



DERECHOS Y LIBERTADES #37

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 37, Época II, junio 2017



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 III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

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.ansuategui@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 ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

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

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (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

Democracia y constitucionalismo	17
<i>Democracy and constitutionalism</i>	

FRANCESCO RICCOBONO

Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: Pluralidad y descolonización	31
<i>Refoundation of constitutional theory in Latin America: Plurality and decolonization</i>	

ANTONIO CARLOS WOLKMER - SAMUEL MÂNICA RADAELLI

Vida privada sin intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo	51
<i>Private life without privacy. An approach to the effects of technological interferences into the personal sphere</i>	

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN

La objeción de conciencia y las dos caras de la vulnerabilidad. Una cuestión de límites delicada.....	85
<i>Conscientious objection and the two sides of vulnerability. A sensitive problem of limitations</i>	

MICHELE SAPORITI

Cuando legislar no es suficiente: las consecuencias prácticas de los artículos 6 y 68 de la Constitución española	103
<i>When enacting laws is not enough: the practical consequences of the 6th and 68th articles of the Spanish Constitution</i>	

JUAN JESÚS MORA MOLINA

La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad.....	131
<i>The construction of a human rights model for children, with or without disabilities</i>	

IGNACIO CAMPOY CERVERA

Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda.....	167
<i>Legal capacity and assisted decision-making. Lessons from the recent legal reforms in Argentina and Ireland</i>	

ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ

La interpretación jurídica entre Estado monoclasa y Estado pluriclase	193
<i>Legal interpretation between the mono-class State and the multi-classes State</i>	

MARCO COSSUTTA

Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de Conceptos.....	207
<i>Legal science in the Historical School of Law and the Jurisprudence of Concepts</i>	

JOAQUÍN GARRIDO MARTÍN

El acceso a los centros de internamiento para extranjeros como control y garantía de derechos	233
<i>The access to foreigners' detention centres as control and guarantee of rights</i>	

IKER BARBERO

RECENSIONES

Francesco BIONDO, *Desobediencia civil y teoría del derecho*.....259

RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ

Hugo SELEME; Guillermo LARIGUET; Oscar PÉREZ de la FUENTE;
René GONZÁLEZ de la VEGA (dirs.),
Democracia. Perspectivas sociales y económicas.....269

JESÚS MORA

Roldolfo ARANGO RIVADENEIRA, *Realizando los derechos.
Su filosofía y práctica en América Latina*.....281

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS

Fernándo LIZÁRRAGA, *Marxistas y liberales. La justicia,
la igualdad y la fraternidad en la teoría política contemporánea*.....293

CRISTIÁN AUGUSTO FATAUROS

Delia MANZANERO, *El legado jurídico y social de Giner* 299

FRANCISCO M. BALADO INSUNZA

NOTICIAS

III Congreso Internacional “El tiempo de los derechos”,
Cádiz, 17 y 19 de noviembre 2017.....313

Seminario “La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen”
Università di Napoli Federico II, 26-27 enero 2017 316

Participantes en este número 319

NOTA DEL DIRECTOR

En este número que el lector tiene en sus manos, incluimos una serie de trabajos de temática diversa. Ello es expresión del carácter abierto de *Derechos y Libertades* y de la voluntad de aquellos que trabajamos en la revista de reflejar la pluralidad y riqueza del debate doctrinal que se desarrolla en la actualidad en torno a los derechos fundamentales en particular y a la Filosofía del Derecho en general.

En su trabajo *Democracia y constitucionalismo*, Francesco Riccobono se plantea una pregunta básica: ¿en qué medida la actual crisis de la democracia es también una crisis del Estado democrático de Derecho? A la hora de responder a esta pregunta, el profesor de la Università Federico II di Napoli se refiere al hecho de que una de las razones de la crisis actual de la democracia está relacionada con la adopción general de la forma político-jurídica del Estado constitucional de Derecho caracterizado por una hipertrofia de las modalidades “jurídicas” de gestión de las relaciones sociales y de adopción de las decisiones políticas. Por eso, la democracia corre el riesgo de encontrarse enjaulada en inmensos y oscuros complejos de disposiciones normativas de diverso tipo, que impiden la participación de los ciudadanos ordinarios y reservan la cosa pública a la especialización de unos pocos técnicos.

