representa el punto de confluencia entre los derechos sociales fundamentales inauténticos y condicionados de la Unión, y la progresiva desnaturalización de los derechos sociales del Estado social.

De hecho, el concepto de pensión en la Carta de Niza se reconduce a un derecho de acceso vinculado a la garantía de un acceso indiscriminado a las prestaciones existentes que lo conecta con la libertad económica de la libre circulación de trabajadores; y guardando silencio con relación a la configuración de la prestación. Por lo tanto, la Carta sólo contempla aquellos aspectos directamente conectados a la realización del mercado interior, conformado al derecho social de pensión como un derecho accesorio. Por el contrario, el componente prestacional del derecho se reserva a una legislación y praxis

⁴⁷ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 7 de marzo de 2013.

⁴⁸ G. LYON-CAEN, "L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence", *Droit Ouvrier*, núm. 525, 1992, p. 313.

nacionales condicionadas por las exigencias de la GEE y su panoplia instrumental que obligan al cumplimiento de la estabilidad presupuestaria a costa de la regresión, en cuanto recorte, del gasto social.

2.- *La vía nacional: los condicionantes del vínculo económico europeo.* Cerrada la posibilidad de acudir a la jurisdicción europea por las razones apuntadas, y a menos que se trate de un Estado que haya ratificado el Protocolo Adicional a la CSE que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, ratificación que todavía no ha efectuado España, la única alternativa para entrar a valorar una posible vulneración del derecho a la pensión de acuerdo con los contenidos de la CSE y la jurisprudencia del CEDS, sería acudir al juez nacional. En el caso de España, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, la CSE “constituye un parámetro interpretativo de obligada aplicación en relación con los derechos que, estando incluidos en la Carta, constituyan al mismo tiempo objeto de normas integradas en nuestro ordenamiento jurídico”⁴⁹. Esto significa que el juez debe interpretar el derecho a la pensión de acuerdo con lo establecido por la CSE y la jurisprudencia que la complementa. Así las cosas, una reforma del sistema de pensiones deberá de respetar los límites infranqueables del derecho a la pensión que el CEDS establece. En particular, para que una restricción de los derechos relativos a la seguridad social como consecuencia de factores económicos o demográficos, sea compatible con la CSE, se deberán tener en cuenta los siguientes criterios: 1. La naturaleza de los cambios. 2. Las razones esgrimidas para los cambios y la estructura política y social en la que se plantean. 3. La necesidad de la reforma y su adecuación a la situación que ha generado la reforma. 4. La existencia de medidas de asistencia social para todas aquellas personas que se encuentren en situación de necesidad como consecuencia de los cambios introducidos (FJ 72 de la Decisión de 7 de diciembre de 2012).

Por ello, el actual proceso reformador de las pensiones deberá tener en cuenta estos estándares mínimos de protección del derecho social a una pensión. Por lo pronto, según se desprende del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones (Madrid, 7 de junio de 2013), que el gobierno encargó antes de acometer la reforma, el factor de sostenibilidad se define en base en un doble mecanismo de ahorro. Por una parte, el Factor de Revalorización Anual (FRA), un mecanismo de desindexación consistente en desligar la evolución de las pensiones del IPC y vincularlas a la esperanza de vida (que afectará tanto a las pensiones actua-

⁴⁹ T. FREIXES, “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, en VV.AA., *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 2004, p. 121.

les, como a las futuras). Por otra, el Factor de la Equidad Intergeneracional (FEI) que ajustará las pensiones futuras a la esperanza de vida. Sendos mecanismos se traducirán en una pérdida de poder adquisitivo y en pensiones más bajas, especialmente en tiempos de crisis. Considerando el elevado porcentaje de desempleados en España, y que los pensionistas se han convertido en un sustento económico imprescindible para sus familiares en paro⁵⁰, el objetivo de la futura reforma de asegurar el equilibrio presupuestario en el sistema de Seguridad Social, debiera de acompañarse, siguiendo la decisión del CEDS, de un estudio previo sobre el efecto de las medidas, y de un análisis conjunto de sus resultados con los interlocutores sociales y las asociaciones representantes de los intereses de jubilados y pensionistas.

Pero el Estado español, también está obligado a asumir sus obligaciones como miembro de la eurozona. Y entre ellas, el cumplimiento de los objetivos del PEC, donde destaca la estabilidad presupuestaria convertida en el “nuevo paradigma constitucional de lo económico”⁵¹, que obliga a revisar las relaciones política-economía del Estado social. La gestión presupuestaria como vehículo privilegiado para la satisfacción de las necesidades de los colectivos subordinados y la redistribución de la riqueza por medio de transferencias y prestaciones, ha desaparecido con la reforma del artículo 135. En su lugar, se establece una nueva relación caracterizada por la centralidad del vínculo económico y la definición de la intervención social por y desde el mercado. Esta constitucionalización de la estabilidad presupuestaria y la priorización del pago de la deuda pública, generan importantes interrogantes en materia de derechos sociales que sólo futuros pronunciamientos del Tribunal Constitucional ayudarán a despejar⁵².

En cualquier caso, el derecho de pensión parece configurarse en última instancia, considerando la CSE y la CDFUE, como un derecho que recono-

⁵⁰ Según un estudio de la Fundación la Caixa que analiza el impacto de la crisis en la estructura familiar del país, desde que estalló la crisis se ha triplicado el número de pensionistas que ayudan a familias en paro. Concretamente, los pensionistas mantienen hoy a uno de cada cinco hogares en los que ninguno de sus miembros tienen ingresos. VV. AA, “Crisis y Fractura social en Europa. Causas y efectos en España”, en M. LAPARRA Y B. PÉREZ (ed.), *Colección Estudios Sociales*, núm. 35, 2012, pp. 1-218.

⁵¹ A. RALLO, “Política, economía y derechos: la independencia de los reguladores (¿Quo Vadis?). Reflexiones generadas a partir de la reforma constitucional de 2011”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 228.

⁵² Actualmente, están pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional varios recursos planteados por la oposición y los gobiernos de Andalucía, Asturias, Navarra, Cataluña, País Vasco y Canarias, contra medidas de recorte en educación, sanidad o pensiones.

cido por la respectiva legislación interna, no puede eliminarse como tal, pero, si sustraer su contenido y modularlo, vía reformas, para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones. Un concepto indeterminado, el de la viabilidad, que propicia tendencias que apuntan a una asistencialización de la prestación y una protección complementaria a través del fomento de los seguros privados y el esfuerzo individual de los trabajadores. Esta asistencialización lejos de materializarse en una garantía del derecho a la pensión, termina por desconstitucionalizar y desocializar al derecho, confinándolo al difícil equilibrio de una relación multinivel donde la mejor tutela del derecho implica precisamente, la propia desarticulación del régimen de protección del derecho sujeto a las preferencias y modas de los legisladores nacionales y europeo.

Se dirá que la tutela dispensada por el Derecho de la Unión permite que en el ordenamiento jurídico europeo se garantice el derecho a la pensión sin modificar los estándares de protección nacionales. El derecho a la pensión actúa como un derecho multinivel susceptible de ser conjugado de acuerdo a parámetros que se contraponen (vínculo económico c. vínculo social), pero que sin embargo, goza de inmunidad frente a las prerrogativas de la integración económica. Cuando lo cierto es que la tutela constitucional del mercado se sitúa al más alto nivel en los ordenamientos internos por efecto de los vínculos derivados de la primacía del Derecho de la Unión que determina la necesaria compatibilidad entre los sistemas europeo y nacional. De tal forma que la otrora parte disponible del derecho, termina por absorber el contenido pleno del derecho en su totalidad.

AINHOA LASA LÓPEZ
Equipo "Integración Europea"
Facultad de Derecho,
Universidad de Deusto.
C/Antón Fernández, nº 10 dr, 2º dr
48.950, Erandio, Bizkaia
e-mail: ainhoa.lasa@hotmail.com

LA RECEPCIÓN DE SAVIGNY EN ESPAÑA: UN EPISODIO EN LA HISTORIA DE LA CIRCULACIÓN DE LAS IDEAS*

SAVIGNY'S RECEPTION IN SPAIN: AN EPISODE IN THE HISTORY OF IDEAS

LUIS M. LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 21-8-13

Fecha de aceptación: 20-9-13

Resumen: *El objetivo de este artículo es trazar un panorama de la recepción de Carl Friedrich von Savigny en España. Se trata de un estudio de historia de circulación de las ideas, un campo de investigación que busca explicar los procesos de adaptación de las teorías a contextos diversos a los originales, teniendo en cuenta que en ellos se suelen producir numerosas transformaciones. En este caso, veremos cómo el pensamiento de Savigny se recibió en España de la mano del nacionalismo y al hilo de la discusión sobre los derechos forales. En este clima político-jurídico, la interpretación de Savigny osciló entre el nacionalismo y el tradicionalismo, pero descuidó por completo la faceta del Savigny dogmático. También intentará demostrarse que la recepción del historicismo es previa a la del jurista alemán y que éste, por lo tanto, no hizo sino fortalecer tendencias ya existentes en España.*

Abstract: *The purpose of this article is to outline the reception of Carl Friedrich von Savigny's thought in Spain. This study should be framed in the comparative history of ideas, a field of research which aims at explaining the adaptation of*

* Este trabajo se ha realizado gracias al Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos", CSD 2008-00007 (HURI-AGE) y del Proyecto "Los Derechos Humanos en el S. XXI. Retos y desafíos del Estado de Derecho global" (DER 2011-25114). Es el fruto de una conferencia leída en el Congreso *Savigny, international?*, organizado por Thomas Duve y Joachim Rückert en la Goethe-Universität Frankfurt am Main y el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte. También me gustaría dejar constancia de mi agradecimiento al profesor José Ignacio Lacasta, que leyó el manuscrito y me hizo valiosas correcciones en lo que se refiere al nacionalismo y el fuerismo vasco-navarro.

theories to contexts which are different to the original ones, considering that many transformations usually take place in those processes. In this particular case, we will see how Savigny's thought was received in Spain thanks to the nationalist movement and along with the debates about the special legal status of the historical regions. Because of this political environment, Savigny was interpreted as an exponent of nationalism and traditionalism, totally dismissing the role played by him in the legal dogmatics. We will also show that the reception of historicism in Spain is previous to the introduction of Savigny and that, therefore, he only contributed to strengthen already existing tendencies.

Palabras clave: historicismo, tradicionalismo, catolicismo, nacionalismo, derechos forales, crisis del 98.
Keywords: historicism, traditionalism, catholicism, nationalism, regional statutes, crisis of 1898.

1. PROBLEMAS DE LA HISTORIA DE LA CIRCULACIÓN DE LAS IDEAS

La circulación de las ideas es un fenómeno complejo. Al nacer en contextos históricos concretos, impulsadas por factores políticos, sociales y culturales específicos, los conceptos y las teorías suelen experimentar transformaciones cuando se trasladan a realidades distintas. A veces, el resultado de estas mutaciones suscita la perplejidad del estudioso, ya que las interpretaciones que se dan en estos procesos de adaptación incurrir con frecuencia en modificaciones incomprensibles para quienes tienen una visión estática y dogmática del pensamiento. Así ocurrió, por ejemplo, con la introducción de Jhering en España, que fue leído desde la perspectiva del iusnaturalismo krausista y, por tanto, fue forzado hasta encajarlo en un molde que no le correspondía en absoluto¹. Y así ocurrió también, por citar sólo otro caso, con la traslación de la teología católica a América Latina, donde en muchas ocasiones se ha empleado como estrategia de emancipación frente a los poderes establecidos, y no como ideología al servicio del *statu quo*². Cualquier fenómeno de sincretismo, tanto en religión como en filosofía o en otras ramas de la cultura, suele dar

¹ Vid. A. G. POSADA, "Estudio preliminar sobre las ideas jurídicas y el método realista de Ihering", en R. VON JHERING, *Prehistoria de los indoeuropeos*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, pról. de Victor Ehrenberg, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1896, pp. VII-XXXI.

² Vid. M. G. LOSANO, "La ley y la azada. Orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica", *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 275-324.

como fruto este tipo de productos mestizos, reacios a la categorización en esquemas predeterminados.

Ahora bien, pese al inicial estupor que nos puedan producir estas metamorfosis, es difícil que las cosas sean de otro modo, ya que las ideas no se deben a un abstracto universo teórico, sino a las circunstancias siempre perentorias de la praxis. En este sentido, casi siempre es imprescindible que la importación de autores, escuelas o teorías se haga de forma cabal, retomando aquello que realmente es pertinente en el nuevo contexto, desechando lo que no tiene relevancia y leyendo las ideas en clave actual, es decir, proyectándolas sobre las nuevas situaciones a las que habrán de servir. De hecho, así es como siempre ha discurrido la historia del pensamiento. Como gráficamente decía Emilio Lledó, los textos tienen la endiablada e inevitable propiedad de “rodar por la historia”³, emancipándose de sus autores y adoptando formas proteicas, que les permiten adquirir una u otra identidad en función de los lugares, las épocas y las perspectivas desde las que se reciben. De otra forma, sería imposible seguir “dialogando” con textos procedentes de épocas tan lejanas a la nuestra como la de los clásicos grecolatinos, por poner un ejemplo evidente.

Desde este punto de vista, la tarea del historiador de las ideas se convierte en un ejercicio complicado, semejante a una persecución en una sala de espejos, en la que las interpretaciones se superponen unas a otras y en la que, por consiguiente, resulta difícil identificar dónde está el original y dónde el reflejo, qué es lo auténticamente propio de un autor y cuáles son las adherencias que se le han ido incrustando con el paso del tiempo. No en vano, decía Nietzsche que “todos los conceptos en los que se condensa semióticamente una evolución completa, se resisten a la definición; sólo es definible lo que no tiene historia”⁴. De manera que, al enfrentarnos con ideas o nociones que hayan experimentado el transcurrir del tiempo, contrayéndose y dilatándose en función de las diferentes coyunturas históricas, sólo podemos intentar trazar su genealogía conceptual, indagando las motivaciones de los cambios y conformándonos con una presentación diacrónica de sus evoluciones. O sea, abandonando la pretensión de hallar significados prístinos, puros o absolutos de las cosas,

³ E. LLEDÓ, *La memoria del logos. Estudios sobre el diálogo platónico*, Taurus, Madrid, 1996, p. 34.

⁴ F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral* [1887], Reclam, Stuttgart, 2007, p. 71 (II, §13).

y renunciando a enarbolar el estandarte de la “auténtica” o la “verdadera” interpretación⁵.

Así pues, al historiador del pensamiento le compete la delicada tarea de examinar las razones de la adaptación y reconfiguración de las teorías al trasplantarse a nuevas latitudes. En muchas ocasiones, puede surgir la tentación de tachar los procesos de importación como espurios, torpes o desenfocados, pero creo que más bien conviene adoptar una actitud atenta y cautelosa. De lo que se trata es de analizar los contextos de recepción desde su misma idiosincrasia, tratando de identificar los debates políticos, sociales e intelectuales en los que las nuevas ideas se vayan a adaptar. Esta metodología parte de la base de que las teorías nunca marchan solas, sino que forman un tándem con la realidad en la que crecen, estableciendo una ligazón inmediata con las condiciones políticas, económicas y sociales respectivas⁶. Por eso, antes que delinear un itinerario de teorías o de conceptos que se suceden unos a otros de forma inmanente, como si fueran actos de pensamiento dependientes de sí mismos, creo que la historia de la circulación de las ideas debe comprometerse con una visión social y moderadamente materialista de la historia. Sólo así pueden captarse los matices que adquieren las ideas al viajar a situaciones distintas de aquéllas en las que surgieron y sólo así la historia puede ser algo más que una crónica erudita del pretérito.

En este artículo se adoptará dicha metodología para analizar las peculiaridades que adquirió el pensamiento de Friedrich Carl von Savigny al trasladarse a la cultura jurídica y política española. Veremos que, en muchas ocasiones, el perfil de Savigny no coincide con el dominante en el paradigma germánico, o que coincide con éste de manera parcial. Para entender el porqué y el cómo de las lecturas que se hicieron de su obra en España, será menester comprender la situación por la que atravesaba el país a mediados del siglo XIX, fecha en la que se introdujo por primera vez su pensamiento. Una vez que hayamos trazado este bosquejo –tanto desde el punto de vista general como desde el jurídico– podremos examinar de qué diversas formas se asumió entre nosotros el legado de Savigny.

⁵ Vid. R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp, München, 2006, pp. 56-75 y 365-401.

⁶ Vid. T. DUVE, “Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive”, *Rechtsgeschichte – Legal History*, núm. 20, 2012, pp. 18-71.

2. UN RÁPIDO PANORAMA DE LA ESPAÑA DECIMONÓNICA

2.1. El problema de los *Sonderwege*

Desde hace ya varias décadas, se maneja en Alemania la retórica del *Sonderweg* (“camino especial”), según la cual el área germánica habría tenido un recorrido histórico singular respecto al de las demás naciones europeas. De acuerdo con esta corriente historiográfica, dicho *Sonderweg* diferenciaría a Alemania de la deriva potencialmente democrática que se inició en el resto del continente tras las revoluciones liberales del siglo XIX y, en última instancia, sería responsable de que aquélla terminara culminando en el nazismo. Se trata de una idea que, a mi juicio, merece ser revisada en profundidad, ya que todas las naciones europeas han atravesado sendas tortuosas en la construcción de la democracia, los derechos humanos y las instituciones que hoy caracterizan a la modernidad occidental⁷. Cada una con sus particularidades, sus tropiezos y sus logros, ha diseñado una forma peculiar de interiorizar los principios de la modernidad ilustrada; una modernidad que, por otra parte, no sólo incorporaba principios de emancipación en sus formulaciones teóricas, sino que también propiciaría el autoritarismo, el colonialismo o el expolio de la naturaleza desde su misma constitución. En definitiva, ni Occidente es una realidad tangible y efectiva, ni existe un camino unívoco y “normal” hacia la democracia⁸. Más bien, podría decirse que Occidente es un ideal político al que tender y hacia el que existen numerosas vías posibles.

Así las cosas, me parece más razonable adoptar una perspectiva historiográfica que se haga cargo de los múltiples *Sonderwege* que han existido en la formación de la Europa contemporánea. De hecho, no hay más que echar un rápido vistazo a las diversas historias patrias para darnos cuenta de que en todas las naciones del continente existen discursos que pretenden subrayar la “singularidad” o la “particularidad” de su historia. Los ingleses, siempre celosos de su insularidad, reivindican características especiales de su cultura: empirismo frente a racionalismo, *common law* frente a *civil law*, monarquía constitucional frente a república, etc. Los españoles también han insistido siempre en la idea de la singularidad: ya apoyándose en el factor diferencial

⁷ H. A. WINKLER, *Geschichte des Westens. Von den Anfängen bis zum 20. Jahrhundert*, C. H. Beck, München, 2009, pp. 13-14 y 17-24.

⁸ D. BLACKBOURN y G. ELEY, *The Peculiarities of German History. Bourgeois Society and Politics in Nineteenth-Century Germany*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 39 ss.

de la influencia árabe⁹, ya en el retraso cultural e industrial respecto al resto de Europa, la historiografía de nuestro país ha tendido a dar esta imagen de España como nación especial. Y qué decir de Rusia, siempre varada ante el dilema de su identidad asiática o europea: marcada por el influjo de la dominación mongola, por su pasado bizantino o por sus sempiternas aspiraciones paneslavistas, se ha formado también en contraste con Europa, preocupada por constituirse en una vía alternativa a los modelos político-culturales del continente¹⁰. Si nos paramos a analizar éstos y otros ejemplos que podrían añadirse, quizá sea más prudente quedarnos con la conclusión de que todas las naciones son un mosaico de culturas e identidades, a la vez distintas y similares a sus vecinas, que han producido numerosos *Sonderwege* hacia la modernidad.

Con esta perspectiva en mente, de lo que se trata es de identificar los rasgos que nos permiten trazar el *Sonderweg* español y ponerlo en relación con la obra de Savigny. Veremos así qué características deben tenerse en cuenta para entender la importación del jurista alemán. En particular, intentará trazarse un bosquejo de la situación histórica de la España decimonónica a través de algunas consideraciones generales en los órdenes religioso, político, social y cultural.

2.2. El *Sonderweg* español: nacionalismo y crisis institucional

Aunque es un tópico muchas veces repetido, el siglo XIX español no se entiende sin aludir a la pérdida de las colonias ultramarinas. Los procesos de independencia comenzaron en la segunda década del siglo, impulsados por la situación crítica que vivía la metrópoli. Desde 1808 se encontraba invadida por el ejército francés y prácticamente abandonada por una casa real inane, que había protagonizado un vergonzoso episodio de abdicación y de sumisión al hermano de Napoleón, José Bonaparte. Ante el vacío de poder que se produjo a continuación, pero sobre todo después de la guerra de liberación contra Francia, varias colonias americanas se proclamaron repúblicas soberanas. Dada la tambaleante situación política que atravesaban desde hacía décadas y los convulsos avatares que se vivían en la península, los an-

⁹ Á. GANIVET, *Idearium español* [1896], Espasa-Calpe, Madrid, 1949, pp. 142 s.; ID., *El porvenir de España* [1896], Espasa-Calpe, Madrid, 1949, p. 154 y 160 ss.

¹⁰ M. G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 128-135.

tiguos virreinos iniciaron un proceso de emancipación que duraría toda la centuria y que culminaría en 1898, con la pérdida de Cuba, Puerto Rico y Filipinas.

A partir de entonces, la consciencia de la crisis inundó el imaginario social y se infiltró en todas las esferas de la cultura. Si antes era posible mirar hacia otro lado y recrearse en un pasado glorioso y legendario, a partir del 98 la cruda realidad se instaló de forma irrevocable en la agenda sociopolítica e intelectual¹¹. Comenzaron a menudear escritos que clamaban por la regeneración nacional y que trataban de analizar las causas del declive. Desde la historiografía, la literatura, la filosofía o las ciencias sociales, innumerables escritores y científicos se afanaron con la pregunta sobre España. Surgió así un filón de pensamiento que conocemos como “regeneracionismo”, en el que cabe situar a numerosos intelectuales de fin de siglo que abogaron por una reforma total del sistema. Muchas de estas tendencias, influidas por la *Völkerpsychologie* –que a la sazón triunfaba en Alemania– se internaron en la psicología social, buscando los motivos del desastre en el carácter español¹². Otros, influidos por un positivismo *à la Comte*, se dedicaron a elaborar proliferos memorándums de tipo más bien pragmático, en los que defendían la necesidad de una reforma agraria, la renovación de las infraestructuras viales o una restructuración de la red hidráulica¹³. Pero la mayoría de los autores, en fin, trataron de coaligar ambas perspectivas.

El común denominador de todas estas tendencias era la sensación de decadencia y la angustia por la pregunta sobre España. En efecto, a partir del 98 proliferaron los escritos que tematizaban la cuestión nacional en clave teórica, planteando el significado y las opciones de la españolidad en un contexto en el que sus atributos tradicionales parecían haber desaparecido. Desde el punto de vista filosófico, surgió un proceloso debate sobre el ser de España, que se trenzó con el nacimiento de otros nacionalismos, y que continuaría tortuosamente durante la dictadura de Franco. No es casual que Ortega y Gasset dijera que toda su obra había estado marcada por “la obse-

¹¹ Vid. J. ÁLVAREZ JUNCO, *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 584 ss.

¹² J. COSTA, “El porvenir de la raza española”, en *Estudios jurídicos y políticos*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1884, pp. 257-301; R. ALTAMIRA, *Psicología del pueblo español* [1902], Biblioteca Nueva, Madrid, 1997; M. UNAMUNO, *En torno al casticismo* [1895], Cátedra, Madrid, 2005.

¹³ Vid. M. TUNÓN DE LARA, *Medio siglo de cultura española (1885-1936)*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1973, pp. 57-75.

sión de España como problema”¹⁴. Al mismo Ortega le debemos una de las contribuciones más desencantadas respecto a las posibilidades de resucitar la identidad nacional: *España invertebrada*, donde analizaba el resquebrajamiento del país por el empuje de los nacionalismos y por la falta de un proyecto común¹⁵. En la misma clave puede entenderse *España como problema* de Pedro Laín Entralgo o la *Defensa de la hispanidad* de Ramiro de Maeztu. Pero quizá el lema que mejor describe las preocupaciones de la época es el acuñado por Unamuno: “¡Me duele España!”¹⁶.

Este debate filosófico-político no hacía sino reflejar un estado de ánimo que había calado profundamente en las mentalidades y que, por ende, se infiltró también en la conciencia literaria: la generación del 98. Es difícil sintetizar las características de una hornada en la que convivieron figuras tan dispares como Machado, Baroja, Unamuno, Valle Inclán, Ganivet, Azorín o Maeztu. Sin embargo, podría afirmarse que en todos existía una honda desazón por la identidad y el futuro de España, lo que literariamente se tradujo en un tono pesimista, melancólico y próximo al existencialismo. En este sentido, son especialmente significativos los célebres versos de Machado: “Ya hay un español que quiere / vivir y a vivir empieza, / entre una España que muere / y otra España que bosteza. / Españolito que vienes / al mundo, te guarde Dios. / Una de las dos Españas / ha de helarte el corazón”¹⁷. Unos versos que no sólo identificaban el clima de abulia nacional, sino que también vislumbraban el cisma de las dos Españas que pronto estallaría con la guerra civil.

Como respuesta ante dicha apatía, la mayoría de estos autores eligieron temas de la historia, el paisaje o las costumbres tradicionales de España, intentando dilucidar “la esencia” que la definía y que –pensaban– permitiría en un futuro la regeneración. Así se explican obras como “Campos de Castilla” de Machado, “Idearium español” de Ganivet o “En torno al casticismo” de Unamuno. Se produjo una revalorización de lo español, en un proceso de construcción nacional que corría paralelo con el fortaleci-

¹⁴ J. ORTEGA Y GASSET, *Prólogo para alemanes* [1924], en *Obras Completas*, ed. Paulino Garagorri, tomo 3, Revista de Occidente, Madrid, 1983, p. 58.

¹⁵ J. ORTEGA Y GASSET, *España invertebrada. Bosquejos de algunos pensamientos históricos* [1921], en *Obras completas*, cit., tomo 3.

¹⁶ M. UNAMUNO, “A un profesor español residente en Buenos Aires” [1923], en L. ROBLES (ed.), *Epistolario americano (1890-1936)*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, p. 484.

¹⁷ A. MACHADO, *Poesías completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, p. 246.

miento de otras identidades como la gallega, la vasca o la catalana, y que se quiso encauzar a través de muchas vías: la literatura costumbrista, el rescate de las palabras *terruñeras*, la música nacionalista o, por lo que a nosotros afecta, el derecho consuetudinario. De hecho, como veremos más tarde, la importación de Savigny se hizo desde este prisma tradicionalista y nacionalista.

Pero el debate sobre España se trenzó con el ascenso de otras nacionalidades. Más allá de la retórica y la reivindicación cultural, este proceso desencadenó numerosos conflictos: sublevaciones cantonales en Levante, enconados debates regionales por el mantenimiento de los derechos forales y tres guerras en las que el nacionalismo vasco desempeñó un papel crucial. Algunos sectores del vasquismo, en efecto, estuvieron estrechamente vinculados con el carlismo, es decir, con el partido que apoyó a Don Carlos en la lucha sucesoria iniciada tras la muerte de Fernando VII. El motivo de este posicionamiento reside en que Carlos se había declarado dispuesto a respetar los fueros vascos, en coherencia con su intención de mantener las estructuras feudales. Isabel, al contrario, pretendía abolir los distintos particularismos y trabajar en la constitución de un Estado unitario y liberal. Por último, el “problema catalán” adquirió carta de naturaleza: es en el XIX cuando las relaciones con Cataluña se vuelven especialmente ásperas¹⁸.

Al hilo de todos estos conflictos, cobró fuerza el debate sobre la configuración institucional de las diferencias culturales que convivían en la península. Surgió así la cuestión del federalismo y de la distribución territorial del poder, un proceso que sigue inconcluso y que ha generado incontables quebraderos de cabeza. Desde el federalismo de Pi i Margall hasta el independentismo o el autonomismo, se abrió un complejo abanico de opciones que aún hoy sigue coleando. De hecho, la *España invertebrada* de Ortega debería entenderse como una aportación en torno al problema de la nación y una propuesta de organización territorial del poder. Conviene advertir que en este punto Ortega experimentó una notable evolución: desde una postura casi federal, próxima a las tesis de Francesc Cambó, hasta el autonomismo moderado de conservadores como Antonio Maura¹⁹. En cualquier caso, los términos del debate que planteó son útiles para entender la situación: a su juicio, la dinámica centrífuga que estaba experimentando España no se debía

¹⁸ I. SOTELO, “Cataluña: observaciones a unas relaciones delicadas”, en *A vueltas con España*, Gadir, Madrid, 2006, pp. 165-188.

¹⁹ F. H. LLANO, *El Estado en Ortega y Gasset*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 177 ss.

a la tozudez del nacionalismo periférico, sino más bien al fracaso del proyecto unitario que antaño había abanderado Castilla²⁰.

Ahora bien, la crisis institucional no sólo tenía que ver con los nacionalismos y la organización territorial. Uno de los motivos por los que se había perdido el control de las colonias era el de la obsolescencia e inoperatividad de las estructuras estatales. Sin embargo, lejos de subsanar el problema con un plan de saneamiento y modernización a largo plazo, el siglo XIX fue un continuo ir y venir de constituciones, promulgadas casi siempre como consecuencia de golpes de Estado encabezados por militares. El resultado fue una inestabilidad permanente, marcada por continuos cambios de gobierno: los liberales sucedían a los conservadores, que más tarde volverían a ser derrocados por los anteriores. De este modo, además de propiciar el nacimiento de una cultura política enormemente cainita²¹, el país vivió durante décadas un estado de inacción insostenible. La situación se quiso enderezar a partir de 1875, con la coronación del rey Alfonso XII y la dirección política de Cánovas del Castillo, que ideó un régimen de alternancia del poder pactada entre liberales y conservadores.

El objetivo de esta componenda era alcanzar una estabilidad institucional que no había existido durante toda la centuria. Ya que dicho equilibrio no había sido posible a través de un sistema parlamentario, pero tampoco mediante la Restauración absolutista pura y dura, Cánovas pensó que lo mejor era llegar a una fórmula de consenso: por un lado salvando a la monarquía y, por otro, contentando a las dos grandes facciones políticas del país con un juego de turnos. El sistema tenía apariencia democrática, pero se asentaba en la perpetuación de las élites tradicionales. De hecho, este régimen daría lugar a críticas tan acerbas como la *Oligarquía y caciquismo* de Joaquín Costa, en la que el aragonés censuraba con dureza la hipocresía del sistema: “Monarquía, partidos, Constitución, Administración, Cortes son puro papel pintado con paisajes de sistema parlamentario, dice Macías Picavea; a un *estado de derecho* regular y perfecto, agrega Silvela, se opone en España un *estado de hecho* que lo hace de todo en todo ilusorio, resultando que tenemos todas las apariencias y ninguna de las realidades de un pueblo constituido según ley y orden jurídico”²².

²⁰ J. ORTEGA Y GASSET, *España invertebrada*, cit., p. 442.

²¹ I. SOTELO, “La cultura política de Alemania y España”, en *A vueltas con España*, cit., pp. 65-75.

²² J. COSTA, *Oligarquía y caciquismo* [1901], en *Oligarquía y caciquismo, Colectivismo agrario y otros escritos (Antología)*, Madrid, 1967, pp. 18-19.

Este contraste entre la España real y la oficial, la social y la legal, se convirtió en un tópico de la literatura política de la época. El manifiesto de Costa es un claro ejemplo de ello, pero hallamos críticas similares en otros textos contemporáneos. Así *El régimen parlamentario en la práctica*, de Gumersindo de Azcárate, o *El problema nacional* de Macías Picavea, dos obras en las que se denunciaba el lacerante distanciamiento entre la teoría y la praxis. En cierto modo, el Estado se había convertido en un conjunto de instituciones encerradas sobre sí mismas, manejadas por una clase política alejada de los problemas reales y carente de visión de futuro. En definitiva, en un Estado ausente e inmune al discurrir de la nación. La correlativa vindicación de la vida popular, de la sociedad civil y de la costumbre será así un estandarte de las fuerzas progresistas y de los nacionalismos. Por lo que a nosotros afecta, esto tendrá gran relevancia para entender la importación de Savigny.

2.3. El *Sonderweg* español: el problema de la Iglesia católica

El último aspecto del *Sonderweg* español tiene que ver con la Iglesia católica. Si algo diferencia a España de otros países del entorno en la edad contemporánea, es la presencia persistente del catolicismo. En realidad, la pantomima democrática ideada por Cánovas era una variante del liberalismo doctrinario que también hubo en Francia y que podía detectarse en otros países cercanos²³. Se trataba de un pacto entre las monarquías tradicionales y una burguesía asustada de sus excesos durante la era de las revoluciones. Ante el peligro de radicalización y democratización que se había desencadenado tras la instauración de los principios liberales, la gran burguesía y la realeza decidieron olvidar sus rencillas y armonizar sus intereses mediante fórmulas de equilibrio, de manera que el proyecto de emancipación ilustrado no se llevase hasta sus últimas consecuencias. En España, la Restauración se acopló a esta dinámica de compromiso generalizable a otras áreas, pero incorporando además el concierto con la Iglesia.

En definitiva, mientras que la secularización del Estado se había cumplido con bastante alcance en el resto de los países europeos, en España nunca llegó producirse de manera efectiva. Desde la Constitución de Cádiz de 1812, de corte progresista, hasta la de 1876, más conservadora, casi todas las cartas magnas de la centuria decretaron la confesionalidad del Estado. Además, en

²³ L. DÍEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, 4ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pp. 1-21 y 549 ss.

los pocos casos en los que se sancionó la neutralidad en materia religiosa, ésta no llegó a verificarse en la práctica: o bien por la corta duración de los periodos progresistas, o bien por la presión de los reaccionarios, que seguían dominando las instituciones sociales y culturales. La permanencia de esta “constitución interna” –como la llamaba Cánovas²⁴– es notable: pese a contratiempos como el de la Segunda República, llegó hasta el periodo del franquismo, que no por azar se apoyó así en el llamado “nacionalcatolicismo”. Esta presencia del poder católico era y es tan intolerable que Gregorio Peces-Barba ha llegado a sostener que la Iglesia constituye uno de los obstáculos principales para la forja de una España civil²⁵.

Volviendo al siglo XIX, es fundamental tener en cuenta el peso de la Iglesia para entender las querellas que se dieron en los círculos intelectuales y en la ciencia jurídica. Hay dos acontecimientos especialmente reveladores. El primero se refiere a los debates que se produjeron en 1875 en el Ateneo de Madrid, donde se discutió con ardor respecto al positivismo y las repercusiones que éste podría tener sobre la religión y la moral. Los conservadores lo rechazaron con rotundidad, ya que lo veían incompatible con el dogma católico propio de la nación española²⁶. Pero incluso los intelectuales más abiertos, de ideología liberal y de credo filosófico krausista, mostraron reticencias a la importación plena de las ideas positivistas: siempre que éstas fueran compatibles con la religión, la autonomía del espíritu y un cierto idealismo ético, podrían atraerse; sin embargo, si no eran conciliables con tales principios, debería promoverse una adaptación cuidadosa, de modo que la moral no quedase ausente en los asuntos científicos. Ésta es la conclusión que cabe extraer de dos célebres prólogos del krausista Nicolás Salmerón, que llegaría a ser uno de los cuatro presidentes de la Primera República²⁷.

El otro acontecimiento al que aludía es el de la “segunda cuestión universitaria”, un proceso de depuración de los profesores que el gobierno

²⁴ A. CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Diario de Sesiones de las Cortes (Congreso de los Diputados)*, 11 de mayo de 1876, p. 1347. Vid. J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, “La doctrina de la Constitución histórica de España” en I. FERNÁNDEZ y J. VARELA (eds.), *Conceptos de Constitución en la historia*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2010, pp. 307-364.

²⁵ G. PECES-BARBA, *La España civil*, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, Madrid, 2006, pp. 62-79.

²⁶ D. NÚÑEZ, *El Darwinismo en España*, Castalia, Madrid, 1977.

²⁷ N. SALMERÓN, “Prólogo” a J. G. DRAPER, *Historia de los conflictos entre la religión y la ciencia*, Imprenta de Aribau y Compañía, Madrid, 1876; N. SALMERÓN, “Prólogo” a H. GINER DE LOS RÍOS, *Filosofía y arte*, M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1878.

consideraba peligrosos por no impartir el dogma católico. La circular por la que se expulsó a dichos catedráticos, promulgada en 1875 por el Marqués de Orovio, rezaba así: “cuando la mayoría y casi la totalidad de los españoles es católica y el Estado es católico, la enseñanza oficial debe obedecer a este principio, sujetándose a todas sus consecuencias [...]. El gobierno no puede consentir que en las cátedras sostenidas por el Estado se explique contra un dogma que es la verdad social de nuestra patria”²⁸. La consecuencia fue, en primer lugar, que España se desmarcó de la senda de secularización de la enseñanza que ya se estaba fraguando fuera de nuestras fronteras: la ley Gladstone inglesa de 1870, la ley Lopino italiana de 1871 o la ley Ferry francesa de 1882 sancionaban la laicidad de la enseñanza pública en todos sus niveles²⁹. En segundo lugar, la cuestión universitaria dio lugar a un evento central: ante la circunstancia de que muchos profesores habían sido expulsados de sus cátedras, y otros habían renunciado por solidaridad con sus colegas, Giner de los Ríos decidió poner en marcha un proyecto de educación al margen de las instituciones oficiales: la Institución Libre de Enseñanza (ILE).

La finalidad de la Institución era convertirse en un centro de educación superior donde se respetase la libertad de cátedra y se enseñase conforme a principios científicos renovadores. Pronto se adhirieron muchos intelectuales progresistas, y entre sus muros estudió parte de la *intelligentsia* que, con los años, formaría los cuadros de la Segunda República. Además, el espíritu de la ILE se transfirió a otras instituciones: el Instituto Escuela (1918), mediante el que se quiso llevar sus principios a la escuela secundaria; la Junta para la Ampliación de Estudios (1907), para promover la investigación a través de becas de estudio en el extranjero; o el Instituto de Reformas Sociales (1903), cuyo fin era estudiar las condiciones laborales de la clase obrera y proteger sus derechos³⁰. Por lo que afecta al derecho, la ILE fue esencial, ya que en su seno estudiaron muchos juristas de renombre: desde su fundador, Giner de los Ríos, hasta Adolfo Posada o el ya citado Joaquín Costa. La filiación intelectual de la mayoría de sus representantes era krausista, pero de un krausismo que poco tenía ya de Krause y mucho de Giner, poco de

²⁸ M. OROVIO, “Real Orden de 26 de febrero de 1875”, *Gaceta de Madrid*, núm. 58, 1875, pp. 531-532.

²⁹ G. PECES-BARBA *et al.*, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Espasa-Calpe, Madrid, 2007, pp. 105-112.

³⁰ A. JIMÉNEZ-LANDI, *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente*, Taurus, Madrid, 1973, pp. 175-205; L. E. OTERO CARVAJAL y J. M. LÓPEZ SÁNCHEZ, *La lucha por la modernidad. Las ciencias naturales y la Junta para la Ampliación de Estudios*, Madrid, 2012, pp. 127 ss.

filosófico y mucho de proyecto social³¹. En definitiva, la Institución terminó siendo un lugar de encuentro para todas aquellas personas con sensibilidad liberal-reformista.

Antes de terminar, es necesaria una última reflexión. El tema del catolicismo no es ajeno al resto de manifestaciones de la crisis que han sido enumeradas. El catolicismo permeó toda la vida política y social del siglo XIX, pero es frecuente encontrarlo ligado a las tendencias nacionalistas. Hasta hace poco, era usual asociarlo con el españolismo, en buena medida como resultado del nacionalcatolicismo franquista. Sin embargo, son bastante conocidos los nexos entre vasquismo y catolicismo y, pese a que los lazos entre el catalanismo y la Iglesia han sido algo desatendidos, lo cierto es que éstos existieron³². Así se explica que Sabino Arana fuera un gran admirador del canónigo catalán Félix Sardá y Salvany³³, quien a su vez fue autor de un famoso libro titulado *El liberalismo es pecado*³⁴, uno de los referentes del catolicismo integrista decimonónico. Y así se explica, también, que el mismo Sardá y Salvany fuera buen amigo de Manuel Durán y Bas, el político que más presencia tuvo en la defensa del derecho foral catalán y que, por lo que se refiere a nuestro tema, sería el gran valedor de Savigny en España. Más allá de su amistad con Sardá y Salvany, Durán y Bas dio buenas muestras de su filiación católica en muchos de sus escritos³⁵.

Por último, es imprescindible destacar la ligazón del nacionalismo español con el catolicismo. En buena medida, el honor perdido tras la derrota colonial se intentó rehabilitar mediante un aferramiento a la religión católica. Si la España imperial había claudicado, aún quedaba la España católica, aquella que, según Marcelino Menéndez Pelayo, había sido “evangelizadora de la mitad del orbe [...], martillo de herejes, luz de Trento, espada de

³¹ E. DÍAZ, *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 15-48.

³² A. F. CANALES SERRANO, “El robo de la memoria. Sobre el lugar del franquismo en la historiografía católico-catalanista”, *Ayer*, núm. 59, 2005, pp. 259-280.

³³ J. L. DE LA GRANJA SAIZ, “El antimaketismo: la visión de Sabino Arana sobre España y los españoles”, en *Norba. Revista de Historia*, núm. 19, 2006, pp. 191-203, especialmente p. 194.

³⁴ F. SARDÁ Y SALVANY, *El liberalismo es pecado* [1884], Pagès Editors, Lleida, 2009.

³⁵ Vid. por ejemplo M. DURÁN Y BAS, “La filosofía de las Leyes bajo el punto de vista Cristiano”, en *Estudios jurídicos*, Librería de Don Juan Oliveres, Barcelona, 1888, pp. 71-98; ID., “Necesaria influencia de la Filosofía Cristiana en los Códigos penales y en las instituciones penitenciarias de nuestros días”, en *Estudios morales, sociales y económicos*, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1895, pp. 75-120.

Roma, cuna de San Ignacio...”³⁶. Si bien es verdad que existían diferencias lingüísticas y culturales a lo largo y ancho de la península, había un fondo común que todos los territorios compartían y que –pensaba Ménéndez Pelayo– debería vertebrar a la nación: el catolicismo³⁷. No en vano, la frase citada terminaba así: “ésa es nuestra grandeza y nuestra unidad; no tenemos otra. El día en que acabe de perderse, España volverá al cantonalismo de los arévacos”³⁸. Esa misma argumentación es la que se empleó desde el pensamiento jurídico-político para incluir el dogma católico en las constituciones: más allá de los textos legales, la nación española poseía una constitución interna que entroncaba con su historia y sus costumbres, y que emanaba de los rasgos intrínsecos de su pueblo. Esta retórica, a la vez católica e historicista, es la misma que veremos al analizar la importación de Savigny a la ciencia jurídica.

3. UN RÁPIDO PANORAMA DE LA CIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA EN EL SIGLO XIX

Aunque con todas las advertencias de las generalizaciones, podría decirse que la ciencia jurídica española del XIX estuvo presidida por tres grandes orientaciones: el tradicionalismo neotomista, el krausismo y la escuela histórica³⁹. Tres corrientes que, a su vez, coinciden *grosso modo* con las tendencias políticas esbozadas en el anterior apartado⁴⁰. Por un lado, tenemos el monolítico bloque del catolicismo tradicionalista, aferrado a las doctrinas de Santo Tomás y, en algunos casos, a la escuela española del derecho natural. Las inclinaciones de este grupo por la restauración de la monarquía católica son casi unánimes. Por otro lado, tenemos al krausismo, que se tradujo en clave político-social y que acabó convirtiéndose en una suerte de abrevadero para las corrientes liberal-reformistas que luchaban por secularizar el Estado, liberalizar la economía (sin perjuicio de la salvaguarda de ciertos derechos sociales básicos) y modernizar la cultura. Por último, está la escuela históri-

³⁶ M. MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956, vol. 2, p. 1192.

³⁷ J. ÁLVAREZ JUNCO, *Mater dolorosa*, cit., pp. 305 ss. y 383 ss.

³⁸ M. MENÉNDEZ PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, cit., p. 1194.

³⁹ J. J. GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 5-14.

⁴⁰ J. J. GIL CREMADES, “Krausistas, catalanistas y católicos”, en ID., *Krausistas y liberales*, Seminarios y Ediciones, Madrid, 1975, pp. 11-19.

ca, cuyo correlato sería el nacionalismo, especialmente en Cataluña: fue allí donde se recibieron con más entusiasmo las teorías de Savigny⁴¹.

Como anunciaba, conviene ser precavido con generalizaciones de esta índole, no sólo porque a veces desvirtúan los perfiles reales de autores y escuelas, sino también, y sobre todo, porque ocultan la posibilidad de las orientaciones sincréticas. En el caso que nos ocupa, se dieron entrecruzamientos de importancia. Es así como el historicismo de Durán y Bas se conjugó con un resuelto neotomismo⁴², mientras que Joaquín Costa aglutinaba el poso católico familiar, el krausismo de sus estudios y la influencia teórica del historicismo⁴³. Por último, y a pesar del integrismo católico de autores como Sardá y Salvany, Juan Donoso Cortés o Manuel Vázquez de Mella, también se registraron casos templados: intelectuales que intentaban cohesionar el catolicismo tradicional con las exigencias de una economía liberal que, sobre todo a partir del último tercio del siglo XIX, se fue imponiendo de forma inapelable⁴⁴. Así pues, la caracterización ofrecida es sólo una pauta para entender el espíritu general de los debates que se produjeron y los grandes trazos del discurso, pero no siempre idónea para captar la idiosincrasia de autores o escuelas concretos.

Con todo, sí cabe extraer una conclusión general: la ausencia de dos grandes tendencias que eran protagonistas en el resto del continente europeo, el positivismo y el hegelismo. La laguna del positivismo se explica por el ambiente de integrismo católico descrito: la sociología y el darwinismo eran vistos desde España con recelo, como paladines del ateísmo o como un peligro para el libre arbitrio. Incluso los autores más abiertos en materia científica, los krausistas, fueron reticentes a una asunción plena de dichas ideas. Así las cosas, la penetración del positivismo estuvo mediatizada por una generación de jóvenes juristas que, a partir de los años ochenta, intentaron actualizar los principios del krausismo clásico. El fruto de esta hibridación es lo que Posada denominó krausopositivismo, un aparente oxímoron que

⁴¹ M. FIGUERAS, "Notas sobre la introducción de la Escuela Histórica de Savigny en España", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 18-19, 1978-1979, pp. 371-393.

⁴² A-E, PÉREZ LUÑO, "Experiencia histórica y experiencia jurídica en Durán y Bas", en *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*, ed. por R. González-Tablas, Universidad de Sevilla, 2009, pp. 281-298.

⁴³ R. PÉREZ DE LA DEHESA, *El pensamiento de Costa y su influencia en el 98*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1966, pp. 171 ss.

⁴⁴ Vid. S. MARTÍN, "Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español", *Historia Constitucional*, núm. 11, 2010, pp. 89-125, especialmente p. 99.

arrojó extrañas mezcolanzas como la que el propio Posada perpetró, al intentar conciliar el pensamiento de Jhering con el de Krause. En líneas generales, de lo que se trataba era de importar el darwinismo y las ideas sociológicas y psicológicas modernas, pero sin renunciar al derecho natural y sin sacrificar el acercamiento moral al fenómeno jurídico⁴⁵.

Por lo que respecta al hegelismo, su falta de penetración también se explica en clave política y social. Como ha sostenido Elías Díaz, el hecho de que en España tuviera tanto éxito la doctrina de Krause se debió al carácter ambiguo y maleable de éste, en contraste con el sólido andamiaje teórico de Hegel⁴⁶. Mientras que la filosofía del suabo exaltaba la necesidad del Estado fuerte y se sustentaba en un potente aparato dialéctico, las ideas de Krause rezumaban eclecticismo y concluían con una vindicación de la ética individual, además de apoyarse en un concepto armonista de la sociedad. Así las cosas, continuaba Elías Díaz, la importación de Krause era mucho más pertinente que la de Hegel. En un país transido por conflictos internos como los citados, desestructurado por la crisis de las instituciones y sumido en una profunda depresión, no parecía cabal atraer las ideas de un autor, como Hegel, que estaba escribiendo para una nación en pleno despegue, optimista respecto al futuro y con una sólida tradición estatal. En suma, el ideario de Krause se acomodaba mejor al credo de la burguesía liberal-reformista que se embarcó en el proyecto de regeneración moral de España.

Ahora bien, al igual que antes, es necesario hacer dos matizaciones. La primera afecta al hegelismo y la segunda al positivismo.

Respecto a lo primero, conviene advertir que, a pesar de la tendencia general que acabo de exponer, sí hubo un pequeño reducto de hegelismo jurídico en la Universidad de Sevilla, especialmente encarnado en las figuras de Antonio María Fabié y Antonio Benítez de Lugo⁴⁷. Aunque con menor intensidad que en estos dos, también se ha dicho que Francisco Pi i Margall estuvo influido por Hegel, lo cual podría explicar por qué no asumió el historicismo *à la Savigny* para diseñar y justificar su propuesta nacionalista-federalista⁴⁸.

⁴⁵ F. LAPORTA, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974, pp. 261-265.

⁴⁶ E. DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Fernando Torres, Valencia, 1983, pp. 15-37.

⁴⁷ Vid. J. I. LACASTA, *Hegel en España. Un estudio sobre la mentalidad social del hegelismo hispánico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984; J. R. GARCÍA CUÉ, *El hegelismo en la Universidad de Sevilla*, Diputación Provincial de Sevilla, Sevilla, 1983.

⁴⁸ J. CAGIAO, "A vueltas con el federalismo español: Pi i Margall, Proudhon y Hegel. Reseña crítica de un viejo texto sin eco", *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine. De 1808 au présent*, núm. 2, 2008.

De todos modos, creo que lo que hay en Pi i Margall es más bien un difuso hegelismo de izquierdas –es decir, no una influencia directa y consecuen- te del suabo–, que paradójicamente terminará desembocando en su acerca- miento a Proudhon, un autor que Marx y Engels englobaron en el socialismo utópico, pero que incluso atesora alguna reminiscencia libertaria.

Respecto a lo segundo, más allá de la aproximación al positivismo cienti- ficista que algunos krausistas propiciaron en la segunda mitad del siglo, pue- de detectarse una importante recepción del positivismo jurídico de Bentham durante la primera mitad. De hecho, se ha llegado a afirmar que Bentham fue en España “casi como un semidiós”⁴⁹. La recepción del jurista inglés se hizo a través de la Universidad de Salamanca y fue canalizada hacia los aspectos relacionados con la codificación⁵⁰. No por casualidad, el propio jurista inglés escribió tres *Ensayos sobre la política de España* y siete *Cartas sobre el código penal* dirigidas al conde de Toreno. En este sentido, podría decirse que la influen- cia de Bentham fue de impronta iluminista y afrancesada: téngase en cuenta que, en realidad, las ideas de Bentham no tuvieron apenas repercusión en su tierra natal y que fue en Francia donde adquirió la fama.

La importancia de Bentham en la primera mitad de siglo destaca espe- cialmente en el plano legislativo: por un lado como referente de muchas de las ideas que nutrirían la elaboración de la Constitución de Cádiz de 1812 y, por otro lado, como inspirador y participante activo en los trabajos de co- dificación civil y penal⁵¹. Se ha discutido mucho sobre hasta qué punto la Constitución de Cádiz fue un plagio de la francesa de 1791. No es éste el lugar para detenerse en ello, pero parece bastante claro que la influencia fue sólo moderada: no olvidemos que España salía de una guerra contra Francia y que, por esa razón, no eran bien vistas las afinidades con el país vecino⁵². Sin embargo, si acaso hubo un momento en que la influencia francesa deca- yó, Bentham sirvió de mediador entre las tendencias codificadoras galas y la cultura española. Téngase en cuenta que el pensamiento de Bentham se forjó

⁴⁹ É. HALÉVY, *The Growth of Philosophic Radicalism*, Faber and Faber, London, 1928, p. 296.

⁵⁰ A.-E. PÉREZ LUÑO, “Jeremy Bentham: su influjo en la Universidad de Salamanca y en la cultura jurídica española del siglo XIX”, en *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*, cit., pp. 217-242.

⁵¹ A.-E. PÉREZ LUÑO, “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812”, en *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*, cit., pp. 243-256.

⁵² D. SEVILLA ANDRÉS, “La Constitución española de 1812 y la francesa de 1791”, en *Saitabi*, VII, 33/34, 1949, pp. 212-234.

en contradicción con los principios del *common law* –buena parte de su obra está escrita como refutación de Blackstone– y que, en realidad, fue en Francia donde cosechó sus mayores éxitos.

La alusión a la Constitución de Cádiz es esencial, por cuanto fue a partir de ella cuando se puso en marcha el proceso de codificación que recorrió toda la centuria⁵³. En efecto, el art. 258 establecía que “el Código Civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”, una formulación que volveremos a encontrar en las demás constituciones del siglo. Con semejante aserto se buscaba reducir a la unidad el pluralismo normativo que existía como resultado de los diversos regímenes forales en el plano civil. En este propósito latía, por un lado, la voluntad liberal de construir una nación con leyes idénticas que permitiera alcanzar la unidad de mercado y, por otro lado, la pretensión absolutista de eliminar cualquier vestigio de los antiguos poderes territoriales. Tanto en uno como en otro caso, es obvia la influencia centralizadora de la tradición francesa. En este sentido, la primera mitad de siglo dialogó fundamentalmente con el modelo francés, y con tal inspiración fue con la que se trabajó en las comisiones de codificación. El resultado fue que el primer gran proyecto de código civil, el de 1851, tenía una fuerte presencia del espíritu galo y, además, una clara preponderancia de las instituciones castellanas⁵⁴.

Como consecuencia de este exclusivismo y de la inestabilidad política que vivía el país, el proyecto de 1851 suscitó numerosas críticas por parte de las orientaciones de corte nacionalista o regionalista, que reivindicaban una mayor presencia de instituciones forales. Lo significativo para nuestro objeto de estudio es que, a partir de la segunda mitad de siglo, comienza a cambiar el espejo en el que se miraban los juristas españoles: de la influencia francesa se transita a la alemana. Sin embargo, dado que Alemania no tenía aún un código, el modelo en el que se fijaron fue el de la pandectística de Savigny y sus discípulos. Los factores que inciden en este cambio de rumbo son múltiples: por un lado, la preminencia que Alemania estaba empezando a gozar en Europa en materias filosóficas y científicas y la pujanza de Prusia en la vida política europea. Pero por otro lado, en relación con el mundo del de-

⁵³ F. SÁNCHEZ ROMÁN, *La codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y consumación. Estado del derecho civil de España, común y foral antes y después de la promulgación del código civil*, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890, pp. 21 ss.

⁵⁴ F. SÁNCHEZ ROMÁN, *La codificación civil en España*, cit., pp. 35-36.

recho, el giro germanizante tiene que ver con las discusiones que se estaban produciendo en la codificación civil: mientras que el modelo francés era más favorable a la centralización y la homogeneización del derecho, los foralistas españoles vieron en la escuela histórica alemana una plataforma excelente para reivindicar el mantenimiento de sus derechos patrios o, por lo menos, la inclusión de sus instituciones en la legislación general⁵⁵.

Ahora bien, como siempre ocurre en el ámbito jurídico, el cambio de perspectiva no se dio sólo en la legislación o la jurisprudencia, sino también en la doctrina. En este sentido, no es casual que la importación de Krause se produjera a partir de 1854, fecha en la que Julián Sanz del Río volvió de su viaje a Alemania y empezó a difundir sus ideas⁵⁶. Justo un año antes, en 1853, se había fundado la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, que pronto devendría la sede de discusión más importante del siglo y que, en especial, hizo las veces de portavoz de las novedades que se estaban fraguando en la Europa germana⁵⁷. Vale la pena citar las palabras de los editores al primer número de la revista: “los objetivos de la revista son: familiarizar en lo posible a los lectores con las producciones periódicas de los sabios extranjeros, hacerles conocer los incesantes y profundos trabajos de la pensadora Alemania, señalar la progresiva marcha que sigue ese movimiento intelectual que, partiendo del otro lado del Rhin, va inculándose poco a poco en las demás naciones del continente, y suplir por este medio el gran vacío que se notaba en las publicaciones jurídicas de nuestra península”⁵⁸. En general, la filiación de los autores que fundaron la revista era krausista, pero pronto se dio cabida a otras orientaciones extranjeras y especialmente germanas.

En mi opinión, no es casual que los dos fundadores de la revista –Ignacio Miquel y José Reus– fueran alicantinos, es decir, procedentes de un territorio en el que existía y existe derecho foral. Aunque la tendencia general de la revista fue krausista, y pese a que eran frecuentes los ataques a la escuela histórica del derecho, lo cierto es que el espíritu germanizante dio pie a un replanteamiento de la codificación en términos menos centralistas que los

⁵⁵ A. ENCINAR, “La influencia de la escuela histórica del derecho en la cuestión foral española”, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm.159, 2000, pp. 53-74.

⁵⁶ M. TUÑÓN DE LARA, *Medio siglo de cultura española*, cit., pp. 37-46.

⁵⁷ C. PETIT, “Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado”, en M. STOLLEIS y T. SIMON (eds.), *Juristischen Zeitschriften in Europa*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006, pp. 417-489, especialmente 465 ss.

⁵⁸ I. MIQUEL y J. REUS, “Prefacio”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 1853, p. 1.

que habían dominado en la primera mitad del siglo. En efecto, la apertura de la revista a las influencias extranjeras y la declarada intención de otorgarle importancia a la legislación comparada⁵⁹ favorecían una visión menos homogeneizadora del derecho y cierta sensibilidad hacia el pluralismo jurídico. Además, ya desde 1861 empieza a publicar en ella Manuel Durán y Bas, el principal impulsor de Savigny en nuestro país. La mayoría de los artículos que firmó son de derecho mercantil, pero en todos aparecen abundantes referencias al padre de la escuela histórica⁶⁰. Finalmente, ya en 1895, el propio Durán fundaría la *Revista jurídica de Cataluña*, durante su último mandato como director de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, inaugurada a su vez en 1840. Enseguida, esta revista se convertiría en el órgano de difusión del pensamiento catalanista en materias legales y en el principal defensor de la autonomía jurídica catalana respecto al resto de España⁶¹.

4. LA INTRODUCCIÓN DE SAVIGNY EN ESPAÑA

4.1. Traducciones de Savigny: una recepción tardía y escasa

La primera consideración tiene que ver con las fechas en las que fue traducido Savigny. La primera obra en castellano fue *Das Recht des Besitzes*, publicada en 1845 con el título de *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano*. Se trata de una versión española de la edición francesa, sin indicación del traductor y con varias amputaciones, sobre todo en las notas al pie de página⁶².

⁵⁹ J. J. GIL CREMADES, *El reformismo español*, cit., pp. 43-47.

⁶⁰ M. DURÁN Y BAS, "La teoría del derecho en la «Ciencia Nueva» de Vico. Memoria leída en la Academia de Buenas Letras de Barcelona", *RGLJ*, núm. 19, 1861, pp. 5-21; "Estudios sobre el derecho mercantil. Naturaleza del fenómeno del comercio con relación al derecho", *RGLJ*, núm. 27, 1865, pp. 228-240; "Estudios sobre el derecho mercantil. Carácter del derecho mercantil", *RGLJ*, núm. 27, 1865, pp. 305-314; "Fuentes del derecho mercantil español. Juicio crítico de nuestro código de comercio", *RGLJ*, núm. 28, 1866, pp. 292-304.

⁶¹ L. PAGAROLAS I SABATÉ, *Història de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, 2000.

⁶² F. C. VON SAVIGNY, *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845. La alteración del título original alemán, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, trae causa de la edición francesa, *Traité de la possession en droit romain*, Joubert, Paris, 1845. La traducción española no sólo adopta el título de forma acrítica, sino que coloca en la portada las iniciales M. F. C. de Savigny, del francés "Monsieur" Friedrich Carl de Savigny.

La siguiente obra fue el *System des heutigen römischen Rechts*, publicada en España en 1878 y 1879 y también vertida de la edición francesa por Jacinto Mesía y Manuel Poley, con un largo prólogo de Durán y Bas⁶³. Y es que, en efecto, el papel de Francia como correa de transmisión de las obras publicadas en alemán fue una constante de la ciencia jurídica decimonónica hasta muy avanzada la centuria.

De hecho, habrá que esperar hasta 1894 para encontrar la primera obra traducida directamente del alemán, año en que Adolfo Posada realizó una versión de *La vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, a la que añadió un prólogo que más adelante se comentará. En la edición no figura la fecha de publicación, pero puede concluirse que apareció en 1894, gracias al catálogo de la casa editorial *La España moderna*⁶⁴.

Por último, ya en el siglo XX, nos encontramos con dos traducciones más: una del *Über den Zweck dieser Zeitschrift* –el escrito redactado por Savigny como prólogo a la revista que fundó con Karl Friedrich Eichhorn– traducido y publicado en 1908 en un compendio de textos sobre la escuela histórica⁶⁵; y por fin una versión de la *Juristische Methodenlehre* –*Metodología jurídica*–, publicada en 1979 en Buenos Aires⁶⁶. Del *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* –*Historia del derecho romano en la Edad Media*– no existe traducción hasta la fecha, de manera que lo poco que se conoció de esta obra fue por intermediación de la versión francesa.

Más allá de la enumeración de fechas, títulos y traductores, creo que cabe extraer dos conclusiones preliminares de lo anterior:

En primer lugar, podría afirmarse que la recepción de Savigny fue tardía si la comparamos con otros países del entorno europeo, donde se tradujo con más celeridad. Así ocurre en Italia, donde las primeras traducciones de

⁶³ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, trad. del alemán de M. Ch. Guénoux, vertida al castellano por J. Mesía y M. Poley, pról. de M. Durán y Bas, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878-1879 (2 tomos).

⁶⁴ F. C. VON SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*, trad. y pról. de A. Posada, La España Moderna, Madrid, 1894; R. ASÚN, "La editorial «La España moderna»", *Archivum: Revista de la Facultad de Filología*, pp. 133-199, especialmente p. 188.

⁶⁵ F. C. VON SAVIGNY, "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica", en R. ATARD (Ed.), *La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio por Savigny, Eichhorn, Gierke, Stammler*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908.

⁶⁶ F. C. VON SAVIGNY, *Metodología jurídica*, trad. de J. Santa-Pinter, Depalma, Buenos Aires, 1979.

la *Historia del derecho romano* datan de 1828, aunque en forma fragmentaria, y donde la primera traducción íntegra y directa del alemán se realizó entre 1854 y 1857. Lo mismo podría decirse del *Sistema del derecho romano actual*, cuyas primeras versiones son de 1845, o del *Tratado de la posesión*, cuya traducción italiana se publica por primera vez en 1839. Por no hablar de la *Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, que se traduce íntegramente en 1840⁶⁷. Si tomamos como referente de la comparación a Inglaterra, los resultados son más o menos similares. La *Historia del derecho romano* se traduce en Edimburgo en 1829, la *Vocación de nuestro siglo* en Londres en 1831 y el *Tratado de la posesión* en Londres en 1848, además de una versión inglesa del *Sistema de derecho romano actual*, publicada en Madras (India) en 1867⁶⁸. Por último, si recordamos que las traducciones españolas se hicieron casi siempre desde las francesas, también parece obvio que la recepción gala fue sensiblemente anterior a la nuestra. De todo lo cual cabe inferir que la importación de Savigny fue lenta en nuestro país: todas las obras citadas se tradujeron antes en los lugares mencionados que en España.

En segundo lugar, cabe decir que la recepción fue escasa en líneas generales. Esta conclusión no se deriva necesariamente de la anterior, puesto que el hecho de no haber traducciones no siempre es suficientemente indicativo. Como ha escrito Gabriel Zaid, “una cosa es la importancia de ciertos libros y autores, otra su renombre, otra la venta efectiva de ejemplares, otra la lectura de los mismos, otra la asimilación y difusión del contenido, otra los nexos causales entre los fenómenos anteriores (importancia, renombre, venta, lectura, asimilación, difusión) y los hechos observables en el comportamiento social”⁶⁹. Esta apreciación, que Zaid realizaba en relación con el mercado del libro, vale también para nuestro objeto. En efecto, la transferencia de las ideas puede producirse mediante numerosos cauces: además de las traducciones, es necesario tener en cuenta si ha habido viajes de estudio, contactos directos o exégesis del autor no apoyadas en traducciones directas.

⁶⁷ F. RANIERI, “Savignys Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft”, en *Ius Commune. Veröffentlichungen des MPIeR*, vol. VIII, 1979, pp. 192-219.

⁶⁸ C. VON SAVIGNY, *The History of the Roman Law during The Middle Ages*, transl. by E. Cathcart, printed for Adam Black, Edinburgh, 1829; F. C. VON SAVIGNY, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, transl. by A. Hayward, Littlewood and Co., London, 1831; F. K. VON SAVIGNY, *Von Savignys Treatise on Possession. Or the Jus Possessionis of the Civil Law*, transl. by E. Perry, R. Sweet, London, 1848; F. C. VON SAVIGNY, *System of the Modern Roman Law*, transl. by W. Holloway, J. Higginbotham Publishers, Madras, 1867.

⁶⁹ G. ZAID, *Los demasiados libros*, De Bolsillo, México, 2010, p. 51.

En este sentido, podría afirmarse que la influencia de Savigny en Rusia fue muy relevante –pese a la relativa escasez de traducciones– ya que muchos estudiantes rusos fueron enviados a estudiar a Alemania bajo la dirección de Savigny o en la órbita de su escuela, y fueron activos en la transferencia de su pensamiento al regresar a su país de procedencia⁷⁰. Lo mismo podría decirse de la recepción de Savigny en los países nórdicos, donde no se hizo ni una sola traducción directa y donde, sin embargo, sus ideas fueron bien conocidas y difundidas⁷¹.

En el caso español, la tardanza y la carencia de las traducciones se concitó con un clima de cierta animosidad a las ideas de Savigny, provocado fundamentalmente por dos razones.

El primer motivo reside en el hecho de que los krausistas limitaron la recepción del pensamiento alemán a las obras de Krause, Ahrens o Röder –los tres paladines del krausismo– y, después del giro “krausopositivista”, a las de Jhering, Georg Jellinek o Anton Menger, entre algunos otros. De hecho, el historiador del derecho Rafael Gibert ha llegado a decir que la introducción de Jhering eclipsó la “beneficiosa” influencia que pudieran haber tenido las ideas de Savigny para el desarrollo de una dogmática jurídica más elegante y sofisticada que la cultivada en España a mediados del siglo XIX, muy dependiente aún del modelo legalista francés⁷². Creo que la apreciación es certera, pero con la salvedad de que tampoco el pensamiento de Jhering tuvo una gran repercusión: pese a la relativa abundancia de traducciones de éste, lo cierto es que fueron tardías y que su obra se leyó desde un prisma peculiar que quiso hacerle coincidir con Krause, arrebatándole así buena parte de su originalidad.

La segunda razón por la que el pensamiento de Savigny se topó con obstáculos en España tiene que ver con el neotomismo, que seguía dominando entre los juristas y que, pese a algunos intentos de conciliación como

⁷⁰ M. AVENARIUS, *Rezeption des römischen Rechts in Rußland*. Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Isif Pokrovskij, Wallstein, Göttingen, 2004, pp. 19-20 ss.

⁷¹ C. PETERSON, “Der Kampf um ein schwedisches Zivilgesetzbuch im 19 Jh. Ein schwedischer Kodifikationsstreit?”, en C. PETERSON (ed.), *Die Kodifikation und die Juristen*, Institutet för Rättshistorisk Forskning, Stockholm, 2008, pp. 209-235; M. SANDSTRÖM, “Was wir thun sollen wo keine Gesetzbücher sind: Zur Bedeutung des Nichtvorhandenseins”, en C. PETERSON (ed.), *Die Kodifikation und die Juristen*, cit., pp. 237-265.

⁷² R. GIBERT, “Jhering en España”, en F. WIEACKER y C. WOLLSCHLÄGER (eds.), *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, pp. 41-67, especialmente 41-47.

el de Durán y Bas, propició una cierta indiferencia respecto a las ideas del jurista alemán. Los clásicos jurídicos de referencia eran Francisco Suárez, Francisco de Vitoria o el propio Tomás de Aquino, todos ellos iusnaturalistas, que sólo podrían acoplarse con el historicismo de Savigny a través de difíciles retruécanos. Si además echamos un vistazo a la fecha de las traducciones, nos daremos cuenta de que un escrito tan central como *De la vocación de nuestro siglo* fue publicado en castellano sólo en 1894, es decir, cinco años después de entrar en vigor el código civil. En este sentido, la soflama anticodificadora de Savigny llegó a España en el peor momento posible y puede decirse que, en general, su papel fue ínfimo como revulsivo contra la legislación.

Quedaría por hacer una última apreciación respecto a los rasgos generales de la recepción de Savigny. Como ya hemos anunciado, el lecho sobre el que se asumió su pensamiento fue el historicismo: sus ideas fueron vistas como apoyo para defender la supervivencia de los derechos forales junto al código unitario. Lo que ocurre es que, en realidad, el historicismo ya había calado en España por otras fuentes y, por lo tanto, Savigny sirvió para apuntalar convicciones previas, no para convertirse en abanderado de un nuevo paradigma. En mi opinión, la anterioridad de una concepción historicista puede ser atestiguada desde dos frentes:

Para empezar, en el plano legal, en la elaboración de la Constitución de 1812 hallamos ya rastros de esta idea. En efecto, en el discurso supuestamente redactado por Agustín de Argüelles con motivo de su aprobación, puede detectarse una argumentación historicista bastante sólida. En líneas generales, Argüelles pretendía disfrazar todas las novedades introducidas por la Constitución como una simple actualización de leyes ya existentes en los fueros de Aragón, Castilla o Navarra. La estrategia era engañosa, pero inteligente, porque la radicalidad de principios como la soberanía nacional, la separación de poderes o la libertad de prensa no habría sido aceptada de otro modo por la aristocracia y la monarquía: “cuando la Comisión dice que en su proyecto no hay nada nuevo, dice una verdad incontrastable, porque realmente no lo hay en la sustancia. Los españoles fueron en tiempo de los godos una Nación libre e independiente”⁷³. Y en un guiño al concepto de

⁷³ A. DE ARGÜELLES, “Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella”, en *La Constitución de 1812. Edición conmemorativa del segundo centenario*, introd. de Luis López Guerra, Tecnos, Madrid, 2012, p. 48.

“espíritu general de la nación” de Montesquieu⁷⁴, continuaba: “convencida por tanto del objeto de su grave encargo, de la opinión general de la Nación, del interés común de los pueblos, procuró penetrarse profundamente, no del tenor de las citadas leyes, sino de su índole y espíritu”⁷⁵. Una retórica que, lejos de provenir de Savigny, bebía de las nociones de *indoles populi*, *ingenium populi* o *animus populi*, acuñadas ya durante el iusnaturalismo racionalista⁷⁶.

Con esto llegaríamos al segundo motivo por el que creo que el historicismo ya había calado en España antes de la importación de Savigny. En efecto, a través de la herencia de determinadas vetas del pensamiento ilustrado, la concepción historicista se había deslizado en algunos intelectuales tan representativos de la política española del siglo XVIII como el conde de Campomanes, Gaspar de Jovellanos o Francisco Martínez Marina, quien ya daría entrada a las preocupaciones propias del siglo XIX. Aunque en todos estos autores la noción de historicidad no está tan sublimada como ocurrirá a lo largo del siglo XIX, ya existen muchos de los trazos que después permitirán la entrada de Savigny en la cultura jurídica española. Especialmente, la idea de que el derecho no es sino un precipitado más de la historia de cada pueblo y la convicción de que el legislador debe adecuarse a los condicionantes que ésta le ofrece⁷⁷. A continuación veremos cómo esto se tradujo en algunos autores en particular.

4.2. Interpretaciones de Savigny: el nacionalismo catalán

Como ya se ha dicho, fue al hilo del nacionalismo catalán como surgió en España el interés hacia Savigny. Ahora bien, el nacionalismo catalán ha pasado por varias etapas en su historia. Desde el provincialismo fomentado por la monarquía de los Borbones y los decretos de nueva planta, hasta vindicaciones de corte regionalista, para llegar por fin al independentismo⁷⁸.

⁷⁴ B. DE MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* [1748], trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, introd. de Enrique Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1998, p. 205.

⁷⁵ A. DE ARGÜELLES, “Discurso preliminar”, cit., p. 49.

⁷⁶ J. SCHRÖDER, “Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre”, en T. FINKENAUER, C. PETERSON y M. STOLLEIS (eds.), *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976-2009*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 221-258, especialmente 222-232.

⁷⁷ R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *El historicismo jurídico en España (1700-1850)*, Tesis Doctoral, Madrid, 1955, pp. 59 ss., 99 ss. y 143 ss.

⁷⁸ E. PRAT DE LA RIBA, *La nacionalidad catalana/La nacionalitat catalana*, trad. de A. Royo Villanueva, introd. de J. Tusell, Biblioteca Nueva, Madrid, 1998, pp. 43-53.

En todo caso, lo que nos interesa subrayar de esta compleja problemática es que el derecho ha desempeñado un papel fundamental en todas las fases. En buena medida, esto se explica por el hecho de que los mencionados decretos de nueva planta sólo derogaron el derecho público de los diversos reinos que integraban la corona española durante la monarquía de los Habsburgo, pero preservaron casi todas las especificidades que afectan al derecho civil. Lo mismo puede decirse de la jurisdicción del Consulado del Mar -una de las primeras instituciones de derecho mercantil de la historia, surgida durante la hegemonía aragonesa en el Mediterráneo- cuya autoridad fue respetada por los decretos de nueva planta. De ahí se deriva que los nacionalismos se hayan apoyado en el derecho privado como factor de diferenciación y sostén de sus pretensiones.

La apreciación anterior explica por qué el nacionalismo catalán floreció durante el siglo XIX tan estrechamente ligado a consideraciones jurídicas y, por otra parte, sirve para contextualizar las preocupaciones de Manuel Durán y Bas por el derecho mercantil a las que se ha aludido en anteriores secciones de este artículo. De hecho, pese a que la génesis de la mentalidad historicista en Cataluña es larga y compleja⁷⁹, podría decirse que la primera figura destacable de la escuela iushistoricista catalana fue Ramón Martí de Eixalá, especialista en derecho mercantil y maestro de Durán y Bas⁸⁰.

En todo caso, la preeminencia del derecho en el proceso de construcción nacional catalán se percibe en su justa medida si acudimos a la obra de un autor que trasciende el ámbito jurídico y que entra de lleno en la historia política de España: Enric Prat de la Riba (1807-1917). Si tomamos la obra cumbre de Prat de la Riba, *La nacionalitat catalana*, encontraremos en sus páginas múltiples alusiones al derecho como elemento sustancial de la identidad nacional: “fue abriéndose camino el amor a la lengua catalana, el estudio de la historia propia, la adhesión al derecho civil”⁸¹.

A continuación, después de seguir proclamando la divergencia político-cultural de Cataluña y el resto de España, criticaba Prat la idea de “la armonía de la unidad y la variedad”. En su opinión, ese argumento no era suficiente para mantener a la nación catalana constreñida por los límites del Estado

⁷⁹ M. FIGUERAS, “Notas sobre la introducción de la Escuela histórica”, cit., pp. 377-384.

⁸⁰ R. MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de derecho mercantil de España*, Librería de Tomás Gorchs, Barcelona, 1848. A partir de la cuarta edición fue Manuel Durán y Bas quien se encargó de actualizarla.

⁸¹ E. PRAT DE LA RIBA, *La nacionalidad catalana*, cit., p. 48.

español: “el principio de la variedad en la unidad no nos dirá, por ejemplo, si ha de haber una sola ley civil en todo el Estado, ni, admitiendo excepciones, nos enseñará qué materias ha de reservarse la ley común y cuáles la ley foral, ni si ésta ha de comprender tal o cual territorio”. Por último, una vez descartado dicho argumento para sostener la sujeción política de Cataluña, Prat sostenía que el nuevo fundamento organicista de la ciencia decimonónica ofrecía al pueblo catalán mejores razones para sacudirse el yugo de la opresión. Aquí es donde hallamos la primera alusión a la escuela histórica, pero todavía junto con las del krausismo y el positivismo⁸².

Según Prat, el momento álgido de la conciencia nacional catalana fue el del romanticismo, cuando las grises consideraciones político-constitucionales se empezaron a trenzar con el poso sentimental de la catalanidad. En esa dualidad entre lo jurídico y lo cultural, entre el derecho y la vida, es donde estaba, para Prat, la explicación de que los juristas catalanes abrazaran la doctrina de la escuela histórica: “al defender el derecho catalán, había que estudiar y defender el derecho romano que lo integra, y la consideración e investigación de la obra jurídica de aquel gran pueblo, llevó a nuestros jurisconsultos insensiblemente, naturalmente, suavemente, a la escuela histórica de los romanistas alemanes, a la famosa escuela histórica [...]. Al calor de esta escuela, en la forma característica catalana que recibió de Permanyer y Tuyets y Durán y Bas, se hizo nuestra educación jurídica. Nos hablaban del derecho como de una cosa viva, que va produciendo la conciencia nacional, espontáneamente, por una evolución constante; nos decían que el derecho como la lengua, son manifestaciones del mismo espíritu nacional [...]. Cataluña, pues, tenía ese espíritu nacional misterioso que al correr de los siglos va engendrando y renovando el derecho y la lengua”⁸³.

Y por fin, citando expresamente a Savigny, se refería de esta forma a la importancia de la doctrina alemana: “la escuela histórica, presentida por Cuyás y Vico y fundada por Hugo, Niebuhr y Savigny, fue la reacción del derecho vivo de los germánicos contra la invasión de una legislación extranjera, la francesa, que llamaba a las puertas de todas las naciones como la portadora de la justicia universal y absoluta, del derecho abstracto [...]. El derecho es un fruto de la conciencia del pueblo, que lo hace a su semejanza y según sus necesidades [...]. La nacionalidad es, pues, también *un criterio* o

⁸² E. PRAT DE LA RIBA, *La nacionalidad catalana*, cit., pp. 48-49.

⁸³ E. PRAT DE LA RIBA, *La nacionalidad catalana*, cit., pp. 59-60.

sentimiento jurídico original"⁸⁴. Nótese que las cursivas son del propio Prat, que subrayaba así la importancia de sumar el factor jurídico-sentimental a la explicación de la nacionalidad en términos de lengua o de cultura.

Ahora bien, una vez constatado el peso que indudablemente tuvo Savigny como símbolo para justificar la voluntad de independencia de Cataluña, conviene preguntarse hasta qué punto se hizo una lectura fiel o adecuada de su pensamiento. En este sentido, tengo la sensación de que, al igual que ocurrió con el krausismo, las obras de Savigny y sus discípulos se conocían sólo de manera superficial, más por oídas que por una lectura atenta de las mismas. Desde este punto de vista, el servicio que prestó Savigny fue el de otorgar un revestimiento científico a ideas que ya existían tiempo atrás en la mentalidad de los juristas catalanes. Así es como se ha pronunciado, entre otros, Joaquín de Camps y Arboix: "Durán y Bas salvó esta situación [de sumisión] con un verdadero prodigio, amparándose en una doctrina entonces en boga y con prestigio universal, como la escuela histórica, para cubrir el derecho catalán con una vestidura científica y con el pararrayos del historicismo". Y así, continuaba Camps, "por obra y gracia de Durán el derecho catalán pudo redimirse del complejo de inferioridad que le afligía, mitigar el pesimismo de algunos ilustres juristas catalanes y enfrentarse con la petulancia y el desdén de los uniformistas irreductibles"⁸⁵.

En suma, lo que tomó la escuela jurídica catalana de Savigny fue la mentalidad historicista. Una mentalidad que, por otra parte, no era ni mucho menos patrimonio del jurista alemán, sino más bien un atributo que encontramos desperdigado en numerosas manifestaciones de la ciencia y la cultura decimonónicas. De la vertiente de Savigny como dogmático del derecho, como padre de la jurisprudencia de conceptos o como historiador, apenas podemos rastrear influencia en Cataluña. Pero es que, además, ni siquiera el historicismo por el que optan los juristas catalanes se correspondía en sentido estricto con el de Savigny⁸⁶. De hecho, debido a la vinculación entre el nacionalismo catalán y el tradicionalismo católico que seguía dominando en toda la península ibérica, enseguida surgieron críticas a la concepción de que el derecho fuera pura contingencia determinada por los avatares de la historia. Así se explica la recriminación que hizo el filósofo catalán Francesc

⁸⁴ E. PRAT DE LA RIBA, *La nacionalidad catalana*, cit., pp. 84-85.

⁸⁵ J. DE CAMPS Y ARBOIX, *Durán y Bas*, Aedos, Barcelona, 1961, pp. 111 y 115.

⁸⁶ J. VALLET DE GOYTISOLO, "Cotejo con la escuela histórica de Savigny", *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 78, 1979, pp. 591-639; núm. 79, 1980, pp. 7-48.

Pujols a Enric Prat de la Riba, a causa de la admiración que este último sentía por Savigny: “a pesar de las discrepancias que Prat de la Riba hizo constar, pertenece de lleno a la escuela de Savigny, que es una escuela fresca como una rosa que, con sus encantos y perfumes, duerme y anestesia la potencia generalizadora de quienes la escuchan demasiado”⁸⁷.

Esa “potencia generalizadora” se refería, en última instancia, a la pérdida de la idea de universalidad y generalidad que sí ofrecían las corrientes del derecho natural. En este sentido, no es casualidad que la crítica más acerba al historicismo proviniera de un presbítero católico, Enrique Plá y Deniel: partidario de mantener el derecho foral –sólo que por razones tradicionalistas y no nacionalistas⁸⁸– apreciaba mucho la contribución de la escuela histórica a la causa del fuerismo, pero a la vez denunciaba el olvido del derecho natural en que incurría: “¿qué ha hecho la escuela histórica? Ha excitado a los pueblos a estudiar y recordar sus tradiciones y respetar sus costumbres. En esto es digna de toda loa. Pero ha concedido demasiada independencia a la costumbre respecto de la autoridad social erigida por la misma naturaleza y ha quitado la base sólida a todo derecho, aun al consuetudinario y tradicional, negando el derecho natural y prescindiendo de él y admitiendo que pueda haber verdadero derecho en oposición a la norma eterna de la moral. El virus ponzoñoso de estos principios debe ser absolutamente rechazado”⁸⁹. Dicho esto, sin embargo, Plá salvaba a algunos miembros de la escuela catalana, porque en su opinión no habían sacrificado el orden natural a una resignada sumisión a la historia. Éste era el caso, según él, de Durán y Bas.

Con esto llegamos a un punto central para comprender la recepción de Savigny en Cataluña: la conciliación entre historicismo y tradicionalismo, y entre historicismo y catolicismo. En Durán y Bas confluían todas esas vertientes de manera armónica. Para empezar, la ideología tradicionalista era proclive a la salvaguarda de las costumbres locales por amor a la conservación del pasado, por razones similares a las que esgrimió Edmund Burke para oponerse a la reforma del *common law* inglés: es mejor mantener el *statu quo* que lanzarse en brazos de un futuro que no sabemos cómo va a ser, aferrarnos a las tradiciones cuya eficacia ya ha sido probada por la historia y evitar

⁸⁷ F. PUJOLS, *Concepte general de la ciència catalana* [1918], pról. de Artur Bladé i Desumvila, Pòrtic, Barcelona, 1982, pp. 285-286.

⁸⁸ J. PABÓN, *Cambó*, vol. 1, Alpha, Barcelona, 1952, pp. 98 ss: “el tradicionalismo, religioso-filosófico, jurídico o social, se transforma con los años en regionalismo o nacionalismo catalán”.

⁸⁹ E. PLÁ Y DENIEL, “Crítica de la Escuela histórica según los principios de Santo Tomás sobre la mutabilidad de las leyes”, *Revista jurídica de Cataluña*, núm. VI, 1900, pp. 225 ss.

a legisladores iluminados que pretendan dictaminar el porvenir mediante escuadra y cartabón. De ahí la elocuente arenga de Francesc Permanyer, a quien Durán invocaba como emblema de su credo historicista: “la escuela histórica en nuestra España no está exclusivamente representada por la tendencia a conservar los fueros provinciales; la escuela histórica en España, lo mismo que en los demás países cultos y civilizados, lo es por su tendencia a conservar el derecho existente y tradicional, por su repugnancia a reformarle y modificarle cuando no exige la reforma una necesidad imperiosa y ya irresistible, por su tendencia a revisar y reconstituir el derecho, pero en lo posible con elementos viejos, con elementos ya sancionados por la tradición, ya consagrados por la experiencia y encarnados en la conciencia y en el sentimiento del país que es, como todos sabemos, la verdadera y única fuente del derecho constituido”⁹⁰.

Pero la armonización entre tradicionalismo e historicismo no es idéntica a la de historicismo y catolicismo. Aquí es donde emerge la figura de Durán y Bas, que logró acompasar la idea del devenir orgánico del derecho con el respeto a la doctrina clásica del derecho natural. Hasta tal punto fue así que, según Gil Cremades, Durán llevó a cabo una “espiritualización” cristiana de la escuela histórica⁹¹. Éste es un aspecto en el que coincidieron las tres tradiciones jurídicas del XIX español (krausismo, historicismo y neotomismo): cada una de ellas, aunque por distintas razones, tendió a ver en Savigny un peligro de vaciamiento moral. Por eso los krausistas le criticaron en clave idealista –como también hicieron con el positivismo–, y por eso Durán se resistió a asumir su doctrina de forma mecánica, no sin antes conjugarla con las creencias católico-tomistas que animaban su pensamiento⁹². Así deben entenderse las palabras que escribió como prólogo al *Sistema del derecho romano actual*: “Reconoce, pues, Savigny, primero, que hay en el derecho positivo un elemento de carácter absoluto, un principio de naturaleza ética, y, por lo mismo, independiente de los tiempos y lugares, que es el vínculo común a todas las legislaciones civiles, porque es el fin general que todas deben realizar; y segundo que en las legislaciones de los pueblos modernos este elemento es el principio cristiano, la ley moral del hombre como el Cristianismo la enseña [...]. Este elemento, que es el derecho natural como cada época lo compren-

⁹⁰ F. PERMANYER, “Discurso pronunciado en el Congreso” [1861], citado en M. DURÁN Y BAS, “La escuela jurídica catalana”, en *Escritos jurídicos*, cit., p. 367.

⁹¹ J. J. GIL CREMADES, *El reformismo español*, cit., p. 126.

⁹² A.-E. PÉREZ LUÑO, “Experiencia histórica y experiencia jurídica”, cit., pp. 291 ss.

de, tiende siempre a penetrar en todas las legislaciones; en el progreso de su concepto rompe a veces los antiguos moldes jurídicos, y se los asimila otras veces, conservando algunas de sus primitivas formas; y él es el que representa en el derecho positivo el principio de la universalidad”⁹³.

La interpretación es forzada, porque el pasaje de Savigny al que se remite Durán (§15 del *Sistema del derecho romano actual*) no se condice con lo anterior. Es verdad que Savigny se refiere en él al cristianismo, pero no de la forma en que pretende Durán. Para empezar, el autor alemán no habla de un elemento “absoluto” en el derecho, sino de uno “general”: “[en el derecho popular] nos encontramos con un elemento dual: uno individual, que pertenece de forma especial a cada pueblo, y uno general, que se basa en lo que es común a la naturaleza humana”⁹⁴. La diferencia es sustancial, ya que la alusión a la generalidad no hace sino emparentar el propósito de Savigny con las teorías generales del derecho que surgieron tras la crisis del derecho natural⁹⁵, mientras que la idea de lo absoluto sigue decididamente anclada en la tradición iusnaturalista. Por eso, la remisión al cristianismo de Savigny es mucho más secundaria de lo que le gustaría a Durán: “esa misión general de todo derecho se puede ahora reconducir fácilmente a la determinación moral de la naturaleza humana, tal y como ésta es representada en la concepción del mundo cristiana; porque el cristianismo no debe verse sólo como una regla para la vida, sino que éste ha transformado el mundo de facto, de modo que todas nuestras ideas, por muy extrañas e incluso hostiles que nos puedan parecer respecto a éste, están en cambio regidas e impregnadas por él”⁹⁶.

Creo que, con independencia de la fe de Savigny, la alusión al cristianismo de este fragmento está impregnada de un prisma historicista que lo aleja por completo de Durán: la importancia de esta religión estribaría en el hecho de ser una cosmovisión que ha determinado nuestro mundo en tanto que acontecimiento histórico revolucionario y esencial para la civilización occidental, no en su validez atemporal. Y es que, pese a que muchas veces se han

⁹³ M. DURÁN Y BAS, “Prólogo”, en M. F. C. de SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, ed. de J. L. Monereo, Comares, Granada, 2005, pp. LXI y LXIII.

⁹⁴ F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Veit, vol. I, Berlin, 1840, p. 52.

⁹⁵ F. GONZÁLEZ VICÉN, “El positivismo en la filosofía del derecho contemporánea”, en *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 61-83; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche (I). Il concetto del diritto*, 4ª ed., Milano, 1992, pp. 66 ss.

⁹⁶ F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., pp. 53-54.

puesto de manifiesto las abundantes continuidades entre la teoría del derecho natural y la escuela histórica⁹⁷, me parece que esta última se encuentra en un horizonte de ideas sustancialmente distinto. Por muchos rasgos que compartan, las cesuras son más definitivas que los vínculos.

4.3. Interpretaciones de Savigny: fuerismo y regionalismo

Hasta ahora se han expuesto las características principales de la introducción de Savigny en Cataluña. Sin embargo, pueden detectarse algunos focos más de recepción. Aunque menos significativos, conviene dar cuenta de ellos para tener un mapa completo de su traslación a España.

En primer lugar, podemos aludir a su posible influencia en el fuerismo vasco. Se trata de una importación exigua en comparación con la catalana y apenas detectable en los juristas, ya que el fuerismo vasco tuvo otras fuentes⁹⁸. No obstante, merece la pena destacarla porque Miguel de Unamuno sí adoptó la idea de *Volksgeist* –expresión que, paradójicamente, no empleaba el propio Savigny–. Ejemplos de ello los encontramos ya en 1887, teniendo Unamuno veintitrés años, en el libro *La raza vasca y el vascuence*: “Aquí todos somos fueristas por sentimiento, por raciocinio lo son pocos; todos hablan del fuero, y es caso frecuentísimo dar con quien no le ha leído. El espíritu del fuero es el espíritu de todo pueblo no contaminado con enredos especulativos, es la inspiración de la naturaleza”⁹⁹. Con el paso de los años, Unamuno abandonaría el vasquismo para abrazar el internacionalismo y, por otra parte, elegiría la nación española como referente de su identidad. Sin embargo, conservó el aparato filosófico anterior e instrumentó la noción de *Volksgeist* para hablar de España en *En torno al casticismo*: “cuando se afirma que en el espíritu colectivo de un pueblo, en el *Volksgeist*, hay algo más que la suma de los caracteres comunes a los espíritus individuales que le integran [...], se afirma la existencia de un nimbo colectivo, de una hondura del alma común

⁹⁷ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, C. H. Beck, München-Berlin, 1966, pp. 275 ss.

⁹⁸ Queda fuera del objeto de este artículo sumergirnos en la complejidad del fuerismo vasco-navarro. No obstante, conviene advertir que se trata de movimientos plurales y heterogéneos que van mucho más allá de la clásica, interesada y falaz apelación a Sabino Arana. Vid. J. I. LACASTA-ZABALZA, “Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 2, 1999.

⁹⁹ M. DE UNAMUNO, *La raza vasca y el vascuence* [1887], Espasa-Calpe, Madrid, 1974, p. 77.

en que viven y obran todos los sentimientos, deseos y aspiraciones que no concuerdan en forma definida, que no hay pensamiento alguno individual que no repercuta en todos los demás, aun en sus contrarios, que hay una verdadera subconciencia popular”¹⁰⁰.

En cierto modo, el concepto de *Volksgeist* le sirve a Unamuno como refrendo de su noción de “intrahistoria”, la idea que atraviesa toda la obra citada y que se convertiría en buque insignia de su teoría filosófica. Se ha discutido mucho acerca de la fuente de donde Unamuno extrajo el concepto de *Volksgeist*. Es verdad que, como tal, proviene de una obra póstuma de Hegel y que en Savigny nunca la encontramos como tal¹⁰¹. Sin embargo, es bastante posible que el español conociera la obra de éste y la suscribiese de forma por lo menos intuitiva, sobre todo si tenemos en cuenta que sí había leído a Jhering, al que citó en alguna ocasión¹⁰². Por otra parte, es seguro que la idea del *Volksgeist* tuvo éxito entre los autores pertenecientes a la generación del 98, en la línea de cuanto ya se dijo respecto al nacionalismo español que surgió tras la crisis de final de siglo: si había que resucitar al país, habría que hacerlo desde la base psicológico-cultural de la nación y no mediante una abstracta planificación legal. Así puede leerse la siguiente frase de Ganivet, con quien Unamuno tenía una buena relación: “por muy rectos que sean los jueces y por muy claros que sean los códigos, no hay medio de que un juez se abstraiga por completo de la sociedad en que vive, ni es posible impedir que por entre los preceptos de la ley se infiltre el espíritu del pueblo a quien se aplica; y ese espíritu, con labor sorda, invisible y, por tanto, inevitable, concluye por destruir el sentido que las leyes tenían en su origen”¹⁰³.

También debe entenderse en clave nacional-regionalista la influencia de Savigny en Joaquín Costa. En Costa confluye la doble dimensión local-nacional que veíamos en Unamuno: por un lado, Costa fue un activo defensor del derecho foral aragonés¹⁰⁴, al que percibía como garantía de libertad frente a las imposiciones del poder central y que, por otra parte, ya desde la elaboración de la Constitución de Cádiz era considerado como uno de los más libera-

¹⁰⁰ M. DE UNAMUNO, *En torno al casticismo*, cit., p. 264.

¹⁰¹ H. KANTOROWICZ, “*Volksgeist* und historische Rechtsschule”, *Historische Zeitschrift*, núm. 108, 1912, pp. 295-325, especialmente 300.

¹⁰² J. J. GIL CREMADES, “Unamuno y la negación religiosa de la política”, en *Krausistas y liberales*, cit., pp. 265-302, especialmente 276 ss.

¹⁰³ Á. GANIVET, *Idearium español*, cit., pp. 58-59.

¹⁰⁴ J. COSTA, *La libertad civil y el congreso de juriconsultos aragoneses* [1883], Guara Editorial, Zaragoza, 1981.

les. Por otro lado, en cambio, Costa fue uno de los autores más fecundos del regeneracionismo español. Además, pronto se convirtió en un símbolo de la crítica a la Restauración por su *Oligarquía y caciquismo*. En cualquiera de estas tres facetas, puede palpase la presencia del historicismo: como defensor del derecho foral, en su apología del derecho aragonés frente a la uniformidad que se quería imponer por vía legislativa; como nacionalista español, en su loa de las costumbres tradicionales y su vindicación de figuras legendarias como el Cid Campeador, así como en su libro sobre la política y la poesía popular, un ensayo que se asemejaba en su propósito a la orientación jurídico-literaria de Jacob Grimm en Alemania. Como crítico de la Restauración, en fin, el historicismo se percibe en su inclinación socio-jurídica. En todas estas vertientes, además, constatamos en Costa una alta valoración del derecho consuetudinario, asunto al que también se dedicó de forma expresa¹⁰⁵. El historicismo de Costa estaba influido por Savigny, porque lo menciona positivamente con frecuencia, pero siempre queda la duda de hasta qué punto lo había leído directamente. Creo que, como en el caso catalán, la presencia de Savigny era más bien capilar.

El último foco de recepción de Savigny tiene que ver con el célebre historiador del derecho Eduardo de Hinojosa, que probablemente fue el más importante propulsor de dicha disciplina en la España de finales del XIX y principios del XX, además de un renovador de los estudios histórico-jurídicos en un sentido que trasciende con mucho a su propia época. Hinojosa nació en 1852 y, en 1878, realizó una estancia de investigación en Alemania que sería esencial para su carrera. Como fruto de la misma publicó una *Historia del derecho romano según las más recientes investigaciones*¹⁰⁶, en la que se refleja con bastante claridad la influencia de Savigny y de su escuela. Sin embargo, el escrito que le ha hecho pasar a los anales, y que da cuenta de una repercusión del historicismo más allá de la mera exégesis de obras ajenas, es *El elemento germánico en el derecho español*¹⁰⁷. Se trata de un texto casi programático con el que marcó toda una senda de estudios que, desde entonces, tratarían de

¹⁰⁵ J. COSTA, "El programa político del Cid Campeador" [1885], en *Oligarquía y caciquismo*, cit., pp. 172-174; J. COSTA, *Introducción a un tratado de política sacado textualmente de los refraneros, romances y gestas de la península*, Fernando Fé, Madrid, 1888; J. COSTA, *La vida del derecho. Ensayo sobre el derecho consuetudinario* [1873], Guara Editorial, Zaragoza, 1982.

¹⁰⁶ E. DE HINOJOSA, *Historia del derecho romano según las más recientes investigaciones*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880.

¹⁰⁷ E. DE HINOJOSA, *El elemento germánico en el derecho español*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1915.

escudriñar las fuentes germánicas del derecho español; fuentes que, debido a la tendencia casi exclusivamente romanista de la historia del derecho española hasta aquel entonces, habían sido postergadas. Además, esta obra y el espíritu general de su visión del derecho se fortalecerían gracias a la fundación del Centro de estudios históricos, abierto en Madrid en 1910 al amparo de la Institución Libre de Enseñanza.

La fundación del Centro de estudios históricos es importante, porque pronto se convertiría en una institución de referencia para el estudio de la historia jurídica de España, lo que incluso ha dado pie para hablar de una “escuela histórica madrileña”, formada por Hinojosa y por el más destacado de sus discípulos, Claudio Sánchez Albornoz¹⁰⁸. Al hilo del Centro se fundaría una de las revistas más importantes todavía hoy, el *Anuario de historia del derecho español*, y también en el Centro se empezaría a trabajar en la recopilación de los *Monumenta Hispaniae Historica*, emulando el modelo alemán de los *Monumenta Germaniae*. En todo caso, más allá de éstas y otras relevantes contribuciones de la escuela, lo que nos interesa recalcar de este proyecto es que estaba movilizado por la idea motriz de forjar una nación: sólo mediante el fortalecimiento de la conciencia histórica del pueblo español podría plantearse una regeneración del país; sólo así podría encontrarse el caldo de cultivo con el que reinventar de nuevo España¹⁰⁹. Lamentablemente, este propósito, marcado todavía por el espíritu de la Institución Libre de Enseñanza y los principios liberal-democráticos de la Segunda República –Sánchez Albornoz llegó a ser Ministro de la misma durante 1933 y Presidente del Consejo de ministros de la República en el exilio– quedaría cercenado por el advenimiento de la guerra civil y el subsiguiente nacionalcatolicismo promovido durante el franquismo: en cierto modo, se regresaba así al historicismo tradicionalista cultivado en el XIX por los representantes del conservadurismo neotomista.

5. ECOS CONTEMPORÁNEOS DE SAVIGNY: DE LA CRÍTICA A LA REHABILITACIÓN

Hasta aquí se han expuesto los grandes trazos de la recepción de Savigny a finales del siglo XIX y principios del XX. La pregunta que cabe hacerse aho-

¹⁰⁸ J. M. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La escuela histórica del derecho madrileña. Eduardo e Hinojosa y Claudio Sánchez Albornoz”, en *Cuadernos de historia de España*, núm. 81, 2007, pp. 165-180.

¹⁰⁹ J. M. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La escuela histórica del derecho madrileña”, cit., pp. 178-180.

ra, a modo de conclusión, sería: ¿qué queda de todo ello en la actualidad? La primera reflexión que hemos de hacer tiene que ver con la crítica a la que fue sometido Savigny desde las filas del krausismo. En efecto, como ya se ha dicho, los krausistas no vieron con buenos ojos la filosofía implícita del jurista alemán, a la que censuraban por su falta de idealismo y, por otra parte, por su carácter conservador. Es así como puede interpretarse la crítica que hizo Adolfo Posada en el prólogo que redactó como póstumo a su traducción de *La vocación de nuestro siglo*: “en los principios de la escuela histórica pueden encontrar [...] todos los *quietismos* políticos imaginables, todas las paralizaciones intencionadas del progreso, todas las oposiciones contra las reformas más necesarias y hasta los *autoritarismos* absolutistas. Por otra parte, una concepción de la historia humana, según los principios de la escuela histórica, no puede considerarse como la fórmula más exacta de la historia real y positiva. En efecto, lo que se llama el derecho no se ha formado sólo *orgánicamente*, y en pacífica evolución. La lucha (desgraciadamente) ha sido siempre una de las formas empleadas por la humanidad para hacer imperar lo que por derecho ha querido entender [...]. Quien quiera ver admirablemente expuestos estos y otros reparos de índole análoga contra la escuela histórica, que lea el precioso opúsculo del maestro Jhering acerca de *La lucha por el derecho*”¹¹⁰.

Esta crítica, liberal-reformista desde el prisma político, y krausopositivista desde el prisma científico, será la que encontremos en la mayoría de los intelectuales liberales krausistas o cercanos al krausismo de fines del XIX y la primera mitad de XX, todos ellos impugnadores de ese historicismo tradicionalista que veían en la obra de Savigny. Durante la etapa de la dictadura, atrincherada como estaba en la ideología nacionalcatolicista y reacia a admitir cualquier atisbo de nacionalismo que no fuera el español, apenas se prestaría atención a Savigny o a la escuela histórica, con la honrosa salvedad de los escritos de Felipe González Vicén, que dedicó muchas y muy brillantes páginas a escribir sobre la escuela histórica, Rudolf von Jhering, Otto von Gierke o la génesis del positivismo jurídico. Algo que, en aquella España dominada por el asfixiante dogma del iusnaturalismo católico, equivalía a un benéfico soplo de aire fresco¹¹¹. Tras el fin de la dictadura, se pudo

¹¹⁰ A. G. POSADA, “Prólogo”, en F. DE SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, Comares, Granada, 2008, p. 7.

¹¹¹ F. GONZÁLEZ VICÉN, *El positivismo en la filosofía del derecho contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950; “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VIII, 1961, pp. 47-75; “Sobre el positivismo jurídico”, en *Homenaje al Profesor Giménez Fernández*, vol. II,

llevar a cabo la rehabilitación del pensamiento krausista, ya que éste había sido el primero en ser sepultado y el que más tardó en recuperarse¹¹². Y con ello, probablemente, se volvió a asentar la percepción negativa de Savigny predominante entre los krausistas.

Ha sido sólo a partir del cambio de milenio cuando han empezado a aparecer obras, escritos y reediciones que nos permitirían hablar de una rehabilitación de Savigny en España. Una de estas contribuciones, quizá la más curiosa e interesante en función del relato precedente, es la de Ignacio Lacasta-Zabalza, que en 1998 publicó un artículo en euskera sobre Savigny y Jhering, donde trataba de reivindicar la seriedad del primero y su relevancia en relación con el problema de los diversos nacionalismos en la España contemporánea. En este artículo, Lacasta censura la utilización torticera que se ha hecho en muchas ocasiones del pensamiento de Savigny, a quien injustamente se suele hacer coincidir con teorías oscurantistas sobre el problema de la nación. El artículo, en el que se clama por “no pronunciar en vano” el nombre del alemán, llama la atención sobre la necesidad de leer sus obras sin los prejuicios habituales¹¹³.

En este sentido, ya con otra perspectiva alejada del Savigny decimonónico, se han publicado dos buenas monografías sobre su pensamiento: *Savigny y el historicismo jurídico*, de Francisco Contreras Peláez¹¹⁴, y *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*, de Federico Fernández-Crehuet¹¹⁵. La primera es una dura crítica contra Savigny y sus discípulos, en la que se censura cómo la escuela histórica entronizó al derecho consuetudi-

Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad, Sevilla, 1967; “La filosofía del derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIV, 1969, pp. 15-65; “La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XVI, 1971, pp. 1-76; “La escuela histórica del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. XIX, 1979, pp. 1-48; “Estudio preliminar”, en J. J. BACHOFEN, *El derecho natural y el derecho histórico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

¹¹² E. DÍAZ, “Condiciones prejurídicas de la democracia en España: historia y crítica”, en *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson-IDHBC, Madrid, 2008, pp. 649-668.

¹¹³ J. I. LACASTA-ZABALZA, “Savigny eta Iheringen artean (ez duzu Savignyren izena ahotan alferrrik hartuko)”, en *Euskal Herriko legegariari aldizkaria*, núm. 3, 1998, pp. 94-98. Agradezco al autor por su disponibilidad para facilitarme la traducción castellana del artículo.

¹¹⁴ F. CONTRERAS PELÁEZ, *Savigny y el historicismo jurídico*, pról. de A.-E. PÉREZ LUÑO, Tecnos, Madrid, 2005.

¹¹⁵ F. FERNÁNDEZ-CREHUET, *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*, Comares, Granada, 2008.

nario bajo el pretexto de su mayor cercanía al pueblo, para después atribuir el monopolio en la interpretación de la costumbre a los juristas académicos. Se trata de una reedición de la crítica que en su día hicieron Georg Beseler y algunos germanistas a Savigny y Puchta, según la cual éstos habrían tratado de imponer sus tesis elitistas mediante la engañosa apelación al espíritu popular¹¹⁶. La segunda obra citada, en cambio, realiza un riguroso análisis acerca de la perspectiva sistemática de Savigny, algo desconocido en España, precisamente como consecuencia de la recepción historicista y tradicionalista que se ha comentado a lo largo de estas páginas. Se trataría, en definitiva, de reivindicar una lectura más pausada y atenta del jurista alemán, para aperebirnos de que el historicismo no es quizá la clave de su obra, sino que ésta fue más bien la pretensión de forjar un sistema jurídico unitario a través de una dogmática inteligente, constructiva y actual.

Así pues, si a todo esto le sumamos las reediciones que ha publicado la editorial Comares desde principios del siglo XXI –con los respectivos estudios introductorios de José Luis Monereo¹¹⁷–, podríamos constatar que, en efecto, por fin se ha producido la rehabilitación de Savigny en España. Eso sí, quedaría por dar a conocer la gigantesca *Historia del derecho romano en la edad media*, que hasta la fecha sigue sin contar con traducción en castellano.

LUIS M. LLOREDO ALIX

Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: lloreddo@inst.uc3m.es

¹¹⁶ G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Weidmann'sche Buchhandlung, Leipzig, 1843.

¹¹⁷ F. C. VON SAVIGNY, *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano*, Comares, Granada, 2005; *Sistema del derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005; *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Comares, Granada, 2008.

RECENSIONES

**Elías DÍAZ, *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*,
Dykinson-Instituto de derechos humanos
Bartolomé de las Casas, Madrid, 2013, 220 pp.**

LUIS M. LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: realismo crítico, positivismo jurídico, iusnaturalismo, Estado de Derecho, Estado constitucional, teoría de la democracia, historia cultural española.

Key words: critical realism, legal positivism, natural law, Rule of Law, constitutional State, theory of democracy, Spanish cultural history.

Hace ya bastantes años que Elías Díaz publicó un libro titulado *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*¹, en el que se trazaba la semblanza de varios intelectuales españoles que habían sido largo tiempo postergados por sus ideas y por su posicionamiento político, como consecuencia del atenzador contexto del franquismo y de su vergonzante trasunto ideológico, el nacionalcatolicismo. Hoy, el propio Elías Díaz podría ser considerado un viejo maestro más y, de hecho, ya ha sido reconocido, homenajeado y comentado como tal en diversas publicaciones que se han realizado sobre su obra y pensamiento². Un viejo maestro, sin embargo, que no ha abandonado la labor de rendir tributo a sus referentes teóricos y personales, sino que sigue dedicando buena parte de su quehacer intelectual a estudiar y reivindicar las aportaciones de numerosas figuras del pensamiento español. Lo hizo en su penúltimo libro, *De la Institución a la Constitución*, en donde dio cuenta de personalidades como Francisco Giner de los Ríos, José Luis López Aranguren,

¹ E. DÍAZ, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza, Madrid, 1994.

² Vid. F. BAÑULS SOTO, *La reconstrucción de la razón. Elías Díaz entre la ética y la política*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2004; G. ALARCÓN REQUEJO, *Estado de derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Dykinson, Madrid, 2007; L. HIERRO, F. LAPORTA y A. RUIZ MIGUEL (eds.), *Revisión de Elías Díaz: sus libros y sus críticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Joaquín Ruiz Giménez o Enrique Tierno Galván, y lo vuelve a hacer ahora, en esta obra publicada por la editorial Dykinson.

Se trata, en efecto, de un libro de doble faz, en el que Elías Díaz pasa revista de algunas de las ideas filosófico-jurídicas que ha mantenido y desarrollado a lo largo de su trayectoria intelectual –con un especial hincapié en las cuestiones relativas a la conexión entre derecho y poder y a lo que él lleva ya tiempo denominando “realismo crítico”–, pero cuya segunda parte está dedicada a analizar las ideas y aportaciones de algunas figuras de especial relevancia en el mundo de las ideas políticas y jurídicas de los últimos años. Si en otras obras su objeto de atención fueron políticos, filósofos o juristas de un pasado ya más o menos lejano –los krausistas, Unamuno, Besteiro, Ortega– las semblanzas que se aglutinan en este volumen son las de algunos de sus compañeros de vida más cercanos, que tuvieron un papel destacado en la historia política o intelectual española de las últimas décadas y que han fallecido recientemente: Francisco Tomás y Valiente, Roberto Mesa, Luis García San Miguel y Gregorio Peces-Barba.

El libro arranca con un capítulo introductorio en el que se intentan justificar, de nuevo, las razones que avalan la importancia de la filosofía jurídico-política en general, y los senderos y modos por donde discurre su pensamiento jurídico en particular. “Razones e historias”, dice el título de la sección; y es que, de acuerdo con Elías Díaz, no sólo mediante la razón abstracta se puede entender la existencia y la necesidad de la filosofía del derecho, sino que también la historia debe venir en nuestro auxilio. Es ésta una constante de su pensamiento y de este libro en especial, que se mueve en un delicado equilibrio entre la atención a problemas conceptuales y la incardinación histórica de éstos en los debates del pasado y en los autores que, de uno u otro modo, contribuyeron a delinear la problemática filosófica del presente. Con ello, se sitúa dentro de una orientación teórica más o menos historicista –con mesura– que no siempre ha sido bien recibida por determinados sectores y que, desde algunas perspectivas excesivamente conceptuales, incluso ha llegado a tacharse como espuria. De ahí se deriva que Elías Díaz defina su realismo crítico en contraste con “no pocas de las tendencias actuales de contumaz y empobrecedora reducción de aquélla, de la filosofía del derecho, a casi exclusivamente, mera dogmática o, como mucho, a neoformalista teoría (general) del derecho” (p. 26). Y de ahí se deriva también que, frente a la mayoría de los iusfilósofos contemporáneos, Elías Díaz discuta de los asuntos del normativismo, el constitucionalismo, la relación entre derecho y moral o

la conexión entre derecho y poder desde una plataforma diacrónica, haciendo referencia a los condicionantes que, dentro de la historia española, favorecieron un determinado posicionamiento filosófico acerca del derecho. Sólo después de dicha contextualización, se lanza el autor a abordar los asuntos en cuestión desde una perspectiva teórica: “para dar pleno sentido a estas posibles aportaciones y orientaciones de carácter más sistemático situadas en su contexto temporal me parece, pues, imprescindible esa reivindicación, desde luego que no acrítica, del estudio y conocimiento de la historia general y, dentro de ella, de la historia de la filosofía” (p. 35). En definitiva, creo que Elías Díaz estaría de acuerdo en suscribir –aun con sus siempre típicos matices– la frase que en su día escribió Josef Kohler, para quien “toda filosofía del derecho que no se apoye en la historia del derecho es una ciencia que no tiene de tal más que el nombre”³.

En el siguiente capítulo de la obra se pone perfectamente de manifiesto lo anterior, ya que en él se abordan los temas del normativismo y el realismo crítico, pero incardinando la reflexión en los avatares propios de la historia española. Partiendo del iusnaturalismo oficial cultivado en nuestro país durante el periodo del nacionalcatolicismo franquista, Elías Díaz va dibujando el trayecto que, poco a poco, condujo en España a la asunción de las posturas normativistas de Kelsen y que, frente a los dogmas teológicos del pasado, supuso una auténtica bocanada de aire fresco. Eso sí, se trata de un normativismo que, pese a sus indudables aciertos, merece ser corregido en aras de una mirada más atenta a los problemas de ética, política y teoría de la justicia. En efecto, Elías Díaz no se conforma con una mera sociologización de las tesis normativistas, tal y como propusieron algunas de las miradas antiformalistas de la primera mitad del siglo XX, sino que reivindica una aproximación ética al fenómeno jurídico, en la que, junto a las categorías de la validez y la eficacia, se plantea también la irrenunciable pregunta por la legitimidad y la justicia. En ese sentido, además de la visión más o menos historicista de la filosofía del derecho, su realismo crítico se vuelve a definir, de forma ecléctica, como una postura de mediación entre algunos de los excesos que marcaron la discusión entre formalistas y antiformalistas: “el realismo crítico asume el normativismo; el sociologismo lo reduce y diluye” (p. 46). Con esta suerte de posición intermedia, siempre reacia a posiciones extremas y más bien partícipe de miradas holísticas, Elías Díaz no hace sino reiterar ideas que ya hace

³ J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3ª ed. revisada por Arthur Kohler [1923], reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1998, p. 10.

tiempo que viene defendiendo⁴: la tríada entre los conceptos de validez/legitimidad (teoría del derecho), eficacia/legitimación (sociología del derecho) y justicia/legitimidad (teoría de la justicia y filosofía política) es una constante de su obra y puede encontrarse en numerosos escritos previos. Sin embargo, podría decirse que el pensamiento de Elías Díaz avanza en espirales, remachando puntos de vista ya propuestos y desarrollados en obras anteriores, pero matizándolos, apostillándolos o enriqueciéndolos en función de nuevos debates, nuevos autores o nuevas realidades que han de someterse a juicio. En este sentido, vale la pena destacar que el lector podrá hallar en este libro alusiones y comentarios críticos a la literatura más reciente, y no sólo una recapitulación de viejas ideas.

El tercer capítulo está dedicado a analizar algunos de los problemas relacionados con la distinción entre derecho y poder, pero partiendo específicamente de Hans Kelsen y de su teoría de la "norma fundante básica". ¿Cómo justificar la validez del sistema jurídico sin recurrir a alguna clase de sustrato fáctico que viole la pureza del método? Se trata de una vieja y manida discusión en el seno de la filosofía jurídica que, no obstante, Elías Díaz aborda con una mirada no muy practicada en la bibliografía más al uso: como se anuncia desde el mismo título del capítulo -"La revolución kelseniana: el derecho y el poder"- de lo que se trata es de estudiar el concepto de "revolución" en el sistema del gran pensador austriaco, partiendo de sus propios textos y destacando las ambivalencias y la complejidad de un pensamiento que pudo ser muchas cosas, pero en ningún caso simplista. A partir de ahí, reafirma Elías Díaz su posicionamiento "realista-crítico", para terminar apreciando que la desatención hacia la sociología del derecho o el relativo olvido de la dicotomía derecho-poder, conducen en ocasiones a un pernicioso formalismo en la teoría del derecho. En ese sentido, a su modo de ver, el enfoque sociológico serviría para hacernos conscientes de que "argumentar sobre el derecho es también argumentar sobre el poder", así como para complejizar la polémica sobre la incorporación de la moral en los ordenamientos jurídicos actuales y la subsiguiente crisis del positivismo: "algo parecido ocurre respecto de los recuperados viejos o nuevos principios que, se señala, deben aplicar jueces y operadores: ¿se trata con ellos de la moral positiva legal (legitimidad legalizada incluida la constitucional), de la moral positiva social (legitimación, legitimidad eficaz), de la moral (o legitimidad) crítica?"

⁴ Vid. E. DÍAZ, *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

Como ya señalé, a mi juicio, en algunas importantes posiciones actuales de la Teoría del Derecho esto no queda, con frecuencia, ni medianamente claro y es fuente constante de graves confusiones” (pp. 67-68).

De la mano de estas consideraciones, se entra en el siguiente capítulo de esta obra, que precisamente aborda el problema del Estado de derecho y el Estado constitucional, así como el correlativo debate en torno al papel que deben tener la legislación y la judicatura en el derecho contemporáneo. Se trata de una polémica teórica compleja, en cuyo seno se están ventilando la mayoría de cuestiones relevantes de la filosofía jurídica actual, desde la presunta crisis del positivismo hasta el papel de la ideología en la ciencia del derecho, pasando por la relevancia y los límites de los derechos fundamentales en nuestros sistemas constitucionales. Al igual que en el resto de secciones de esta obra, Elías Díaz afronta la discusión mediante un acercamiento histórico inicial, en el que pasa revista de los avatares políticos y sociales que dieron lugar a su ya “clásico” ensayo de 1966, *Estado de derecho y sociedad democrática*. Se analizan así las circunstancias de la política española durante el franquismo y el dificultoso camino que terminaría llevando a la construcción del Estado de derecho. Pese a que se trata de una historia ya bien conocida por la comunidad española de filósofos del derecho, se trata de una contextualización relevante, ya que puede ayudar a diluir algunas de las dicotomías excesivamente ligeras del debate contemporáneo, que tiende a olvidar que muchas de las supuestas bondades del Estado constitucional no son sino una decantación de los principios del Estado de derecho clásico⁵, o que ignora que desde los mismos albores del Estado de derecho se trataba de caminar hacia sociedades más democráticas. A tenor de lo anterior, quizá se haya podido intuir que Elías Díaz es suspicaz frente a las teorías que ven una ruptura entre esas dos formas jurídico-políticas y que tiene dudas respecto al excesivo protagonismo que los jueces parecen asumir en las concepciones modernas del Estado constitucional: “todas estas colaterales puntualizaciones vienen aquí y ahora a cuento de mis fuertes reservas [...] frente a la, en nuestros días tan en auge, extremosa contraposición doctrinal que de modo esencialista (¿iusnaturalista?) quiere establecerse por algunos exegetas entre un casi perverso Estado legislativo de Derecho y un casi perfecto Estado constitucional de Derecho” (p. 81).

⁵ En este sentido, vid. J. ANSUÁTEGUI, *Filosofía del derecho y constitucionalismo. Vertientes y problemas*, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Cali (Colombia), 2012.

Así planteados los términos del debate, es la historia quien acude en nuestra ayuda a disolver los equívocos de la polémica y a plantearla en otra clave –creo– más interesante. Y es que, en la perspectiva de Elías Díaz, “todo Estado de Derecho sería así, a la vez, Estado constitucional, legislativo, administrativo y judicial, de Derecho. Son todas ellas dimensiones internas de tal tipo de ordenamiento jurídico (acerca de cómo mejor proteger unos u otros derechos fundamentales), dimensiones por lo demás no exentas de fuertes querellas entre sí y entre sus cultivadores y profesionales” (p. 83). En efecto, si uno asume la perspectiva histórica, las distinciones férreas entre las diversas etapas por las que ha atravesado el Estado moderno no se sostienen con facilidad. Se trata, más bien, de una evolución similar a la dialéctica hegeliana, en la que cada nueva coyuntura tiende a asimilar las anteriores sin derogarlas por completo, incorporándolas así en su seno. En efecto, cuando echamos un vistazo a la génesis del Estado de derecho, a raíz de la revolución francesa, nos salen al paso las primeras contradicciones. El ideario que se hallaba en la base de las aspiraciones revolucionarias, el de la Ilustración, había teorizado la separación de poderes como principio irrenunciable, y así se hizo constar en la célebre proclama de la declaración de derechos de 1789, según la cual toda comunidad política que no salvaguarda la separación de poderes “carecía de Constitución”. Y sin embargo, como ya en su momento argumentó Tocqueville⁶, la necesidad de acometer el ambicioso programa de reformas que tenían en mente los revolucionarios, obligó a engrandecer aún más el aparato estatal del Antiguo Régimen, generándose así un colosal poder suplementario, la Administración contemporánea, que tanto entonces como ahora ha desestabilizado el sencillo esquema de poderes postulado por Montesquieu: legislativo, ejecutivo y judicial⁷. O dicho de otra manera: ni siquiera en los orígenes del Estado de derecho asistimos a una consagración diáfana de los principios que solemos atribuir a esta forma de organización jurídico-política. Así las cosas, y por regresar al problema que ha dado pie a esta digresión, podría decirse, junto con Elías Díaz, que la supuesta ruptura de los Estados constitucionales no es sino un capítulo más en la evolución del Estado de derecho, que se enfrenta así a una más de las tensiones que jalonan su historia desde el mismo inicio.

⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la revolución*, ed. de Antonio Hermosa Andújar, Ediciones Istmo, Madrid, 2004, pp. 45 y ss.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea (Y la formación del sistema municipal francés contemporáneo)*, Taurus, Madrid, 1981, pp. 13-26.

Con este bagaje a las espaldas, afronta Elías Díaz el último capítulo de esta primera parte de su libro, dedicado esta vez a la teoría de la democracia, que en su opinión es el substrato político del Estado de derecho: “el Estado de derecho es la institucionalización jurídica de la democracia política” (p. 88). Se trata de un estudio sumamente interesante, en el que el autor parte de la célebre distinción de Aranguren entre democracia como moral y democracia como política, para ofrecer una visión omnicomprendensiva de la democracia, y no únicamente un relato parcial o descontextualizado de la misma. Pasando revista a varias de las teorías que se han ofrecido sobre la misma –desde las visiones más procedimentales de la misma, hasta las teorías de Nino y otros partidarios de la democracia deliberativa respecto al valor epistémico de dicha forma de organización– el autor termina recalando en un viejo debate que, reverdecido hace unos pocos años, enfrenta cordialmente a Ernesto Garzón Valdés con el propio Elías Díaz. Se trata del tradicional problema de los límites de la democracia, que Garzón Valdés siempre ha abordado desde su también clásica teoría del “coto vedado”. En opinión de este último, en efecto, existe una parcela de derechos y principios que no pueden vulnerarse en aras de una supuesta legitimidad democrática, de donde conviene trazar con claridad meridiana cuáles son tales principios que se constituyen en bastión inexpugnable frente a las mayorías. A juicio de Elías Díaz, en cambio, esta forma de tratar el problema no es satisfactoria, por cuanto es relativamente dogmática, y es preferible abordarlo desde una perspectiva holística de la democracia: ésta, para ser tal, debe incluir el principio de la libertad en su mismo concepto y, por consiguiente, no puede ser abolida en nombre de la misma democracia: “¿No se puede entonces destruir libremente la libertad? [...]. Uno mismo es posible que pueda hacerlo para sí mismo [...]. Un pueblo, en cambio, no puede hacerlo. Y ello porque un pueblo es algo efectivamente en cambio, en constante cambio, donde nuevos miembros, nuevos hombres y mujeres, se suman continuamente incorporándose al colectivo anterior” (p. 108). Así las cosas, termina Elías Díaz, el enfoque de Garzón estaría mal formulado: “más que hablar directamente de límites o limitaciones de la democracia y de la regla de las mayorías, yo (yendo, creo, a la raíz y al fundamento de todo ello) preferiría formularlo en términos, digamos, de exigencias coherentes o, mejor, de imperativos de coherencia con los mismos principios éticos y políticos que definen y justifican a la democracia” (p. 109).

Creo que se trata de una forma inteligente de abordar el problema, que procura no dejarse caer en las falsas dicotomías que a menudo nos tiende el

lenguaje político y jurídico, y contra las que la filosofía tiene que defenderse. El mismo Elías Díaz termina el capítulo con una hermosa y acertada sentencia, según la cual “ya que no podemos cambiar el mundo –según reza el pesimista aforismo– cambiemos al menos de conversación, es decir de palabras”. Me parece que se trata de una frase certera, porque precisamente ésa es la misión de la filosofía: no tanto brindar una imagen o un cuadro coherente y completo de la realidad –como queriendo traducir la estructura intrínseca del mundo, desvelando la verdad oculta de las cosas– cuanto mover a un replanteamiento de los problemas, seleccionando mejores palabras, mejores aproximaciones o mejores conceptos para aprehender los debates que se despliegan cotidianamente ante nuestros ojos. Sólo así se pueden subvertir lo que Gilles Deleuze denominaba “síntesis disyuntivas”, o sea, planteamientos dicotómicos que suelen ofrecérsenos como pautas discursivas para ceñir la realidad y obligarnos a posicionarnos de manera irreflexiva y facciosa en bloques de ideas monolíticos⁸: comunismo o capitalismo, gobernabilidad o democracia, partidos políticos o anarquía, o tantas otras que podrían citarse y que a todos se nos vienen a la cabeza. Tengo la sensación de que tanto la dualidad entre Estado legislativo de derecho y Estado constitucional de derecho, como la discusión entre democracia radical o democracia limitada, son síntesis disyuntivas de este género, y que la aproximación historicista y omnicomprensiva de Elías Díaz apunta hacia una mejor comprensión de ambas discusiones.

A partir de aquí, comienza la segunda parte de este libro, en la que, como anunciaba al principio de esta reseña, se compendian una serie de semblanzas de juristas, políticos e intelectuales españoles de las últimas décadas. Este bloque arranca con un capítulo muy interesante en torno a los intelectuales durante el periodo del franquismo y su papel en la reconstrucción de la democracia, que tiene lugar tras la muerte del dictador. Se apuntan así unas reflexiones que tampoco son nuevas en su trayectoria –nótese así su libro *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*⁹–, pero que me parecen especialmente oportunas en el actual contexto español, en el que por fin se están revisando algunos de los dogmas que solían engalanar el relato histórico más triunfalista del siglo XX, en particular el elogio sin ambages a la transición democrática. Elías Díaz se mueve en un planteamiento bastante

⁸ Vid. A. BADIOU, y S. ŽIŽEK, *Philosophie und Aktualität. Ein Streitgespräch*, ed. por P. Egelmann, Passagen, Wien, 2005, pp. 52-56.

⁹ E. DÍAZ, *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, Tecnos, Madrid, 1983.

sereno y matizado al respecto, tratando de explicar el desencadenamiento de sucesos que tienen lugar a partir de 1975 no como un milagro sobrevenido –tal y como tienden a hacer ver algunos sectores, tanto de izquierda radical como de derecha ultramontana– sino como una consecuencia del caldo de cultivo que se va labrando en la oposición a la dictadura desde los años sesenta en adelante, una vez suavizados los tremendos rigores de la inmediata posguerra civil. Aunque Elías Díaz no hace una crítica radical de la transición española, a la que sigue considerando como un proceso razonablemente bien logrado, al menos no cae en los enaltecimientos a los que tan habituales estamos, y que tanto daño hacen a la hora de replantear la reforma de algunos principios, prácticas e instituciones de nuestra cultura política que, a la altura de 2013, quizá ya no tengan sentido: la monarquía, las graves deficiencias del actual sistema electoral, la partitocracia llevada al extremo, la rehabilitación de la memoria del franquismo, etcétera. Sea como sea, y se adopte la posición que se adopte ante el problema historiográfico y político de la transición española, me parece que las reflexiones de Elías Díaz son de las más lúcidas y atendibles que pueden encontrarse.

Los siguientes capítulos del libro, ya sí, están dedicados a trazar la semblanza de las personalidades que se citaban páginas atrás: Francisco Tomás y Valiente, Roberto Mesa, Luis García San Miguel y Gregorio Peces-Barba. No es éste el lugar para detenernos con detalle en todo lo que se narra sobre cada uno de ellos, o en los aspectos que Elías Díaz subraya de sus trayectorias vitales, pero baste señalar que se trata de una contribución que, a mi modo de ver, debe ser muy bien valorada: además de la atención a teorías, discusiones y conceptos, la filosofía también debería preocuparse por reflexionar sobre autores que, como toda persona de carne y hueso, suelen ser más complejos y profundos de lo que cabe aprehender mediante etiquetas o categorizaciones puramente teóricas. Por otra parte, y en función de tipo de lector que se acerque a esta obra, cabrá emocionarse y descubrir datos y aspectos insospechados de algunas de las figuras que aquí se traen a colación. En este sentido, no me resisto a dejar de mencionar dos cosas. En primer lugar, es impresionante la descripción de los últimos momentos de vida de Tomás y Valiente, cruelmente asesinado a manos de la banda terrorista ETA en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid, así como la reconstrucción de sus escritos periodísticos, que minuciosamente lleva a cabo Elías Díaz en su semblanza, y a tenor de los cuales puede extraerse la complejidad y los desafíos que conlleva el Estado de derecho en relación con el viejo problema de la

razón de Estado. Y en segundo lugar, resulta también emocionante el relato que nos brinda en torno a Gregorio Peces-Barba, fallecido hace poco más de un año y, para los que pertenecemos a la Universidad Carlos III, referente insustituible en nuestro trabajo cotidiano. Hace poco escribía yo mismo, en la nota introductoria al primero número de *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política* que apareció tras su muerte, que Gregorio Peces-Barba podría ya pasar a formar parte de una reedición actual de los viejos maestros de Elías Díaz. Con estas notas con las que se concluye este libro, parece que dicha tarea ha sido ya cumplida. Y con ello, como vengo insistiendo desde el principio de esta recensión, se ha llevado a cabo la irrenunciable tarea, intrínsecamente moral, de rendir homenaje a aquellos intelectuales que nos antecedieron y que señalaron las sendas por las que hoy, a veces despreocupadamente, transitamos a la hora de hacer filosofía.

LUIS M. LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: llloredo@inst.uc3m.es

Martha NUSSBAUM, *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 335 pp.

ANDRÉS MURCIA GONZÁLEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: libertad religiosa, tolerancia, laicidad, derechos humanos, pluralismo cultural.
Keywords: religious freedom, tolerance, secularism, human rights, cultural pluralism.

El interesante trabajo de la profesora Nussbaum se estructura en un prefacio y siete capítulos especialmente encaminados a fomentar, mediante una argumentación rigurosa, los valores de la tolerancia y el reconocimiento en materia de libertad religiosa. El libro se centra en aquellas minorías del mundo occidental, fundamentalmente los musulmanes, que no se identifican con la tradición judeocristiana¹.

El capítulo I “La religión: tiempo de ansiedad y suspicacia” (pp. 119-139), parte de la premisa de que, con anterioridad a la década de los ochenta, tanto los europeos como los norteamericanos, se autodefinían como ciudadanos tolerantes, comprensivos y, especialmente, respetuosos con la diferencia religiosa. Se destaca que esta característica común resultaba más acentuada en Estados Unidos dados los fundamentos que sirvieron para construir esta sociedad sobre la base del respeto a la diferencia y la aceptación de la heterogeneidad.

En la actualidad, esta apreciación, de alguna forma autocomplaciente, debe someterse a escrutinio ante acontecimientos recientes. En Europa se ha venido aprobando una legislación especialmente restrictiva en lo que res-

¹ Este trabajo cuenta con un antecedente de máxima relevancia en la obra de la autora vid. M. NUSSBAUM, *Libertad de conciencia. Contra los fanatismos*, trad. de Alberto E. Álvarez y Araceli Maira Benítez, Tusquets, Barcelona, 2009.

pecta a la utilización de símbolos religiosos², la integración tanto social como sistémica de los musulmanes no está resultando exitosa³, las actitudes contrarias a esta minoría se ponen de manifiesto a través de medidas como la prohibición de construcción de minaretes en Suiza⁴ o con actos criminales como los asesinatos de Anders Breivik en Noruega.

² En Francia para la prohibición de símbolos religiosos ostensibles se aprobó la Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, como consecuencia de las recomendaciones de B. STASI, *Laïcité et République. Rapport au Président de la République*, 11 décembre 2003, La Documentation française, Paris, 2004. El informe también está disponible en: http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/docannexe/file/3112/rapport_laicite.Stasi.pdf Las citas de esta recensión se corresponden con esta versión.

Sobre la prohibición del velo en los espacios públicos tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se han pronunciado en diversas ocasiones afirmando la conformidad de estas medidas con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). *Karadumam c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 16278/90, de 3 de mayo de 1993; *Bulut c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 18783/91, de 3 de mayo de 1993; *Dahlab c. Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 42393/98, de 15 de febrero de 2001; *Leyla Sahin c. Turquía* (Grand Chambre), de 10 de noviembre de 2005; *Köse y otros 93 demandantes c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 26625/02, de 24 de enero de 2006; *Kurtulmus c. Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 65500/01, de 24 de enero de 2006; *Dogru c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008; *Kervanci c. Francia* de 4 de diciembre de 2008; *Aktas c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 43563/08; *Bayrak c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 14308/08; *Gamaleddyn c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 18527/08; *Ghazal c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n° 29134/08; todas ellas de 30 de junio de 2009. Para un análisis crítico de esta jurisprudencia vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo", *Derecho y religión*, n° 4, 2009, pp. 87-109

También en Francia la utilización del burka queda prohibida tras la aprobación de la Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Las mismas consecuencias se derivan en Bélgica de la Loi du 1er juin 2011 punissant les personnes qui se présenteraient dans des lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé de manière telle qu'elles ne soient pas identifiables; y en Italia con la Legge 155/2005, de 31 luglio 2005, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale.

³ Vid. OPEN SOCIETY FOUNDATION, *Muslims in Europe*, Q.E.D. Publishing, London, 2011. - G. KEPEL, *Banlieue de la République (Résumé)*, Institut Montaigne, Paris, 2011. - E. BENBASSA, *La République face à ses minorités*, Mille et une nuits, Paris, 2004.

⁴ La actual redacción de la Constitución federal de la Confederación suiza establece: "Art. 72 Eglise et Etat. 3 La construction de minarets est interdite". Accepté en votation populaire du 29 nov. 2009, en vigueur depuis le 29 nov. 2009 (AF du 12 juin 2009, ACF du 5 mai 2010; RO 2010 2161; FF 2008 6259 6923, 2009 3903, 2010 3117).

En Estados Unidos la situación también es alarmante. Se describen actos de discriminación por la utilización del pañuelo islámico, se dificulta la construcción de mezquitas y lugares para la práctica religiosa musulmana, se aprueban enmiendas constitucionales a nivel de los Estados que prohíben expresamente recurrir a preceptos legales de otras naciones o culturas y, en concreto, a la *sharía* para resolver cualquier tipo de litigio⁵. Adicionalmente, han tenido lugar actos especialmente graves como una tentativa de acto terrorista, en enero de 2011, dirigida contra el Islamic Center of America en Michigan.

Nussbaum estima que existen pruebas sólidas de que el prejuicio contra los musulmanes va en aumento en Estados Unidos y para ello se apoya en las estadísticas de las quejas por discriminación laboral presentadas ante la administración norteamericana y en los sondeos realizados por las principales encuestadoras de los Estados Unidos que confirman el alza de las opiniones antimusulmanas.

Las razones de estas dificultades para la convivencia en las sociedades plurales de Estados Unidos y de Europa se vinculan directamente, en este trabajo, con las ideas sobre la identidad nacional basadas en la homogeneidad. Esta corriente tuvo cierta influencia en los Estados Unidos a mediados del siglo XIX a través del *movimiento nativista*, pero resultó decisiva en la configuración de los Estados-nación de Europa que han construido la identidad y su propia nacionalidad sobre elementos excluyentes como la sangre, el territorio, la comunidad etnolingüística o la religión.

La autora recurre a renombrados historiadores para calificar a las historias relativas a la identidad nacional como construcciones bastante frágiles y superficiales⁶. Los retos principales para la convivencia pacífica y la tole-

⁵ En Oklahoma, una enmienda a la Constitución del Estado, aprobada con un 70% de los votos, estipula que los tribunales estatales pueden inspirarse en el derecho federal estadounidense, en el derecho consuetudinario y, “si es necesario, en el derecho de otro Estado de la Unión», pero no pueden «recurrir a preceptos legales de otras naciones o culturas (...), ni del derecho internacional ni de la *sharía*”. La modificación constitucional de Oklahoma fue suspendida por vulnerar la “cláusula de establecimiento” al materializar una interferencia excesiva del Estado en el terreno religioso e imponer una carga particular a los musulmanes. Aún más sorprendente resulta la Propuesta de Ley de Tennessee que convertiría el seguimiento de la *sharía* en un delito grave, punible con 15 años de prisión. M. NUSSBAUM, *La nueva intolerancia religiosa. Cómo superar la política del miedo en una época de inseguridad*, trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, pp. 30-32.

⁶ E. HOBSBAWM, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Crítica, Barcelona, 1992. -Ídem et al., *The invention of tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983. -G. ROBB, *The discovery of France. A Historical Geography from the Revolution to the First World War*, Norton & Company, New York, 2007.

rancia se encuentran, por tanto, en Europa. Se afirma que esta sociedad “está perfectamente capacitada para transitar hacia una definición más inclusiva y política de la pertenencia nacional, en la que el territorio, la etnia y la religión sean menos importantes que unos ideales políticos compartidos” (p.38). Los europeos pueden usar su concepto de nación para explicar la situación actual pero no para justificarla.

En el capítulo II “El miedo: una emoción narcisista” (pp. 41-83), se realiza un análisis detallado de dicha emoción. Para ello se utiliza como punto de partida una referencia al impulso importante que recibió el antisemitismo a partir de la difusión de dos documentos cuanto menos fantasiosos y carentes del más mínimo rigor, como el “Discurso del rabino” (1872) y los *Protocolos de los sabios de Sión* (h. 1902)⁷.

En cuanto a su funcionamiento, la autora señala que el miedo tiene como punto de partida algún problema real, cuya responsabilidad resulta fácilmente trasladable hacia un destinatario que ya es objeto del desagrado popular y, finalmente, se alimenta a partir de la noción de un enemigo que simula no serlo⁸.

En el desarrollo del proceso generador del miedo, se añade la *repugnancia proyectiva* que afecta a grupos sociales a los que se les atribuyen propiedades humano-animales, como la viscosidad o el mal olor, en exagerada medida aunque en realidad no las tengan más acusadas que cualquier otra persona.

En el surgimiento de los sentimientos de temor y rechazo participan, además, determinados sesgos cognitivos. En concreto, Nussbaum hace referencia a (i) la *heurística de la disponibilidad*⁹ que concurre en nuestra valoración de determinados acontecimientos cuando tenemos vivo en nuestra experiencia un problema fácilmente evocable que tendemos a sobrestimar, (ii) las *cascadas reputacionales*¹⁰ en las que las personas responden en masa al com-

⁷ Cfr. N. COHN, *El mito de la conspiración judía mundial: Protocolos de los Sabios de Sión*, Alianza, Madrid, 1995.

⁸ Para apreciar el funcionamiento del miedo vid. H. ARENDT, “Antisemitismo” en Ídem, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. Guillermo Solana, Alianza, Madrid, 2007, pp. 65-207.

⁹ Vid. A. TVERSKY y D. KAHNEMAN, “Availability: A heuristic for judging frequency and probability” en D. KAHNEMAN, P. SLOVIC y A. TVERSKY (ed.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp. 163-200. En lo que respecta a España, la minoría gitana fuertemente estereotipada ha sido objeto de un estudio empírico en I. UGARTE, “Ignorancia pluralista, atribución de causalidad y sesgos cognitivos en el caso del racismo antigitano; una investigación por encuesta”, *Revista de psicología social*, vol. 13, num. 2, 1998, pp. 321-330.

¹⁰ El economista Timur Kuran ha puesto de manifiesto que las cascadas desempeñan una función importante en el contexto de la etnización, la transición (en muchos casos asom-

portamiento de una élite o de un líder al que reconocen un prestigio acrítico; y, finalmente, (iii) las *cascadas informacionales*¹¹ en las que sobre la base de la introducción de una nueva “información”, se alerta de un supuesto peligro planteado por el grupo al que se pretende victimizar, resultando, en la mayoría de los casos, que dichos datos eran muy poco fiables en la realidad¹².

El miedo, por otra parte, ofrece protección a los seres humanos, en tanto que instinto, ante determinadas circunstancias. Para que esta sensación resulte racional es necesario que en la valoración de una circunstancia específica, concurren, en primer lugar, unos fundamentos correctos, es decir, que manejeamos una concepción adecuada del bienestar¹³ y que seamos conscientes de qué constituye una amenaza real para ese bienestar y qué no. En segundo lugar, es necesario que se dé una caracterización del peligro de forma precisa y sin distorsiones y, por último, que nos enfrentemos a un problema auténtico.

En el capítulo III “Los principios fundamentales: la igualdad de respeto en materia de conciencia” (pp. 85-126), se formula una introducción sobre las dificultades inherentes a la definición de la dignidad humana. Sobre

brosamente rápida) por la que los sujetos pasan a definirse a sí mismos en términos de una identidad étnica o religiosa y a situarse en contraposición a otro grupo étnico. Un ejemplo reciente y paradigmático sobre esta cuestión la ofrece el desafortunado incidente en que Mohamed Merah, un joven con un pasado muy alejado del fundamentalismo religioso, termina por perpetrar una brutal matanza en un escuela judía en la ciudad de Toulouse en 2012. Cfr. T. KURAN, *Private truths, Public lies. The social consequences of preference falsification*, Harvard University Press, Cambridge, 1997, pp. 157-243. -ID., “Ethnic norms and their transformation through reputational cascades” *Journal of Legal Studies*, num. 27, 1998, pp. 623-659.

¹¹ El psicólogo Sudhir Kakar se propuso resolver la incógnita de por qué personas que habían convivido pacíficamente durante años en la India (como los hindúes y los musulmanes) se volvían mutuamente hostiles de pronto y pasaban a definir su identidad como no lo habían hecho hasta entonces: en términos de su etnicidad religiosa. Su estudio muestra el importante papel que ejercieron en ese sentido varios respetados líderes de las comunidades, cuya reputación propició la aparición de seguidores gregarios. Significativa fue también la función de la introducción de nueva «información» acerca del supuesto peligro planteado por los musulmanes, sin que ello se justificara de manera alguna. Vid. S. KAKAR, *The colors of violence: Cultural Identities, Religion and Conflict*, University of Chicago Press, Chicago, 1996. - Idem y K. KAKAR, *La India. Retrato de una sociedad*, trad. Patricia Palomar Recio, Kairós, Barcelona, 2007, pp. 191-223.

¹² Para ampliar la información sobre las *dinámicas de cascada* vid. S. ASCH, “Efectos de las condiciones de grupo sobre los juicios y las actitudes” en ID., *Psicología social*, trad. Elías Mendelievich, Eudeba, Buenos Aires, 1964, pp. 389-628.

¹³ Para las reflexiones sobre una “adecuada concepción del bienestar” la autora hace referencia a ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. Vicente Gutiérrez, Mestas, Madrid, 2006. - J.S. MILL, *Sobre la libertad*, trad. Josefa Sainz Pulido, Aguilar, Madrid, 1972.

este concepto clave se recogen las aportaciones del estoicismo, de la tradición cristiana y del humanismo kantiano. Tras el análisis de diversas teorías éticas, se opta, en definitiva, por la *premisa de la vulnerabilidad*¹⁴ de todos los seres humanos que les hace acreedores de unas condiciones materiales y ambientales que protejan sus derechos esenciales y, en concreto, la libertad de creencias y la libertad de expresión.

En el marco de las garantías de la libertad religiosa, Nussbaum identifica dos criterios útiles a la hora de solucionar determinados conflictos originados por las convicciones personales. El primer criterio es el de la *neutralidad* que John Locke formula en su *Carta sobre la tolerancia* afirmando que la protección de la igualdad de la libertad de conciencia requiere únicamente dos cosas: leyes que no penalicen la fe religiosa y leyes que no discriminen entre prácticas similares, lo que supone que la misma legislación sea aplicable a todas ellas tanto si tienen una significación religiosa como si no¹⁵.

El segundo criterio es el de la *acomodación* que formula Roger Williams en *El sangriento dogma de la persecución*¹⁶. El criterio de la acomodación, en su interpretación actual, se basa en el argumento de que las leyes en democracia son siempre obra de mayorías y aunque no tengan en principio ninguna intención persecutoria pueden terminar por generar situaciones injustas para los grupos minoritarios. Ante este tipo de discriminaciones indirectas, desde la perspectiva de la igualdad compleja, es necesario establecer aco-

¹⁴ Resulta especialmente importante el análisis de Schopenhauer acerca de la vulnerabilidad humana. Una vez tomamos plena consciencia de que la vida es sufrimiento, la caridad se convierte en el máximo imperativo ético, vid. A. SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, trad. Pilar López de Santa María, Trotta, Madrid, 2009, § 444, p. 437.

¹⁵ En concreto Locke sostiene: "(...) Más, sin duda, si algunos se reúnen por razones de religión y quisieran sacrificar un becerro, niego que esto pudiera ser prohibido mediante una ley. Melibeo, dueño de un ternero, puede legítimamente matarlo en su hogar y quemar cualquiera de sus partes según le parezca apropiado, puesto que así no ofende a ninguno, ni causa perjuicio a los bienes de otros. Y por la misma razón también, le es lícito sacrificar un becerro en una ceremonia religiosa. Si el hacerlo agrada o no a Dios, es asunto que sólo a ellos compete (...)" J. LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, Pedro Bravo Gala (ed.), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 39-40.

¹⁶ R. WILLIAMS, *El sangriento dogma de la persecución*, trad. Diego Blázquez Martín, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004. Para el análisis de esta obra de referencia vid. S. FERLITO, *Separazione fra stato e chiesa e libertà religiosa nel pensiero di Roger Williams*, G. Giappichelli, Torino, 1994. - D. BLÁZQUEZ, *Una aproximación al pensamiento de Roger Williams (1603-1683) desde la perspectiva de los derechos humanos*, Universidad Carlos III de Madrid, 2002.

modamientos razonables¹⁷ que garanticen plenamente los derechos y libertades de las personas que no se identifican con el sistema de convicciones mayoritario.

En *La nueva intolerancia religiosa*, a través de numerosas referencias a las sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos, se nos ilustra detalladamente sobre el funcionamiento tanto del *enfoque de la neutralidad lockeana*¹⁸ como del *enfoque acomodacionista*¹⁹. En el momento de valorar los dos criterios, la autora afirma: “yo creo que el principio acomodacionista es superior al de Locke porque es aplicable a formas sutiles de discriminación muy presentes en la vida de las democracias regidas por el principio mayoritario. Todas las sociedades eligen entre diversas alternativas cuando toman decisiones sobre días festivos y laborables, sobre restricciones a las drogas y al alcohol, y sobre muchas otras cuestiones que afectan a la práctica religiosa de las personas. Las elecciones de la mayoría suelen venir apoyadas en algún tipo de razonamiento: pasarían, pues, la prueba de “una base racional” débil pero no la del “interés estatal de orden superior” (p. 116).

La acomodación, sin embargo, no está exenta de problemas: (i) un sistema basado en exenciones individualizadas es difícil de administrar judicialmente y presenta riesgos para uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho, el imperio de la ley; (ii) genera dificultades para el mantenimiento de la equidad: en un sistema de acomodaciones judiciales las minorías tendrían las de ganar en la medida en que pudieran y quisieran usar el sistema jurídico legal en beneficio propio; y (iii) promueve una tendencia favorable a la religión y desfavorable a otras razones que las personas puedan tener para pedir una exención del cumplimiento de una ley general. La argumentación

¹⁷ La Comisión canadiense de derechos humanos y de derechos de la juventud define a los acomodamientos como “la obligación que tienen el aparato del Estado o los organismos privados de flexibilizar sus prácticas, sus leyes o sus reglamentos con el fin de establecer, en los límites razonables, un tratamiento diferencial a ciertos individuos que corren el riesgo de ser penalizados por la aplicación de una norma con vocación universal”. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, “Les accommodements raisonnables en matière religieuse et les droits des femmes: La cohabitation est-elle possible?” *Colloque L’affirmation religieuse menace-t-elle l’égalité des sexes? Diversité de foi, égalité de droit*, Québec, 2006, www.cdpedj.qc.ca.

¹⁸ TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, *Church of de Lukumi Babalu Aye vs. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, 1993. – Idem, *Employment Division vs. Smith*, 494 U.S., p. 872, 1990.

¹⁹ Idem, *Sherbert vs. Verner*, 374 U.S., p. 398, 1963. – Idem, *Wisconsin vs. Yoder*, 406 U.S., p. 205, 1972.

motivada por razones familiares o sobre la base de compromisos éticos laicos quedaría desprotegida y daría lugar a un tratamiento asimétrico²⁰.

En el capítulo IV “La paja en el ojo ajeno: la imparcialidad y la vida examinada. Referencias a la tradición del evangelio”, se analizan las iniciativas legislativas que se han venido formulando durante los últimos años en Europa para prohibir el *burka*. En concreto, somete a crítica la eventual interdicción por motivos de seguridad, transparencia y convivencia, cosificación de las mujeres, prevención de la coacción y motivos de salud.

En este debate, las razones que se aportan son, desde su punto de vista, propias de personas que llaman la atención a otras mientras hacen una excepción consigo mismas. Se concluye que quien argumenta de ese modo se sitúa a sí mismo por encima de los demás y no los respeta como iguales. Ninguno de los cinco argumentos favorables a la prohibición del *burka* supe-
ra, a su juicio, la débil prueba de neutralidad propugnada por J. Locke.

Especialmente problemáticas resultan, a mi juicio, las tesis que desacreditan la prohibición por razones de convivencia y como garantías de prevención de coacciones dirigidas contra las mujeres.

En cuanto a la convivencia se niega la evidencia de la reivindicación culturalista. Si bien esta afirmación no es generalizable a la totalidad de las mujeres musulmanas que portan el *chador*, el *niqab* o el *burka*; en un buen número de casos, la ostensible indumentaria religiosa no obedece a motivos de conciencia sino que se utiliza como una reafirmación identitaria dirigida a la mayoría. Esta acción se acompaña de un repliegue comunitarista de reacción frente al fracaso de las políticas de integración que implica graves riesgos para la cohesión y la solidaridad propia de las sociedades democráticas y liberales²¹.

²⁰ Cfr. G. BOUCHAR y C. TAYLOR, *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. Rapport final de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, Québec, 2008. C. FOUREST, *La dernière utopie. Menaces sur l'universalisme*, Bernard Grasset, Paris, 2009. INSTITUT SIMONE DE BEAUVOIR, *Les «accommodements raisonnables»: une réponse féministe*, novembre 2007, en: <http://revealingdemocracy.concordia.ca/fr/information/>

²¹ Cesari ha identificado, a partir de un análisis sociológico, tres formas de vivir la religión musulmana en Francia. En primer lugar, está el *islam popular y tranquilo* que se caracteriza por una religiosidad tradicional que no entra en conflicto con las instituciones públicas. En segundo lugar, aparece un *islam secularizado* en el que la religión musulmana se interpreta como un legado cultural importante para las personas pero, en todo caso, adaptable a los principios republicanos y a las circunstancias personales de cada individuo. La tercera vía, es la denominada *reislamización* que ofrece a los jóvenes marginalizados de la *banlieue* la posibilidad de reconstruir su identidad personal, no reconocida, desde su particular punto de vista, por la mayoría de la sociedad, y conseguir una integración comunitaria sobre la base de un referente

Por otra parte, cuando se desmiente que la prohibición del *burka* puede eliminar las coacciones de las que son víctimas las mujeres, se asume que en todos y cada uno de los casos la elección de este tipo de atuendo es el resultado de una elección autónoma de las mujeres. Además, en el libro se añade, para los casos de imposición, que “hoy en día ya es ilegal toda violencia y coacción física en el ámbito del hogar, y que las leyes contra la violencia y los abusos domésticos deberían aplicarse con mayor celo aún que el actual” (p. 154). El razonamiento debería tener en cuenta las evidentes dificultades a las que deben hacer frente las mujeres, aún mayores en el caso de que pertenezcan a una minoría étnica o religiosa, para denunciar las ilegítimas presiones en el ámbito del hogar.

Por otra parte, la propia autora considera acertada la prohibición del velo en Turquía desde el triunfo del kemalismo. Al respecto sostiene que dicha prohibición “fue por una buena razón en aquel contexto específico: porque las mujeres que iban sin éste por lugares públicos se veían sometidas a situaciones de acoso y violencia. La prohibición protegía, así, un espacio para la libertad de elección de ir por la calle sin velo, y era legítima porque, y sólo porque, las mujeres no tenían esa posibilidad de elegir aún cuando no fuese óptima dada la restricción que imponía sobre la libertad en general” (p. 162). Esta medida es calificada como una restricción sustancial justificada de manera temporal por un interés estatal de orden superior.

La situación que se describe en la Turquía configurada por Atatürk no es muy diferente, en lo que respecta a la situación de las mujeres de la *banlieue* parisina o marsellesa, donde la presión comunitaria en favor de la utilización de simbología religiosa musulmana es importante y contradice claramente la autonomía femenina²². A partir de estas realidades, se debería analizar con

religioso interpretado de manera estricta. J. CESARI, *Faut-il avoir peur de l'Islam?*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, París, 1997, p. 68. – Idem, “France: islam et tradition républicaine”, *L'Islam en Europe. Problèmes politiques et sociaux*, La Documentation Française, París, 1995, n° 746, pp. 21-30. Según cita: L. THIEUX, “El islam en Francia: seguridad e identidad”, *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 87, 2004, pp. 117-118.

Naïm señala al respecto que sería particularmente ingenuo subestimar el poder nocivo de los movimientos islamistas que incitan al repliegue comunitarista, principalmente, en la juventud de las periferias marginadas. S. NAÏR, “Los inmigrantes y el Islam europeo” en J. PRADO RODRÍGUEZ (coord.), *Diversidad cultural, Identidad y Ciudadanía*, Instituto de Estudios Transnacionales (INET), Córdoba, 2001, p. 104.

²² La Comisión Stasi en su informe recoge testimonios que señalan que «La situation des filles dans les cités relève d'un véritable drame (...) La République ne protège plus ses enfants”. En su informe subraya que las mujeres jóvenes son víctimas de un resurgir del sexismo que se traduce en presiones diversas y violencias verbales, psicológicas o físicas. Se les

mayor precaución la legislación francesa en la materia. Las restricciones legalmente establecidas se fundan en los principios de libertad y laicidad, especialmente en unos centros escolares que no tienen una consideración similar al resto de establecimientos educativos europeos, sino que constituyen, sin que esto suponga una exageración, auténticos “santuarios republicanos”²³.

Frente a la laicidad, la autora considera que las políticas derivadas de este valor son, en conjunto, equivocadas porque «privilegian la irreligión sobre la religión y constriñen la libertad de expresión religiosa sin que se invoque ningún interés gubernamental de orden superior» (p. 168).

En el capítulo IV “La “mirada mental”: el respeto y la imaginación empática” (pp. 175-226) la autora, a través de las obras de Roger Williams²⁴, Gotthold Ephraim Lessing²⁵, Christian Wilhelm von Dohm²⁶, George Eliot²⁷, Margarite de Angeli²⁸ y de algún reciente trabajo periodístico²⁹, nos invita a conocer la realidad de las personas pertenecientes a grupos minoritarios para reconocer en ellas su plena dignidad y los muchos elementos comunes que pueden mantener en relación con los individuos de la mayoría social. Este conocimiento es un paso indispensable para poder apreciar la realidad desde sus particulares puntos de vista. La empatía, en definitiva, es una con-

exige una indumentaria asexualada, bajar la mirada ante un hombre y, si no actúan de conformidad con esas exigencias, son estigmatizadas como “putes”. Algunas jóvenes portan el velo voluntariamente pero otras lo hacen bajo coacción o presión. Se dan casos de preadolescentes a las que se les impone el uso del velo incluso recurriendo a la violencia. Las mujeres, tras ceder a las presiones y portar el velo, recuperan su libertad de movimiento. El velo les ofrece, paradójicamente, la protección que les debería garantizar la República. B. STASI, *Laïcité et République. Rapport au Président de la République*, cit., p. 46-47.

²³ “En la escuela de la República no son acogidos simples usuarios, sino alumnos que llegarán a ser ciudadanos autónomos (...) Se trata de un espacio específico, sujeto a reglas específicas, con la finalidad de garantizar la transmisión del saber en un contexto sereno. La escuela no debe estar de espaldas al mundo pero los alumnos deben estar protegidos del furor del mundo (...) se debe favorecer la distancia en relación al mundo real para, así, permitir el aprendizaje” Ídem, p. 56.

²⁴ R. WILLIAMS, *A key into the language of America*, Applewood Books, Bedford, 1997.

²⁵ G. E. LESSING, *Natán el sabio*, trad. Agustín Andreu, Espasa-Calpe, Madrid, 1985.

²⁶ C. W. DOHM, *Über die bürgerliche Verbesserung der Juden*. Zweyter Theil. Nicolai, Berlin u. Stettin 1783.

²⁷ G. ELIOT, *Daniel Deronda*, trad. Jacinto Formet, Homologens, Madrid, 2011.

²⁸ M. ANGELI, *Thee, Hannah!* Herald Press, Scottsdale (Pennsylvania), 2000. – ID., *Bright April*, Doubleday, New York, 1947.

²⁹ B. GHOSH, “Islamophobia: Does America Have a Muslim Problem?”, *Time*, 30 august 2010, en <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,2011936,00.html>

dición necesaria para el respeto, la convivencia y la construcción del consenso en las sociedades pluralistas.

Nussbaum elogia la tarea de los autores antes citados en la medida en que en sus elaboraciones literarias “en primer lugar, presentaron los hechos verdaderos; al mismo tiempo, hicieron volar la imaginación de los lectores atrayéndola hacia ese mundo y animándoles a preocuparse por las personas que allí se encontraban; por último, convencieron a los lectores de que aquellas personas no eran repugnantes ni malignas en realidad, sino dignas de su amistad y respeto” (p. 225).

En el capítulo VI “El caso de Park 51” (pp. 227-283), se recoge la polémica surgida a raíz de la intención de construir un centro cultural que incluía una mequita en un terreno próximo a la “zona cero” de Nueva York. Tras relatar todos los pormenores del proyecto y las reacciones favorables y adversas que éste ha venido suscitando, la autora nos recomienda que ante controversias de este tipo llevemos a cabo la muy importante distinción entre los “derechos constitucionales implicados” y las “razones de conveniencia”.

En el caso de Park 51 nadie pone en duda, salvo algunos portavoces del neoconservadurismo estadounidense, que los promotores del proyecto gozan de plenos derechos para la promoción del proyecto, otra cuestión es si es sensato, útil o aconsejable que sigan adelante con ese plan en vista a la controversia que ha estallado en torno a él.

Sin que resulte explícito el apoyo de la autora al proyecto, en el libro a la hora de evaluar las cuestiones prudenciales se nos invita a actuar con coherencia, imaginación empática para ver el mundo a través de las minorías culpabilizadas y en posesión de una información suficiente que nos permita adoptar una postura libre de prejuicios y sesgos cognitivos.

En el capítulo VII “Cómo superar la política del miedo” (pp. 285-290), se insiste en la exigencia socrática de una “vida examinada” como primer paso para hacer frente a las nuevas formas de intolerancia religiosa³⁰. En concreto, la autora, reiterando la premisa que da inicio al libro, nos invita a adoptar una perspectiva que combine tres elementos: (i) unos principios políticos que expresen un respeto igual hacia todos los ciudadanos y ciudadanas, y una interpretación de lo que estos principios significan en un contexto de pluralismo como el actual; (ii) un pensamiento crítico riguroso que detecte y critique

³⁰ Vid. M. NUSSBAUM, *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*, Andrés Bello, Barcelona, 2001, pp. 28 y ss.

las incoherencias, en especial, aquellas que nos inducen a hacer excepciones con nosotros mismos; y, por último, (iii) un cultivo sistemático de la “mirada mental”, esa capacidad imaginativa que hace posible que veamos cómo es el mundo desde el punto de vista de una persona de distinta religión o etnia.

El libro comentado, sin que sea mi propósito condicionar a los futuros lectores, debe ser objeto de un análisis crítico en torno a tres cuestiones.

En primer lugar, debe prestarse especial atención a la identificación generalizada que se hace de las sociedades europeas contemporáneas con las comunidades basadas en factores étnicos, religiosos y culturales. Esto puede ser característico de determinados países pero no de la totalidad de los Estados europeos. Muchos de ellos han hecho importantes esfuerzos por constituirse en auténticas comunidades políticas basadas en valores abstractos como la libertad, la igualdad y la solidaridad que pueden recibir la adhesión de cualquier individuo y que, por tanto, resultan incluyentes. Es importante recordar que el *patriotismo constitucional* está muy presente en la comprensión que de los fundamentos estatales tienen muchos ciudadanos del viejo continente. Esta noción resulta, por definición, contraria a los nacionalismos excluyentes, a la imposición de visiones omnicomprendivas de la vida buena y es garantía de que, una vez alcanzado el consenso en las cuestiones de la estructura básica de la comunidad política, cada uno de los ciudadanos es libre de desarrollar el proyecto vital que autónomamente decida³¹.

En segundo lugar, si bien el pluralismo debe asumirse como un valor positivo y necesario en las democracias modernas, existe un debate que no puede omitirse y que guarda relación con los niveles, tanto cuantitativos como cualitativos, de la diversidad que puede llegar a soportar una sociedad para que su cohesión y sus mecanismos de solidaridad continúen siendo eficaces³².

³¹ Vid. D. STERNBERGER, *Patriotismo constitucional*, trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001. Concepto desarrollado por J. Habermas quien, por ejemplo, señala: “Para nosotros, ciudadanos de la República Federal, el patriotismo de la Constitución significa, entre otras cosas, el orgullo de haber logrado superar duramente el fascismo, establecer un Estado de Derecho y anclar éste en una cultura política, que, pese a todo, es más o menos liberal”. J. HABERMAS, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 216. “La nación de ciudadanos encuentra su identidad, no en comunidades étnico-culturales, sino en la práctica de los ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación” Ídem, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 522.

³² En este sentido resulta interesante el debate actual sobre la eventual reforma migratoria en Estados Unidos en el que se argumenta específicamente sobre este aspecto vid., desde una perspectiva conservadora, HERITAGE FOUNDATION, “Immigration Reform: A Step-by-Step Approach”, *Backgrounder*, n.º. 2819, June 24, 2013 y, desde una perspectiva liberal D.

Por último, es necesario prestar especial atención a la crítica que se formula a la laicidad francesa. Es habitual considerar que este principio fundacional del régimen republicano es contrario al hecho religioso. Esta lectura requiere matices. La laicidad francesa debe interpretarse atendiendo a su origen histórico y a los objetivos que persigue en el presente. La libertad de conciencia y la igualdad son los fundamentos del modelo francés pero, además, busca, a través de la neutralidad y la separación, garantizar que los espacios públicos –especialmente la escuela– sean lugares para el encuentro y el mestizaje social, libres de coacciones y en los que la convivencia esté asegurada. Además, el valor de la laicidad no renuncia, sin que haya motivo para ello, al objetivo ilustrado de la emancipación a través de la razón y muestra especial preocupación por la unidad de un cuerpo social que debe enfrentarse a la amenaza que representa un repliegue comunitarista cuya realidad no puede ser negada³³.

La nueva intolerancia religiosa es un trabajo cuya lectura resulta indispensable para conocer la actualidad del debate relativo al tratamiento de la diversidad tanto en la sociedad norteamericana como europea. Su lectura es muy recomendable atendiendo a la gran calidad argumentativa que se hace presente en los temas abordados y a los valores que subyacen en la reflexión. La defensa decidida de la libertad, la igualdad y la tolerancia resultan muy necesarias en éstos momentos en los que, en conjunción con una crisis económica sin precedentes, se intensifica el enfrentamiento identitario. Es obligado manifestar el más alto reconocimiento a la autora por el trabajo realizado.

ANDRÉS MURCIA GONZÁLEZ
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: wmurcia@der-pu.uc3m.es

GRISWOLD, "Comprehensive Immigration Reform: What Congress and the President Need to Do to Make It Work", *Albany Government Law Review*, vol. 3, num. 1, winter 2009.

³³ La defensa más reciente de este concepto de laicidad la encontramos en la Loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République, articles 3, 9 et 28.

David BONDIA GARCIA, Antonio JIMÉNEZ LUQUE, *The Colombian Enigma*, Huygens Editorial, Barcelona, 2012, 261 pp.

JAUME SAURA ESTAPÀ
Universitat de Barcelona

Palabras clave: pueblos indígenas, conflictos armados, víctimas
Keywords: indigenous people, armed conflicts, victims

La línea de investigación que vertebra todos los artículos de esta publicación en inglés viene determinada por un tema que ha preocupado desde hace tiempo a *iusinternacionalistas* e historiadores: el conflicto armado en Colombia. Sin embargo, una perspectiva que parecen tener muy clara los autores de esta monografía desde el inicio de sus reflexiones consiste en no centrarse de nuevo en el análisis del papel que han jugado y juegan los diversos actores armados (ejército, guerrillas, grupos beligerantes, paramilitares y mercenarios) en el conflicto colombiano. Son conscientes que Colombia ha vivido y vive en un prolongado conflicto armado interno que perjudica especialmente a los grupos especialmente vulnerables, como son, entre otros, las mujeres, los campesinos, los afro-descendientes y los indígenas. De esta forma, su premisa de partida consiste en apreciar que el conflicto ha generado no solamente distintas violencias sino, también, diferentes tensiones de carácter social y económico en las comunidades afectadas. La articulación de las tendencias políticas y de los intereses económicos entre las diversas organizaciones armadas rivales, que se disputan el monopolio de la fuerza y de la depredación, ha fomentado violaciones sistemáticas a los derechos humanos sobre las comunidades e individuos que se resisten a su imperio y a la expropiación forzosa de sus territorios. Parece que, fruto de esta reflexión, los autores decidieron que su línea de investigación iba a focalizar sus prioridades en prestar especial atención a las víctimas invisibles del conflicto y a su apuesta por la resistencia civil frente a las amenazas y violaciones de los derechos humanos que sufren día a día.

Se trata, pues, de un conflicto de múltiples dimensiones, que para los autores constituye un *enigma* puesto que, existiendo abundante literatura sobre el mismo y un gran número de especialistas que han dedicado ingentes esfuerzos en su análisis y resolución, aún pervive y afecta a millones de personas. De esta forma, cualquier intento de hallar una solución definitiva pasa por un compromiso decidido que pretenda abordar todas sus dimensiones y que no quede circunscrito a un conflicto entre el ejército y las guerrillas o los grupos paramilitares.

De esta forma, el conjunto de esta monografía ofrece una serie de reflexiones alrededor de seis dimensiones que están muy presentes a día de hoy en la República y en la sociedad colombiana: el derecho propio de los pueblos indígenas; la interculturalidad en el Estado-nación; la existencia de mercenarios junto al ejército y las guerrillas; la necesidad de conservar la memoria de las víctimas invisibles del conflicto armado y social; la lucha contra la degradación medioambiental, la crisis alimentaria y la pérdida de la biodiversidad; y la gestión integral, sostenible y no mercantilista del agua. Seis dimensiones que nos pueden ayudar a descifrar los códigos que se esconden tras el enigma colombiano en aras a tener las herramientas necesarias para implementar, en la medida de lo posible, los acuerdos necesarios para la terminación del conflicto y para la construcción de una paz estable y duradera en Colombia.

En rigor, esta interesante y necesaria monografía consiste en una reflexión sobre la realidad de Colombia y las perspectivas de futuro realizada por un *iusinternacionalista* (David Bondia Garcia) y un historiador (Toni Jiménez Luque) en aras a lograr dimensionar en todas sus perspectivas y aristas diversos factores que se velan y desvelan lo que para ellos constituye el llamado enigma colombiano.

Al *iusinternacionista* (David Bondia) le corresponde la autoría de los siguientes capítulos: *"From Global to Local or Local to Global: Convergences and Differences Between International Law and Indigenous Rights"*, *"The Enigma of Interculturality in a Globalised World: a Challenge for Human Rights"*, e *"Importing and Exporting Mercenaries: the Colombian Case"*. Y, al historiador (Toni Jiménez) le corresponde la autoría de los capítulos: *"The Conflict Observatory: A Way of Conserving the Memory of the Invisible Victims"*, *"Contributions from the Worldview of the Indigenous peoples in the Fight against Environmental Degradation, the Food Crisis and the Loss of Biodiversity in the Planet: The "Good Living" and Indigenous Agroecology as Solutions"* y *"Water, Indigenous Peoples and Interculturality: Towards an Integrated, Sustainable and Non-Commercial Water Resource Management?"*.

Así, en el primer capítulo (*"From Global to Local or Local to Global: Convergences and Differences Between International Law and Indigenous Rights"*), se refleja cómo la situación de hostigamiento que han sufrido y sufren los pueblos originarios de Colombia ante la violencia de paramilitares, ejército, guerrilleros, narcotraficantes y mercenarios, está implicando el desplazamiento forzoso para poblaciones indígenas enteras que rompen con gran parte de sus raíces. Pues bien, un fenómeno menos conocido, pero igualmente dañino para la identidad indígena, consiste en la pérdida del Derecho propio, que también puede acaecer sin que necesariamente se produzca un proceso violento de devastación cultural. Fenómeno que conlleva la destrucción de las autoridades tradicionales de estos pueblos, de los valores de la cultura indígena, la violación de derechos humanos y la utilización de la violencia indiscriminada para la resolución de cualquier conflicto.

En el segundo capítulo (*"The Enigma of Interculturality in a Globalised World: a Challenge for Human Rights"*), al reflexionar sobre conceptos muy presentes en la realidad del Estado y de la sociedad colombiana como interculturalidad, globalización, Estado-nación, cultura, crisis cultural, pluralismo cultural, identidad, diversidad, universalidad y relativismo, entre otros, el autor percibe cómo algunas de las estructuras sobre las que se ha construido el templo de los derechos humanos pueden tambalear. Su postura ha consistido en considerar que tienen unos cimientos sólidos aunque es necesario apuntalar determinados aspectos. Todo esto implica un proceso de deconstrucción previo puesto que, según el autor, estamos demasiado acostumbrados a vivir en un contexto ("frame") con unos criterios de diversidad muy concretos, que deben ser replanteados para repensar cómo somos nosotros y cómo se organiza la sociedad.

En el tercer capítulo (*"Importing and Exporting Mercenaries: the Colombian Case"*), se focaliza la atención en otra problemática a la que debe enfrentarse la sociedad colombiana, al contraponerse seguridad democrática y seguridad humana. Así, otra de las realidades que se manifiestan en el caso colombiano consiste en la emergencia de un actor apenas visualizado y muy relacionado con Colombia: los mercenarios. Este actor tiene una doble vertiente: por una parte, una notable y a veces desconocida incidencia dentro del conflicto colombiano y, por otra parte, una implicación en otros conflictos puesto que se da la circunstancia que diversos ex-movilizados del conflicto colombiano han probado mejor suerte como mercenarios en el exterior.

En el cuarto capítulo (*"The Conflict Observatory: A Way of Conserving the Memory of the Invisible Victims"*), retornando a la conceptualización de las víc-

timas, el autor aprecia la importancia y la necesidad de hacer visibles a las víctimas de todos los conflictos del planeta en general y, en el caso de las víctimas invisibles en Colombia, considera que se debe partir de la premisa de que no pueden existir respuestas políticas al conflicto si primero no se les hace justicia a ellas. Sin embargo, para que este discurso sea efectivo hay que concretar qué injusticias produce la violencia en cada lugar y momento, porque solamente así se podrá saber de qué se está hablando cuando se hace referencia a la memoria de las víctimas. El proceso de explicar la verdad es una obligación para cada Estado que sufre un conflicto armado, de la que no debería escapar la República de Colombia.

En el quinto capítulo (*“Contributions from the Worldview of the Indigenous peoples in the Fight against Environmental Degradation, the Food Crisis and the Loss of Biodiversity in the Planet: The “Good Living” and Indigenous Agroecology as Solutions”*), se aprecia que otro de los ataques que está sufriendo la sociedad colombiana es fruto de los daños ambientales: la degradación ambiental genera nuevos abusos de derechos y agrava los que ya existen. Las violaciones de derechos humanos originadas por problemas ambientales revisten una extrema gravedad porque las generan conductas o actividades sistemáticas y no casuales, porque afectan a grupos de personas o comunidades enteras, porque tienen continuidad en el tiempo y efectos que se multiplican, trascienden su origen y acaban afectando a los derechos de las generaciones actuales y futuras, y porque vulneran múltiples derechos humanos. En Colombia y en otros Estados de América Latina, a lo largo de los siglos, la relación entre los pueblos indígenas y su medio ambiente ha sido menoscabada, entre otros motivos, a causa de la desposesión o del traslado forzado a partir de las tierras tradicionales y los lugares sagrados.

Y, finalmente, en el sexto capítulo (*“Water, Indigenous Peoples and Interculturality: Towards an Integrated, Sustainable and Non-Commercial Water Resource Management?”*), se presta especial atención al hecho de que en Colombia, como en gran parte de nuestro mundo, la privación del acceso al agua constituye una crisis silenciosa que sufre la población más pobre y que está siendo tolerada por aquellos que cuentan con los recursos, la tecnología y el poder político para resolverla. Es una crisis que está frenando el progreso humano, relegando a grandes segmentos de la humanidad a vivir en la pobreza, la vulnerabilidad y la inseguridad. Esta crisis se cobra más vidas que un conflicto armado, debido a las enfermedades que el agua insalubre provoca. También refuerza las graves desigualdades de oportunidades que

dividen a naciones pobres y ricas en un mundo cada vez más próspero e interconectado y que clasifica a los habitantes de un mismo Estado según la riqueza, el género y otras características de desventaja.

Como cabe observar, los temas abordados a lo largo de los seis capítulos de este libro cobran plena actualidad, a día de hoy, tras el anuncio por parte del Gobierno de la República de Colombia y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia del *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* de septiembre de 2012. Como es conocido, en este acuerdo se establece que la construcción de la paz es un asunto de la sociedad en su conjunto que requiere la participación de todos, sin distinción. Este anuncio de las conversaciones directas para lograr poner fin al conflicto como condición esencial para la construcción de la paz estable y duradera tiene diferentes puntos en la agenda que, en mayor o menor medida, tienen reflejo a lo largo de los distintos artículos que se presentan en esta monografía.

En fin, esta muy recomendable monografía pone de manifiesto que posiblemente para la solución del conflicto en Colombia sea necesaria una visión generalista que vea que más allá del conflicto armado hay víctimas que han sido sistemáticamente invisibilizadas y múltiples y variadas realidades que es necesario analizar para poder interpretar y entender de forma íntegra el enigma colombiano.

JAUME SAURA ESTAPÀ
Universitat de Barcelona
e-mail:jsaura@ub.edu

Octavio SALAZAR BENÍTEZ, *Masculinidades y ciudadanía*.
Los hombres también tenemos género, Dykinson, Madrid, 2013, 468 pp.

JAVIER VILAPLANA RUIZ
Abogado

Palabras clave: masculinidades, género, democracia paritaria, patriarcado
Keywords: forms of masculinity, gender, paritary democracy, patriarchy

I. Alguna vez escuché que Javier Marías solía contar algo parecido a que, en la mayoría de las ocasiones, no hallamos los libros que nos interesan o que pueden cambiar nuestra vida, sino que por el contrario, son ellos mismos los que, azarosamente, nos buscan y encuentran, emergiendo como una tabla de salvación en mitad del océano.

Una de las últimas obras que *me ha encontrado* y que me ha servido para, desconcertarme primero –arrojándome a la perplejidad del ciudadano que se siente injustamente privilegiado–, para más tarde abrirme paso entre el proceloso mar (siguiendo la acertada imagen líquida de Zygmunt Bauman) que todo lo invade y en el que cada vez más resultan precisas brújulas para navegar y navegarse en la constante, pero variable, incertidumbre, es el libro que nos ocupa.

Así, se dedicarán las líneas que siguen a un acercamiento e invitación a conversar, dialogar e incluso disentir con el pensamiento del Profesor Octavio Salazar Benítez recogido en su obra *Masculinidades y ciudadanía* (con el sugerente subtítulo, “los hombres también tenemos género”).

Se trata de un ejemplar trabajo –profundo, reflexivo, sistemático, razonado e irónico a veces– que aborda cuestiones políticas, jurídicas, sociales, filosóficas, semánticas o culturales, y ello porque las ramas del patriarcado se extienden sin fin en cualesquiera de los ámbitos de actuación humana, tiéndolos de *naturalidad* –las cosas son así porque son así–. Pero además, al dejarnos derivar por sus páginas, también podremos disfrutar de (muchas y muy

acertadas) referencias cinematográficas, de series de ficción (todo una sección del libro se titula *Mad Men*), o de literatura (Virginia Woolf, muy presente, es todo un referente del autor), que se antojan islas en las que naufragar.

Comienza el libro con una introducción tan sugerente como su provocativa portada¹, que trata de situar al hombre frente al espejo. En este punto, el libro del Profesor Salazar construye un doble juego de espejos en el que esta tabla de cristal sirve tanto para reflejar y dar imagen de quien se sitúa frente a él, como para, al igual que en *Alicia en el país de las maravillas* y *A través del espejo*, poder cruzar a un nuevo orden, una nueva construcción social donde la paridad sea la única e innegociable regla de vida en común. La democracia o será paritaria o no será, afirma categóricamente el autor, como veremos más adelante.

En este primer acercamiento a las tesis del libro, sus páginas nos muestran un modelo de hombre que se ha ido construyendo como el único posible, como el naturalmente aceptable (competitivo, líder, universal, dominante, ganador, capitalista, etc.) sumiendo incluso a los propios varones en una suerte de esclavitud que les encierra en un unívoco e incuestionable modelo de macho.

La diversidad masculina estaría proscrita en las reglas patriarcales, que han derivado en un exclusivo –y excluyente– patrón de hombre que el Profesor Salazar –bebiendo de la expresión de Myriam Miedziam, en una acertada analogía con las tesis de Betty Friedan y su célebre *La mística de la feminidad*– tilda de “mística de la masculinidad”, otro mal, padecido por los varones, que tampoco *tendría nombre*.

Pues bien, partiendo de que el hombre se hace –que es un proyecto genético, sí, pero sobre todo cultural e histórico, en los términos que también plantea el filósofo Marina–, el autor pretende dejar constancia de que la masculinidad no es una forma de ser –esencia– universal y constante, sino un fluir cambiante y susceptible de adoptar múltiples y alternativas formas.

En este sentido, y siguiendo las enseñanzas del premio nobel Amartya Sen, podemos concluir que todos y todas somos diferentes, pero diferentes de un modo diverso², de tal suerte que son posibles infinitas y eventuales maneras de ser hombre –también, claro, de ser mujer–, de modo que el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española, C.E.) permite que cada cual elija, asentado en los cimientos de la innegociable dignidad humana, su propio plan de vida.

¹ Les invito a dejarse seducir por la obra fotográfica de Fernando Bayona, autor de la lección de *esgrima* que abre *Masculinidades y Ciudadanía*.

² A. SEN, *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Madrid. 1997.

II. La “cartografía” –según el D.R.A.E., el arte de trazar mapas–, se ha convertido para el Profesor Salazar en una recurrente metáfora a la que, una y otra vez, gusta de acudir para ayudarse a caminar por un mundo en el que cada vez es más difícil encontrar cosas que permanezcan siendo sólidas.

Un mapa tiene, al menos, dos utilidades: una actual y otra potencial: en primer lugar nos ayuda a conocer el terreno que pisamos, describiendo sus accidentes y recovecos; en segundo –y quizás más importante– lugar, nos sirve de guía para alcanzar un destino deseado. En este punto, y de nuevo retomando las enseñanzas de Marina, el ser humano se caracteriza por crear proyectos –como el de la libertad, la dignidad, la igualdad– y tender hacia ellos, actuando, pergeñando hábitos que desembocan en futuros que antes se antojaron *nolugares* o utopías.

Con tal premisa *Masculinidades y ciudadanía* nos sirve pues tanto como cartografía de las actuales y desdeñables estructuras patriarcales, como de “mapa del tesoro” en orden a alcanzar la igualdad material (artículo 9.2 de la C.E.) que es presupuesto y límite de cualquier sociedad realmente justa y de todo estado social y democrático de derecho cualitativamente digno de considerarse como tal.

Así las cosas, realizan los dos primeros capítulos del libro (titulados “El género de la ciudadanía” y “Construyendo la democracia paritaria”) un recorrido histórico-jurídico por la *cara oscura de la luna*, el reverso acallado de los acontecimientos, el itinerario de los lugares silenciados. Así el Profesor Salazar nos recuerda –o nos enseña por vez primera– que la revolución francesa, liberal y burguesa –germen de nuestra actual situación de progreso ciudadano– fue sólo para unos pocos, por unos pocos y de unos pocos, quedando la mitad de la población (las mujeres, sí) al margen. En las afueras.

Es, leemos en estas páginas, en este momento donde lo masculino se erige en categoría de universal, en única concreción de cuanto hay.

El hombre *es* (caracterización falazmente esencialista), la mujer *hace*.

Se combate por el autor la, artificiosa y simplista, división binaria que parte del patriarcado³, de tal manera que se articula un enfrentamiento entre lo masculino y lo femenino, lo público y lo privado, el ser y el hacer, lo universal y lo particular, la cabeza y el corazón, etc.

³ Entendido por el Profesor Salazar de acuerdo con las concepciones de Adrienne Rich, como “cualquier clase de organización grupal en la cual los machos mantienen el poder dominante y determinan cuál es el papel que deben jugar o no jugar las mujeres, y en el cual las capacidades asignadas generalmente a las mujeres son relegadas a los dominios místicos, estéticos, y excluidas de lo práctico y lo político”.

Estas díadas suponen un doble hurto para el ser humano: hombres y mujeres resultan apartados y excluidos de aquellos atributos *proprios del contrario* de tal modo que si bien ellas quedan excluidas de la vida política, intelectual, literaria, cultural, etc. quedando relegadas a la casa –ámbito privado– y a las tareas de cuidado, también ellos resultan alejados de aquello que resuena a femenino –de ahí, como resalta el autor, la homofobia patriarcal– con lo que el varón se somete al yugo de tener que ser, sí o sí y en cualquier caso, un héroe viril.

La contraposición, sin más, de estos elementos binarios no sólo por tanto ha venido cerrando contumazmente las puertas a la igualdad, sino que ha narrado una historia –jurídica, política, cultural, como nos relata el Profesor Salazar– en la que la mitad de la población ha venido quedando inicuaamente excluida. Y, de nuevo citando a Marina, la historia –y sus proyecciones– como actuar social que es, influye en la personalidad individual de cada uno de nosotros, a su vez, artífices de esa historia performativa.

Con tal premisa, en estos capítulos re-descubrimos que la *grandeza* de autores como Rousseau –con su distinción, netamente patriarcal, entre *Emilio* y *Sofía*– o la relevancia de acontecimientos como la Revolución Francesa quedan diluidos por su estrechez de miras en cuanto al papel de la mujer y a la, supuesta, supremacía del hombre.

Por todo, tras el recorrido que lleva a cabo *Masculinidades y ciudadanía*, nos queda un poso de tristeza e indignación porque el “relato oficial” –confeccionado, claro es, por varones– dejaba al margen al 50% de la población. Lo masculino es universal, exclusivo, único, relevante. Ese había sido el mensaje (y el lenguaje, instrumento y producto cultural, ha sido un implacable cómplice). Lo femenino quedaba oculto, relegado a la privacidad del hogar, limitado a tareas –la mujer *hace*, recordemos–, de cuidado y atención al *guerrero*, su familia y su prole.

Por tanto, concluirá Salazar Benítez, la Ilustración luchó contra las jerarquías preexistentes pero mantuvo las de género, dejando en la sombra tal actuación, ajena a los ojos de lo masculino. Para tales objetivos se valió, entre otros instrumentos, de un sistema jurídico –no olvidemos que el autor es Profesor Titular de Derecho Constitucional– de corte liberal, creado en la época como reacción frente al antiguo régimen, del que fueron sólo *liberados* los nuevos ciudadanos –antes súbditos– varones, que, paradójicamente, quedaban subyugados bajo el manto del patriarcado y, a su vez, *se olvidaban* de la mujer, que permanecía en su inferior posición pre-revolucionaria.

Esta situación –fáctica y jurídica– no obstante comenzaría a cambiar merced a los movimientos feministas (autoras como Simone de Beauvoir, la citada

Betty Friedan, Mary Wollstonecraft, o la escritora Virginia Woolf) que pondrían de manifiesto tanto las paradojas del sistema –pretendidamente universal pero claramente segregador– patriarcal, como la necesidad de ampliar el campo de libertad y justicia –comenzando por el *cuarto propio* de cada una– hasta lograr la sustantiva igualdad –no la meramente formal, un brindis liberal, padre de notables iniquidades–, elemento definidor de la ciudadanía.

De nuevo por las páginas del libro del Profesor Salazar se lleva a cabo un viaje por la historia conocida –el estado liberal, el estado social, las diversas generaciones de derechos, etc.–, pero se pone el foco sobre las *perdedoras del relato* que nuestros abuelitos nos han contado y que tuvieron que ir luchando, a remolque de la historia, por los derechos que los varones ya habían incorporado a su acervo.

No obstante, es a mitad del segundo capítulo donde emerge ya con toda claridad y pulcritud técnica la figura del Salazar jurista y donde su libro bien puede calificarse de texto fundamental en la ardua tarea de formar y educar a las nuevas generaciones en valores como la ciudadanía, la igualdad, la diferencia o la simple democracia.

Es aquí (tras retratar algunas de las manifestaciones más evidentes de la desigualdad entre sexos: el acceso a los cargos públicos, la violencia de género, etc.) donde encontramos uno de los epígrafes, sin duda, más relevantes del libro, aquél que encierra una máxima que resume el desenmascaramiento del privilegio patriarcal erigido como naturaleza de las cosas: la democracia o es paritaria o no es.

Así la inalienable igualdad entre hombre y mujer se eleva a la categoría de requisito y presupuesto innegociable para el mantenimiento de la paz y la consecución de la justicia social, proyecto común recogido, entre otros textos, en nuestra Carta Magna.

III. En el capítulo tercero, titulado expresivamente “la mística de la masculinidad”, encontramos –una vez más– una cartografía en su función explicativa, esto es, conocemos el territorio de la masculinidad hegemónica, basada en el lugar privilegiado del varón en la sociedad y el rechazo de los valores, actitudes y aptitudes *propios* de las mujeres.

Estos condicionantes (de género, por tanto, culturales y sociales⁴) tienen sus consecuencias también en todas las esferas de actuación humana, desde

⁴ Recuérdese que en el título del libro que nos ocupa ya se nos indica que: *Los hombres también tenemos género*, luego la masculinidad puede deconstruirse y volverse a construir de acuerdo con presupuestos y proyectos culturales, sociales, políticos, etc.

el contrato sexual –contando con la complicidad de un derecho, civil, penal, elaborado por y para el varón–, hasta la homofobia como manifestación de la negación de lo femenino.

Así, se ha conseguido un reparto jerárquico de tiempos, espacios y responsabilidades entre hombres y mujeres (i); una socialización de varones y hembras en valores y pautas de conducta y roles asociados a ese reparto dualista (ii); y una concepción de la paternidad y las relaciones familiares marcada por el reparto de lugares y funciones *proprios de* los hombres y por ellos mismos asignados (iii).

No obstante, las simples y simplistas estructuras binarias a que hemos aludido acaban por atacar cualquier forma de vida elegida legítimamente como proyecto ciudadano –en tanto que manifestación de la dignidad y de las capacidades de cada cual– que se aparte de su encorsetada e interesada estrechez de miras. No debemos perder de vista que el género es cultura y ésta participa (en cuanto a que es manifestación propia) de la naturaleza del “bucle prodigioso”⁵ en tanto que re-hace y es re-hecha, de tal suerte que una simple “oveja descarriada” podría culminar, a ojos del patriarca, en todo un rebaño descarriado.

IV. De todo lo anterior se colige sin esfuerzo que resulta preciso y urgente la confección de nuevas y alternativas masculinidades –el hombre también se hace–, a lo que se dedican tanto el capítulo IV como el V del libro que nos ocupa que comienzan abogando por unos atinados y esperanzadores retos cualitativos –no meramente numéricos o formales– de la democracia paritaria (o, *rectius*, simplemente, democracia).

Con tal objetivo intelectual, el Profesor Salazar propugna una hibridación entre, precisamente, la acuciante necesidad de romper con la (artificial) dicotomía público/privado (en este sentido debe erigirse la armonización de la vida laboral y profesional como un derecho-deber de cada ciudadano, sin distinción de sexo o género), y de otro lado, la insoslayable necesidad de introducir valores y referentes *tradicionalmente* femeninos en la gestión pública y empresarial, y es a que a nadie se le escapa que muchas de las causas de la actual crisis económica –y sus sucesivas crisis institucionales, culturales, sociales, etc.– tienen su engarce en conductas netamente masculinas –el riesgo, la competición, la imprudente vanidad...–

⁵ J. A. MARINA y M^a T. RODRÍGUEZ DE CASTRO, *El bucle prodigioso. Veinte años después de “Elogio y refutación del ingenio”*, Anagrama, Madrid, 2012.

Así las páginas del capítulo cuarto se ocupan de, partiendo del principio de igualdad –constitucionalmente reconocido y tutelado–, y del libre desarrollo de la personalidad, proponer soluciones pactadas que culminen en la conciliación/armonización de los diluidos ámbitos profesionales y familiares.

Lo personal (aquello que se proyecta en el espacio privado) es política y los poderes públicos deben –con base en los principios constitucionales y teniendo presente que en democracia lo “normal” es lo diverso– abogar abiertamente por la consecución de una igualdad material que es la única que justifica la democracia paritaria.

Una vez más, aflora el jurista Salazar en el citado capítulo IV, recorriendo de manera detallada y precisa la doctrina de los tribunales⁶ y la diversa normativa (estatal y autonómica) dedicada a la conciliación, a los permisos de paternidad o a la custodia compartida –corresponsabilidad en tiempos de crisis, según el autor–, etc. Ciudadanía y poder: los dos ejes sobre los que se articulan un sistema constitucional.

Tal análisis legal, no obstante, culmina con el contenido del último capítulo de *Masculinidades y ciudadanía*, el quinto, que como anticipábamos trata de alcanzar una nueva “racionalidad pública” basada en la asunción de los valores propios de lo femenino, especialmente de la “ética del cuidado” –Carol Gilligan– sustentada en la intersubjetividad, el reconocimiento, la solidaridad o la ternura.

De esta ética interesa especialmente su vinculación con la justicia, en tanto que aporta juicios más contextualizados (tiene especialmente en cuenta los detalles de las relaciones y no se basa tanto en principios genéricos) y tiene a valorar más el punto de vista del “otro particular”.

Pero además de lo anterior, Salazar Benítez aboga por la lógica de la sostenibilidad de la vida entendida como proyección al ámbito público –de nuevo la ruptura de la dicotomía privado/público–, de la preocupación por el futuro de sus hijos de toda madre, de tal suerte que, frente a la actual y patriarcal tiranía de la inmediatez –de la siguiente rueda de prensa, del fin del ejercicio fiscal, de las próximas elecciones, etc.– se deben proyectar políticas que tengan en cuenta el mundo que le dejamos a las generaciones venideras.

⁶ Especialmente del Tribunal Constitucional que ha llegado a hablar de “dimensión constitucional” de las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación como desde el mandato de protección a la familia y la infancia.

Con estos mimbres el autor concluye que se hace preciso incorporar a nuestro acervo común el *maternaje*, entendido como la práctica de dedicar tiempo al cuidado de la vida, a sostener y cuidar la vida.

Por último el Profesor Salazar apuesta decididamente por la educación en tanto que, como se viene insistiendo en estas líneas y se explicita suficientemente en *Masculinidades y ciudadanía*, el orden patriarcal es sobre todo cultura y símbolo, por tanto susceptible de deconstrucción y derrumbe para erigir un nuevo marco convivencial en donde la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad, la deliberación entre iguales y la dignidad de cada individuo sean la base para borrar la perversa lógica binaria, el dilema, que ha apartado a las mujeres del espacio público y ha alejado al hombre de los valores, privados, femenino.

Somos historia por hacer y por tanto nos queda todo por decidir, eso sí, tenemos el deber ético de conjugar nuestra ciudadanía en plural, pues la diversidad no sólo es un irrefutable hecho, sino también un valor, de tal suerte que cada persona, a su manera, pueda construir su proyecto vital, desarrollando sus capacidades en igualdad (material) y de acuerdo con su *derecho a estar erguido* (dignidad).

Finalmente se cierra el libro con una “agenda de los hombres por la igualdad” que incluye once⁷ propuestas, denuncias, reivindicaciones, defensas, apuestas y revisiones que se hacen innegociables en orden a conseguir la hibridación de la igualdad material del hombre y la mujer en el espacio público-privado (un todo) compartido por lugares, afectos, pensamientos, encuentros, diálogos, renunciaciones, proyectos, causas, azares y luchas de cada persona, todas diferentes, pero de un modo diverso.

Creo recordar unas palabras del escritor Gustavo Martín-Garzo que venían a decir “el mundo está mal hecho, le dice la protagonista a la abuela. Y esta le contesta: el mundo no está terminado de hacerse, nunca lo hace”. *Masculinidades y ciudadanía* nos propone la cartografía de un hombre nuevo, recién descubierto, un mapa para tratar de ir re-construyendo un mundo cada vez mejor hecho.

JAVIER VILAPLANA RUIZ

Abogado

e-mail: jvilaplana.isonomia@gmail.com

⁷ Que no se trate de un predecible decálogo es una muestra más de la heterodoxia, entendida positivamente como actitud crítica constante, del Profesor Salazar, a todas horas renuente a resultar *domesticado* por la pandémica sinrazón que nos enferma.

**Ben BRADFORD, José GARCÍA AÑÓN, José Antonio GARCÍA
SAEZ, Andrés GASCÓN CUENCA, Antoni LLORENTE FERRERES,**
Identificación policial por perfil étnico en España.
Informe sobre experiencias y actitudes en relación
con las actuaciones policiales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 253 pp.

LOLA BORGES BLÁZQUEZ
Universitat de València

Palabras clave: discriminación, identificación por perfil étnico, legitimidad de la policía
Keywords: discrimination, identification by ethnic profiling, police legitimacy

Bajo el título *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, los investigadores del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València Antoni Llorente Ferreres, José Antonio García Sáez y Andrés Gascón Cuenca, coordinados por el profesor José García Añón, junto con Ben Bradford, investigador del Centre for Criminology de la Universidad de Oxford, analizan las experiencias en las paradas, registros e identificaciones policiales en el Estado español a partir de los datos de dos encuestas de la *Open Society Foundations*. En ellas se evidencia la utilización del perfil étnico o *ethnic profiling* por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad de Estado en la prevención general de conductas delictivas, de modo que las personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas o religiosas tienen más posibilidades de ser identificadas por la policía en la vía pública. La técnica del perfil étnico consiste en la utilización de generalizaciones basadas en la etnia, la raza, el origen nacional o la religión como elemento determinante (aunque no sea el único) para aplicar el Derecho y/o para realizar investigaciones sobre quién ha participado en actividades delictivas o que puedan serlo; esto en lugar de basarse en pruebas objetivas o en el comportamiento individual de los sujetos. Obviamente, la identificación por perfil étnico es una práctica discriminato-

ria y por lo tanto contradictoria con los valores y principios constitucionales, así como con varios convenios internacionales.

Del análisis de los datos obtenidos por las encuestas, los autores constatan que de todas las identificaciones que realizan las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en España, una proporción muy elevada se dirige a individuos de minorías étnicas y extranjeros migrantes de determinadas nacionalidades, lo cual resulta desproporcional con la representatividad de su presencia en nuestro país. Además, esta proporción es también superior en comparación con la actuación de policías y cuerpos de seguridad de otros países de nuestro entorno (p. 107 y ss.).

Como muestran los datos recopilados por parte de los investigadores en la primera parte del informe, estas prácticas son un hecho habitual, extendido y cotidiano dentro de la actuación discrecional de la policía, y se justifica en ocasiones como una técnica necesaria para lograr una mayor efectividad policial (pese a que, como constata el informe al analizar los datos estadísticos, esta práctica no conduce a resultados más efectivos). La dificultad de probar que se ha utilizado el perfil étnico junto con la falta de datos oficiales detallados acerca de la apariencia étnica o de la nacionalidad de las personas identificadas en la calle o de aquellas a las que se ha trasladado a comisaría por la sospecha de que han cometido un delito, una falta o que han quebrantado una norma administrativa, refuerzan la impunidad con la que se llevan a cabo este tipo de conductas por parte de la policía. Esta situación ha sido denunciada y se encuentra bien documentada en informes y estudios realizados por ONG y entidades de la sociedad civil, además de informes de organismos internacionales y del propio Defensor del Pueblo español. Varias normas internacionales insisten en recomendar a los Estados que recopilen información estadística y que publiquen dichos datos sobre los actos de racismo y discriminación racial. En concreto, España está siendo objeto de seguimiento provisional por parte de la ECRl para controlar la observancia de dicha recomendación (p. 98).

Respecto a la estructura del libro, se divide en dos grandes secciones. La primera se corresponde con los dos primeros capítulos, e introduce el marco conceptual y el estado actual de la cuestión. En la segunda parte, los cinco siguientes capítulos, se realiza un pormenorizado análisis de los datos obtenidos en las dos encuestas.

Así, en la primera parte del informe, los autores muestran por qué la identificación por perfil étnico resulta una práctica discriminatoria y contra-

ria al ordenamiento jurídico nacional e internacional (p. 39 y ss.). El hecho de tomar decisiones sobre la investigación en función de los atributos del grupo, por la pertenencia a un grupo étnico, racial, nacional o religioso, en vez de en el comportamiento potencialmente sospechoso de un individuo perpetúa los estereotipos sobre las minorías étnicas acerca de su supuesta propensión a la comisión de delitos, con los consiguientes problemas de incremento del riesgo de exclusión social y marginación. Además, estas prácticas acentúan su impacto negativo en los individuos si las mismas se enmarcan dentro de lo que se conoce como discriminación institucional. El informe analiza las características de este tipo de discriminación y concluye que, en efecto, las prácticas policiales de identificación amparadas en una normativa que implica un tratamiento neutro, pero que toman como punto de referencia la estadística para establecer un perfil en la identificación (por ejemplo, las personas con determinados rasgos tienen más probabilidades de ser extranjeros) realizadas de forma sistemática (por ejemplo, como parte de una política de control nacional o europeo del fenómeno migratorio) cumplen con todos los elementos de la discriminación institucionalizada (p. 73).

En este apartado también se relaciona la realización de estas prácticas con teorías procedimentales de la justicia (p. 74 y ss.), analizando cuestiones tan relevantes como la confianza en el cuerpo de policía, su legitimidad, y los aspectos de cooperación con la justicia y el Derecho.

Otro de los problemas que se abordan en esta primera parte del libro es de qué forma se puede probar jurídicamente la discriminación durante las prácticas policiales de identificación por perfil étnico (p. 85 y ss.), principalmente a partir de las experiencias en Estados Unidos y el Reino Unido. Se incluyen las referencias a la recomendación/obligación de los Estados de recopilar información estadística sobre estas cuestiones, concluyendo que la información de la que se dispone en la actualidad resulta escasa e insuficiente para poder corroborar todas las hipótesis planteadas con los datos obtenidos por las encuestas realizadas.

En la segunda parte del libro se presentan los resultados de la encuesta a partir de los ejes de una teoría de justicia procedimental, incorporando datos e informes procedentes de otras fuentes. Se entiende por justicia procedimental en el ámbito policial que exista un servicio imparcial con respecto a las leyes, un uso del poder justo, respetuoso y que se imparta de forma uniforme (esto implica por tanto, que no haya grupos sometidos a un mayor control que otros). En el capítulo tercero los autores verifican si existe un trato despropor-

cionado en las paradas, registros e identificaciones basadas en perfil étnico. El planteamiento propuesto asume que se puede considerar que la policía goza de legitimidad cuando se cumplen tres condiciones: cuando los individuos perciben que los oficiales de policía actúan respetando formas moralmente válidas, cuando confían en que la policía acata las normas y los procedimientos previstos para regular su comportamiento, y cuando los individuos ofrecen voluntariamente su consentimiento y/o cooperan con la actividad policial.

El segundo de los aspectos de la justicia procedimental utilizado en este informe es la valoración de la efectividad policial al utilizar el perfil étnico, que se vincula desde el punto de vista jurídico, con el requisito de la necesidad. Esto es, ¿era realmente necesario e imprescindible o existía otra forma de actuar alternativa que no causara tanto perjuicio o que no vulnerase ningún derecho?

En lo que respecta a la efectividad policial utilizando el perfil étnico, de los datos analizados se desprende que, pese a que las personas de etnia diferente a la caucásica tienen más probabilidades de ser paradas, no existe una diferencia criminológica o sancionadora significativa en cuanto al resultado de tales paradas (capítulo IV, p. 147 y ss.). Esto indica que la selección por perfil étnico es un criterio altamente ineficaz para identificar a personas que puedan haber cometido un delito u otra infracción legal. Además, esta falta de coherencia y proporcionalidad entre el número de personas identificadas y el número de personas detenidas con posterioridad ya había sido reflejada en informes y encuestas anteriores. Por tanto, afirman los autores, si el trato diferenciado que supone la identificación por perfil étnico, además de ser desproporcionado, no es eficaz y tampoco es necesario puesto que podrían existir otras alternativas menos lesivas con los derechos humanos, resulta por tanto, una práctica totalmente discriminatoria.

A continuación, en el capítulo quinto, los autores estudian el impacto que el encuentro policial tiene sobre las personas identificadas, en dos vertientes: por una parte, tomando en consideración las percepciones que tienen los individuos de los encuentros con la policía y por otra, valorando la calidad y satisfacción hacia la actuación policial. Se trata pues de verificar si la identificación por perfil étnico, además de suponer un trato desproporcionado, ha sido también humillante o desconsiderado, lo que enfatizaría aún más su carácter discriminatorio.

En primer lugar, los autores constatan que no existe predisposición para valorar de forma positiva o negativa los encuentros policiales en función de

la nacionalidad, la religión, el país de nacimiento, o la apariencia, es decir, que estos factores no condicionan la forma en que las minorías entienden los encuentros policiales. Ahora bien, puesto que los datos estadísticos revelan que las minorías de origen magrebí y la comunidad gitana son los colectivos que más sufren la discriminación racial y étnica (p. 115 y ss.) esto resulta coherente con el dato de que estas mismas minorías experimentan una satisfacción sensiblemente inferior en justicia procedimental durante las paradas policiales (p. 164 y ss.). Es decir, entienden que son tratadas de forma menos justa que el resto de la población en los encuentros con policías.

En el último capítulo se examinan los efectos de las paradas policiales en la confianza, la legitimidad y la voluntad de cooperación con la policía. Según la información analizada por los autores, la experiencia de ser parado por la policía, mina la confianza en la misma y socava su legitimidad. Ni siquiera las paradas consideradas satisfactorias tienen un efecto positivo destacable en términos de aumento en la confianza o la legitimidad que los ciudadanos conceden a esta institución. En cambio, en el caso de España, al igual que en otros países, las paradas consideradas neutras o insatisfactorias sí tienen un claro efecto negativo en estos ámbitos. También, como en otros países, se ha podido comprobar que unos niveles de confianza y legitimidad bajos están relacionados con una predisposición menor para cooperar con la policía. Con el tiempo, las paradas policiales pueden provocar efectos negativos que hagan que la vigilancia policial sea más difícil.

Ahora bien, hay que destacar que los autores ponen de relieve que las minorías o grupos de inmigrantes dan una menor importancia a las cuestiones relativas a la justicia procedimental (esto es, el modo en que son tratados) comparado con los “nativos” españoles. Parece que las personas de comunidades minoritarias y migrantes en España tienden, en la actualidad, a confiar más, a conceder más legitimidad, y se muestran igual de dispuestas a cooperar con la policía que la población mayoritaria (p. 214 y ss.). Esto puede deberse, como afirman los autores, a que los grupos de población tengan contextos personales o culturales en los que la conducta policial sea comparativamente mucho más lesiva o vulneradora de derechos, menos justa o menos efectiva, que la policía en España; o bien porque sus contextos de procedencia también pueden predisponerles a percibir a los miembros de la autoridad como legítimos, en aquellos países donde el respeto a las autoridades está más profundamente arraigado que en las culturas de los países europeos. En este sentido, los autores concluyen que la policía española se

está beneficiando de lo que denominan *efecto amortiguador* en lo que respecta a las opiniones de los grupos minoritarios, ya que, en comparación, la población mayoritaria les valora de forma más negativa. No obstante, puesto que la actividad de paradas policiales a peatones en la vía pública parece estar desproporcionalmente enfocada a los grupos minoritarios, existe un riesgo elevado de que esto socave el mencionado amortiguador de forma que, con el tiempo, los grupos minoritarios y de inmigrantes también puedan llegar a tener una opinión negativa. Esto podría dar lugar a un aumento de los conflictos o incluso a enfrentamientos entre las distintas comunidades y la policía, como ha sucedido en otros países donde el fenómeno de la inmigración lleva más tiempo gestionándose que en nuestro país, donde es relativamente reciente (véanse los ejemplos de Reino Unido, Francia o Suecia).

Este trabajo contiene muchos otros puntos relevantes que por motivos prácticos no se han puesto de relieve en esta recensión. En su conjunto, este informe aborda de forma amplia y pormenorizada la utilización del perfil étnico por parte de la policía, ofreciendo una visión científica sobre las características de esta práctica y sus consecuencias. Se recomienda la lectura y la reflexión.

LOLA BORGES BLÁZQUEZ
Institut Universitari de Drets Humans.
Universitat de València
e-mail: m.dolores.borges@uv.es

Massimo LA TORRE, Marina LALATTA COSTERBOSA,
Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto,
Il Mulino, Bologna, 2013, 208 pp.

IVAN VALIA
Università "Magna Graecia" de Catanzaro

Palabras clave: tortura, Estado de Derecho, derechos humanos, dignidad
Keywords: torture, Rule of law, human rights, dignity

¿Legalizar la tortura? Una pregunta que no deberíamos plantearnos nunca, una cuestión escabrosa, un tema que suscita vergüenza, disgusto y pena. Sin embargo, es una cuestión mucho más actual y familiar de lo que podemos pensar, que implica no sólo la parte jurídica, si no que le plantea grandes preguntas al filósofo del derecho, al sociólogo, que influencia mucho en el ámbito de la política y tiene una importancia fundamental en el ámbito moral. De todo esto son muy conscientes los autores del libro, Marina Lalatta Costerbosa y Massimo La Torre, que se enfrentan a este delicado tema privilegiando no sólo un único ángulo visual, ni limitándose a profundizar la cuestión exclusivamente desde un punto de vista jurídico, si no investigando también una serie de perspectivas de carácter histórico, teórico, moral. Lo que más sorprende y convence al mismo tiempo, es que los autores establecen pronto una especie de auto-defensa, que difícilmente puede no ser compartida: comunicar al lector que el hecho mismo de discutir sobre este tema, trae consigo un elemento de culpa, ensucia de alguna manera el alma y la dignidad de quien se encuentra en esta discusión.

El texto se divide en dos partes: la primera, escrita por Marina Lalatta Costerbosa, aborda el problema con mayor atención al perfil histórico; en la segunda parte Massimo La Torre, sin embargo, prefiere una investigación principalmente jurídica. Vale la pena señalar que, a pesar de esta división, el texto presenta una clara homogeneidad, dada por el hecho que los autores aparecen en total armonía en los contenidos y en el método.

La tortura es un tema contradictorio. Lalatta Costerbosa quiere pronto aclarar este punto: incluir la discusión en el ámbito jurídico es una contradicción. Estado de Derecho y tortura son términos que no se pueden poner en el mismo nivel. La alternativa es clara: o se toman en serio las reglas y los principios del derecho (otro tema que se repite constantemente en el libro), o se permite la tortura y el uso indiscriminado de la fuerza, que muy poco, o nada, tienen que ver con la dimensión jurídica. En confirmación de esto, está el hecho de que los gobiernos que suelen utilizar ese odioso instrumento son precisamente aquellos, sobre todo los regímenes tiránicos, que se caracterizan por un uso excesivo de la fuerza y, aún más, de la violencia.

Bueno, si estamos “obligados” a hablar de ello, es precisamente a causa de la relación eterna que ha existido, y aún existe, entre la fuerza y el derecho, entre algunas de las variaciones que el poder puede tomar si no se correlaciona simultáneamente con formas adecuadas de control, y el sistema jurídico que de alguna manera debe limitar y poner debajo de sí precisamente el uso de la fuerza. Por lo tanto, así como Massimo La Torre hará en la segunda parte del libro, hay muchos ejemplos que muestran como la estrecha relación entre el Derecho y la fuerza ha sido a menudo, de hecho, una relación entre lo jurídico y la violencia. La tortura es uno de los hijos naturales de esta relación y, a través de una serie de excusas y argumentos políticos y jurídicos, en los últimos decenios, autores, abogados, hombres de Estado, intentaron solucionar la práctica en el mundo del Derecho.

Que el Derecho juega con los elementos del poder, de la fuerza y, por desgracia, de la violencia, no es ciertamente una novedad: en la primera parte del texto se cita en este sentido a Norberto Bobbio, quien afirmó que la existencia de la fuerza dentro del Derecho no puede ser cuestionada, en todo caso, el problema es entender cómo está inserta en los caminos marcados por el Estado de Derecho o, por decirlo de otra manera, la cuestión es entender las formas en que la fuerza se ha institucionalizado, y cuáles son los efectos que resultan de esta institucionalización. En este sentido, como veremos, será especialmente La Torre quien resalta, claramente rechazándola incondicionalmente, cuáles fueron las estrategias para hacer la práctica de la tortura legal, legítima y aceptable. Si se da por sentado que de alguna manera la violencia estaba positivizada dentro de la jurisdicción moderna, al mismo tiempo debe haber una clara conciencia de que la contraparte, el límite del abuso del poder, se encuentra dentro de las cartas constitucionales. La sensación que se desprende es de gran preocupación, el temor es que las batallas que se han librado en nombre del

Derecho, desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, sean frustradas por estos intentos de hacer habitual una práctica tan bárbara y tan lejos de cualquier discusión relativa al discurso jurídico. No puede de ninguna manera ser, tanto a nivel práctico como a nivel conceptual, que vivan juntos en el mismo plano y en el mismo tiempo aquella “soberanía de los valores” de la que a menudo se ha hablado en los últimos años, y un “regreso a la tortura”, como aquello a lo que hemos tristemente asistido recientemente. La obra de constitucionalización, así como los principios relacionados con ella, deben ser la referencia continua y constante. La razonabilidad, la reflexión moral, siempre deben preceder a la afición y la fuerza.

Se hizo hincapié en que como La Torre y Lalatta Costerbosa no elijen un sólo punto de vista para discutir el tema, y de otro modo no se podría dar, por supuesto, ya que hay muchos aspectos involucrados.

La tortura ha jugado una función decisiva en el área judicial: fue medio de prueba, por ejemplo, tanto en la época romana, como en la griega, y luego sufrió una parada en la Alta Edad Media.

Pero a lo mejor lo más interesante y problemático es el perfil político, teniendo en cuenta que a menudo ha sido la política la estrategia de la justificación de esta práctica. A veces, el argumento justificador ha sido la protección de la República, en otras ocasiones la seguridad pública. En este sentido se invocan, entre otros, dos autores: Bodino y Thomasius. Bodino incluso argumentó que no sólo no era necesaria una justificación, sino que la cuestión estaba de alguna manera conectada con un sentido de la justicia. Por el contrario, Thomasius negó absolutamente la posibilidad de que el problema pudiera estar relacionado con la justicia, por el simple hecho de que la tortura es contraria, no sólo al Derecho natural, sino incluso a la moral cristiana y la presunción de inocencia.

En el segundo aspecto, el de la seguridad pública, se muestra la opinión de Pietro Verri, que enfatizó la falta de lógica total de este tipo de justificación, siendo falaz, entre otras cosas, la lógica según la cual el sacrificio de un individuo protegería el interés colectivo mayor. No hay garantías en este sentido también razonando en el dato, difícilmente contestable, que no todos los bienes son fácilmente cuantificables y, en consecuencia, fácilmente balanceables.

Siempre Thomasius otorga a los autores la posibilidad de insertar, en la discusión, un elemento que nos permite entender otro parámetro que a menudo ha sido utilizado como una causa adicional de justificación.

Él, como hemos visto, separa claramente el discurso sobre la tortura de cualquier referencia a la justicia y abre la posibilidad de conexión con la utilidad. Sólo el utilitarismo (en el volumen se refiere expresamente a Bentham), reconoce un cierto valor a la tortura, ya que el interés de muchos, como afirma la teoría, tiene que prevalecer sobre los demás. El sentido de piedad que puede surgir de su imposición, tiene un valor mucho más bajo que la utilidad de la misma, si se tiene en cuenta también otra circunstancia: el castigo en cuestión es menos malo, menos extremo que otros, tiene de hecho un campo de acción y efectos de lo más limitado y, por lo tanto, se presta menos a abusos. Pero aquí nos olvidamos el hecho de que la persona torturada, para aliviar el sufrimiento, podría dar respuestas confusas, contradictorias, falsas, sin raciocinio (en este punto se recuerda que ya el absolutista Hobbes creía que las declaraciones obtenidas bajo tortura no pueden considerarse pruebas).

Bueno, si nos decidimos a abordar la cuestión con la lógica consecuencialista, deberíamos atenernos a simples cálculos y a criterios sólo cuantitativos. Pero la cuestión que surge entre las líneas del texto, aunque no explícitamente, es la siguiente: ¿cómo se puede solucionar este problema utilizando sólo un banal cálculo prudencial, cuando en juego hay algo mucho más complejo, y que no se puede calcular en estos términos, y que es la dignidad humana?

Hay muy poco de útil, de hecho la tortura anticipa y evita cualquier juicio; es casi como si esto funcionase en curso, ya que, cuando se tortura, se expresa un juicio, que es sospechar que la víctima podría ser culpable.

Así llegamos a la convicción de su inutilidad, así como su inmoralidad y la irracionalidad. En concreto, esta última se debe principalmente al hecho de que con la imposición de esta forma particular de aflicción se violan los derechos humanos más básicos íntimamente relacionados con la dignidad. Con la tortura, entonces hay una igualdad total entre sujeto culpable y sujeto inocente. El hecho, además de evitar cualquier relación con el tema de la justicia, denota que no existen vínculos, en términos más generales, ni con la legalidad ni con el derecho mismo. Es también a través de esta especificación adicional que los autores pueden reiterar una vez más que los términos de tortura y el ámbito jurídico son entre ellos contradictorios.

En este sentido los autores recuerdan a Beccaria por lo cual, con la tortura, y a través de esta falta de diferenciación entre el culpable y el inocente, el que va a sufrir un perjuicio, será, paradójicamente, el segundo. De hecho, el punto de partida para ambos sujetos involucrados es la capacidad de resistencia: el culpable, sólo porque sea robusto de cuerpo, tendrá un "premio",

la no imposición de la pena, y esto no tiene nada que ver con el derecho, sino sólo con las habilidades físicas y la terquedad del individuo; el inocente, que por desgracia no tiene la misma fuerza física, podrá, al final, inclinar la cabeza y optar a una pena ilegítima e injusta, en lugar de continuar con la tortura. De acuerdo con esta idea, señalan los autores, está también Filangieri.

El dilema entonces que debemos plantearnos es: ¿qué tiene esto que ver con la averiguación de la verdad, con la exigencia de seguridad jurídica, con el pretexto de la legalidad que en el Estado de derecho debe ser constante? Debemos darnos cuenta, entonces, que aquí estamos hablando muy sencillamente de resistencia del cuerpo, de mayor o menor fuerza de un hombre sobre otro, más allá de la inocencia y de la culpa, y, más allá, sobre todo, de la consideración de las características y de las especificaciones de cada individuo, en primer lugar, las morales.

Debemos refutar drásticamente otro bastión de los partidarios de la tortura: el hecho de que proporcionaría algo de seguridad social. En todo caso es lo contrario: ¿cómo pueden los ciudadanos sentirse protegidos por un gobernante que contempla la tortura entre las hipótesis posibles? ¿Dónde está la relación de confianza que se establece entre soberano y súbdito, cuando el primero determina esa práctica que hemos definido irracional, injusta e innecesaria? ¿De qué manera estamos protegidos por el derecho si se permite este tipo de abuso que es estructuralmente desordenado e indeterminado?

La referencia a la incertidumbre no es aleatoria porque con la tortura, más allá de cualquier razón justificativa que se desea poner en su fundación, no se encuentra *el* culpable, sino *un* culpable.

Como se ha mencionado inicialmente, no hay grandes líneas distintivas entre la primera y la segunda parte del libro. Sin embargo, si realmente queremos tener un carácter especial en los últimos tres capítulos, es la reconstrucción de los intentos de juridificación de la práctica de la tortura. En el texto se citan algunos casos, cómo, por ejemplo, el ataque a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, que se ha convertido en un pretexto y justificación para la introducción de nuevas formas de violencia en el sistema jurídico. Esto se hizo a través de estrategias –tanto de carácter moral que más puramente jurídico– que han servido para legitimar la práctica. Es innecesario señalar cómo La Torre trata de debilitar cualquier argumento en apoyo de la tortura, en línea con lo que ya se ha dicho en la primera parte.

La historia y la política, el autor parece decir, a menudo parece haber olvidado el camino recorrido: la obra de constitucionalización que ha afectado

a la realidad occidental de la Segunda Guerra Mundial, evidentemente, no es garantía suficiente para evitar la construcción de los sistemas jurídicos aberrantes. Con demasiada frecuencia la violencia, tras la justificación del poder estatal, se repitió con dramática actualidad, a través de las formas más dispares. Horrores como la guerra preventiva y, dentro de ella, de prácticas como esa en cuestión, no nos puede sorprender. Citando uno de los más grandes filósofos contemporáneos del derecho, es decir, Robert Alexy, *La Torre* reitera que hay un espacio en el que reside lo “discursivamente imposible”; deberíamos tener una obligación moral, con respecto a ciertas cuestiones, no sólo a abstenerse de cualquier discusión, sino, de hecho, también a desviar el pensamiento de ellas.

Dada por supuesta la presencia institucionalizada de la violencia dentro del Derecho, hay un gran riesgo de que se pierda la supremacía de la razón, de la argumentación y del respeto a los principios en frente de la dura normatividad y de la validez, de la manera más radical que se puede atribuir a él. Hoy –nota tristemente el autor– está teniendo lugar no simplemente un retorno de la fuerza, sino un salto cualitativo en la forma de inserción de las prácticas violentas dentro de los sistemas jurídicos. Asistimos, casi sin armas, al florecimiento de nuevas estrategias argumentativas, jurídicas y morales, a través de las cuales tratamos de ofrecer al poder no sólo una fuerza renovada, sino también una disociación total de cualquier forma de control, una ausencia total de restricciones con respecto a la ley y a la Constitución misma. Nos encontramos dramáticamente en frente de una perspectiva marcadamente decisionista, en la que es el jefe que, en primera persona, pone en marcha el acto resolutorio, justificándolo siempre con el mismo motivo del bien mayor y de protección de la comunidad.

El Profesor de la Universidad de Catanzaro observa que existen dos personas que en Estados Unidos se han distinguido por haber teorizado, a través de los métodos que ya mencioné, lo que se ha explicado hasta ahora: los dos consultores del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, John Yoo y Jay Bybee. El primero, en particular, es el verdadero teórico de la atribución de poderes excepcionales. No es un riesgo hablar de decisionismo, porque es a través de su doctrina que reaparece el Presidente como el último guardián de la Constitución: sólo por medio de la decisión política se puede llegar a un razonamiento jurídico correcto y no por órganos, como los tribunales de justicia, que son “políticamente irresponsables”. Parece que se haya vuelto atrás casi un siglo y estar frente a la teoría de Carl Schmitt; resurgen de hecho los

fundamentos de la decisión de Schmitt: el poder, también en las formas de la fuerza y de la violencia, se pone en las manos firmes del Presidente, la única persona capaz de distinguir entre *amigo* y *enemigo*. ¿Pero con una decisión de este tipo qué garantías y qué formas de protección se pueden proporcionar al sujeto? ¿En qué lugar quedan relegados los derechos fundamentales? El escenario es el de una suspensión real del derecho: si esto sucede, para el desafortunado, cualquier resultado es posible, y uno de estos resultados es precisamente la tortura. Probablemente es también a esto a lo que los autores se refieren escribiendo, en el subtítulo del libro, “auge y caída del Estado de Derecho”.

En este punto en el volumen se procede a un análisis de las diferentes estrategias argumentativas y justificativas de la tortura: tenemos un grupo de estrategias que pueden ser descritas como “moralizantes”, y otro grupo que es más acerca de los diferentes argumentos jurídicos. En el primero emergen una serie de puntos de apoyo, en este caso dentro del ámbito moral, que deberían servir para hacer de alguna manera aceptable la práctica de la tortura. Las informaciones que enlazan los dos consultores del Departamento de Justicia de los Estados Unidos son el estado de emergencia, la seguridad nacional, la afirmación de los poderes excepcionales y casi ilimitados del Presidente de los Estados Unidos (teniendo en cuenta que también es el comandante supremo de las operaciones militares).

Y en este contexto de excepcionalidad se procede a una redefinición audaz de la tortura, estableciéndose un umbral muy alto (equivalente al dolor causado por una lesión física) por debajo del cual no se puede hablar de la tortura y que se permite prácticamente todo.

En general, los argumentos suministrados y criticados rápidamente por los autores, muestran una voluntad para que aparezca la tortura como una práctica legal y que, por lo tanto, no debe permanecer sumergida, ocultada y atribuida de manera no explícita al poder ejecutivo. Por otra parte, si el Estado no hace este tipo de coacción (porque se afirma incluso la igualdad total entre la mera coacción y la tortura), esto no estaría cumpliendo su función de protección de los ciudadanos. El Estado debe tener la defensa propia, una especie de auto-defensa más amplia de lo que es para el individuo, teniendo en cuenta que las razones morales del primero prevalecen sobre las del segundo.

Los argumentos jurídicos también demuestran la abstracción del sistema de derecho positivo y su insuficiencia para oponerse a “nuevos enemigos”;

así aunque la Convención de Ginebra parece ser una referencia obsoleta, que no es capaz de responder a las necesidades que se derivan de la guerra contra el terrorismo. El hecho que, entonces, el sistema no contemple la tortura, mostraría incluso la presencia de un vacío. De nuevo los autores aprovechan para resaltar que, a través de estos tratamientos, y por medio de los argumentos que apoyan los mismos, los derechos humanos pierden su propia centralidad, además de su carácter de universalidad.

Creo que el elemento que surge con más fuerza, leyendo el libro, es la voluntad de quien lo escribió de rescatarse del pecado nacido en el momento mismo de hablar de ese tema. Para confirmar esto, existe la continua e incesante crítica a la indeterminación, a la futilidad, a la crueldad no sólo de la tortura, si no de todas las estrategias que en los últimos años están intentando hacerla algo legítimo, quizás antes sobre el plano moral y sobre el jurídico. La tortura por esa misma naturaleza es excesiva, no limitable, desproporcionada e impredecible. Ella tiene que ser rechazada en sentido absoluto porque, también en el momento en la que se acepta solamente un “poco” de tortura, pondríamos en duda cualquier sentido de justicia, violaríamos nuestras reflexiones morales y, en la batalla entre seguridad jurídica y total indeterminación, dejaríamos ganar a este última.

Como afirma Rawls, citado regularmente en el texto, no nos plantearíamos un elemento fundamental, o sea la singularidad de las personas; se relegaría la dignidad humana a un rol marginal, equiparándola a cualquier otro bien que pueda ser cuantificado, evaluado, calculado, meditado y balanceado. En virtud propia de la singularidad de las personas y del valor absoluto de la dignidad humana no podemos ir mínimamente hacia atrás y no podemos entonces aceptar de alguna manera que encuentre, en el mundo del Derecho, una práctica tan aberrante. Si lo hacemos, daríamos valor a los argumentos que de alguna manera intentaron dimensionar el problema para institucionalizarlo, para hacer que parezca un mal menor.

Pero un mal menor, como recuerdan los autores citando a Hannah Arendt, siempre es un mal.

IVAN VALIA
Università “Magna Graecia” de Catanzaro
e-mail: ivan.valia@hotmail.it

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

MARIO LOSANO

Es Catedrático emérito de la Università Amedeo Avogadro del Piemonte Orientale y profesor de la Escuela de Doctorado de la Universidad de Turín. Es doctor honoris causa por las Universidades de Hannover, Montevideo y Carlos III de Madrid. Recibió el premio de investigación de la Fundación Alexander von Humboldt (1995) y la Cruz de Honor en ciencia y artes del Gobierno austriaco (2012). Ha publicado más de cincuenta libros y más de quinientos artículos científicos en revistas de todo el mundo. Sus principales líneas de investigación son la informática jurídica, la historia de las ideas jurídicas, el derecho comparado y la Filosofía del Derecho. Es un gran especialista en Hans Kelsen y en Rudolf von Jhering. Sus últimas investigaciones han girado en torno a la geopolítica.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

Es Profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Rovira i Virgili. Consultor de Derecho Constitucional en la Universitat Oberta de Catalunya y profesor de diferentes programas de máster y doctorado en diversas universidades españolas y latinoamericanas. Doctor en Derecho y Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, ha sido investigador visitante en universidades de Europa, Estados Unidos y América Latina. Sus temas de investigación son los derechos sociales, los procesos constituyentes y constitucionalismo latinoamericano, democracia y Justicia Constitucional, la sociología jurídica y la teoría del Estado. Sus últimos libros son *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas* (2010) y *Utopía y Poder Constituyente* (2012).

ILENIA MASSA PINTO

Profesora asociada confirmada de Derecho constitucional en la Universidad de Turín. Grandes obras: *La superbia del legislatore di fronte alla "natura delle cose". Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l'art. 29 della Costituzione* (2012); *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, (2011); *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali* (2003); *La crisis constitucional italiana en la fase actual de la "lucha por la constitucion"*, en *Teoria y Realidad constitucional*, 2005; *"Il bilanciamento degli interessi nella legge sulla privacy"*, en M. G. Losano (ed.), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni* (2001).

JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES

Profesor Titular de Universidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz. Director de la Facultad de Ciencias del Trabajo (Sede de Algeciras). Autor de noventa publicaciones, entre ellas "Las relaciones intergubernamentales en el Derecho Constitucional Español", que obtuvo el Premio de Estudios Constitucionales 1812 del Centro de Estudios Constitucionales 1812. Miembro del Proyecto Consolider Ingenio HURI-AGE, responsable del

Grupo de Investigación SEJ-058 del Plan Andaluz de Investigación y miembro del Proyecto Nacional I+D de la Universidad de Concepción (Chile) sobre desarrollo territorial y del Proyecto HOST de la Unión Europea con la Universidad de Cádiz y de Lecce (Italia), entre otras. Ha sido responsable de seis proyectos de cooperación interuniversitaria con las Universidades de San Luis (Argentina) y Abdel Malek Essadi (Marruecos) y miembro de proyectos de investigación del Instituto de la Judicatura de Bolivia y de la Universidad Católica de Cuyo (Argentina), entre otros. Estancias en las Universidades de Roma 1-La Sapienza, Harvard University, Concepción (UDEC-Chile) y Universidad de Ciencias Aplicadas de Trier (Alemania).

JUAN JESÚS MORA MOLINA

Profesor Titular de Universidad de Filosofía del Derecho y Política, actualmente en la Universidad de Huelva y con anterioridad en la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Es autor de un amplio elenco de publicaciones en editoriales y revistas de prestigio, nacionales y extranjeras, sobre Filosofía del Derecho, Filosofía Política, Sociología del Derecho, Teoría de la Democracia y Derechos Humanos. Es miembro del grupo de investigación de excelencia SEJ-277 (Derechos Fundamentales, teoría general) y participante en varios proyectos I+D a nivel regional y nacional. Asimismo, imparte docencia como profesor invitado en diversos másteres oficiales con mención de calidad y es director y/o coordinador de diferentes colecciones de pensamiento en reconocidas editoriales españolas, y codirector de la *Revista Internacional de Pensamiento Político*.

PAOLA CHIARELLA

Es doctora en "Teoría del derecho e ordine giuridico europeo". Es profesora ayudante doctora en la Facultad de Derecho de Catanzaro donde enseña Informática Jurídica. En los últimos años ha trabajado en temas de justicia social, eutanasia, libertad de expresión, discapacidad, laicidad. En estos momentos se ocupa de la cuestión de la protección social de los migrantes y ciudadanía.

AINHOA LASA

Es Doctora Europea en Derecho (2009). Ha publicado varias monografías sobre derecho comunitario europeo: *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, (2011); *Los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado: aporías de la dimensión social en la Unión Europea* (2011). Ha publicado artículos relacionados con los derechos fundamentales, el modelo territorial de distribución del poder, y la gobernanza económica europea.

LUIS M. LLOREDO ALIX

Es Licenciado en Humanidades (2005), Máster en Derechos humanos (2007) y Doctor en Filosofía del Derecho (2011) por la Universidad Carlos III de Madrid. Tanto en la licenciatura como en el doctorado obtuvo premio extraordinario. Es especialista en historia de las ideas jurídicas y políticas, especialmente alemanas, y en filosofía del derecho. Ha publicado un libro sobre el pensamiento de Rudolf von Jhering (2012) y más de una quincena de artículos entre revistas y obras colectivas, sobre temas que van desde la fundamentación de los derechos humanos, hasta la discusión sobre el positivismo jurídico, pasando por la problemática de los derechos sociales o el Estado constitucional. Fue becario FPU y ha realizado estancias de investigación en las universidades de Múnich (2006, 2007 y 2009), Milán (2008) y Frankfurt (2010 y 2011). En la actualidad es profesor e investigador del Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas".

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 (**fcovavier.ansuategui@uc3m.es; 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.*

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; 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 publicactions: 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).