Antonio Carlos Wolkmer y Samuel Mânica Radaelli, en *Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización*, se centran en la demostración de que la eclosión de los nuevos movimientos sociales en las últimas décadas del siglo pasado y la institucionalización de algunos textos constitucionales en América Latina han desencadenado un escenario de cambios paradigmáticos en el campo de la Política y del Derecho. Dichos cambios han favorecido el denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que promueve una ruptura con el constitucionalismo liberal y al mismo tiempo apunta a otro horizonte de constitucionalidad en el que el pluralismo jurídico ocupa una posición referente relevante.

Por su parte, José Martínez de Pisón aborda el tema de la relación entre intimidad y nuevas tecnologías en *Vida privada sin intimidad. Una aproximación a los efectos de las intromisiones tecnológicas en el ámbito íntimo*. En dicho

trabajo, se aborda la evolución de la noción de intimidad como consecuencia de la influencia de los avances tecnológicos, que están modificando sustancialmente las relaciones sociales y, al mismo tiempo, también el enfoque de la intimidad. Al estudiar la respuesta jurídica frente a esta realidad, se aborda la cuestión del origen y del desarrollo del derecho a la intimidad, y de la necesidad de su reconceptualización, para pasar a continuación al estudio de la aparición de nuevos derechos, sobre todo, a causa de la acción judicial: el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido digital.

En el siguiente trabajo, Michele Saporiti analiza la relación entre objeción de conciencia y vulnerabilidad. En efecto, en *La objeción de conciencia y las dos caras de la vulnerabilidad. Una cuestión de límites delicada*, y tras exponer un breve panorama histórico-jurídico, centra el discurso en diversos mecanismos a través de los cuales funciona jurídicamente la objeción de conciencia, haciendo especial referencia al contexto italiano y francés. Tras ello, se ofrece una visión teórico-jurídica de la objeción de conciencia como derecho positivo y se indican algunos límites para su ejecución en el ámbito del Estado constitucional de Derecho.

Juan José Mora Molina aborda los problemas de representación política que se derivan de determinadas interpretaciones de los arts. 6 y 68 de la Constitución española, en *Cuando legislar no es suficiente: las consecuencias prácticas de los artículos 6 y 68 de la Constitución española*. En este trabajo, se abordan algunas dimensiones de del contexto electoral en nuestro país, analizando las consecuencias prácticas de los artículos 6 y 68 CE, desde el momento en que se considera que ambos son relevantes para comprender la situación actual de la representación política, del sistema electoral y de partidos en nuestro país, así como de los derechos políticos que están en juego.

Por su parte, Ignacio Campoy, en *La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad*, explica por qué tanto el modelo de proteccionismo “renovado”, consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño, como el modelo social de la discapacidad, promovido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resultan finalmente inadecuados conforme al actual modelo de los derechos humanos. Ambos modelos han supuesto un avance en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, en general, y de los derechos de los niños con discapacidad, pero no por ello carecen de dimensiones susceptibles de ser analizadas críticamente.

En *Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda*, Antonio-Luis Martínez-Pujalte toma como referencia el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su potencial a la hora de reclamar una profunda revisión de las legislaciones nacionales, para reconocer a las personas con discapacidad el derecho a gozar de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, y a recibir los apoyos que precisen para su ejercicio. A partir de ahí, en su estudio examina las reformas legislativas en el ámbito de la capacidad jurídica recientemente aprobadas en Argentina e Irlanda, para concluir afirmando que ambas reformas suponen un sustancial avance y muestran a otros Estados el camino a seguir, aunque presentan puntos criticables.

La relación que existe entre las teorías de la interpretación jurídica y determinados modelos de sociedad constituye el objeto del trabajo *La interpretación jurídica entre Estado monoclasa y Estado pluriclasa*, en el que Marco Cossutta examina algunas sentencias de la Corte Constitucional italiana y la doctrina que en torno a ellas se ha desarrollado con el fin de evidenciar mejor la cuestión interpretativa en el paso del Estado monoclasa al Estado pluriclasa. En dicho estudio, el profesor de la Università di Trieste evidencia profundas modificaciones en las concepciones de las fuentes del Derecho, la certeza del Derecho, la división de poderes y, en fin, los derechos fundamentales.

La perspectiva teórica es la asumida por Joaquín Garrido Martín en *Ciencia del Derecho en la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de Conceptos*. En dicho trabajo se analizan los elementos esenciales de la historia de la Jurisprudencia alemana del siglo XIX, básica para el desarrollo de la ciencia jurídica. Para el autor, la relevancia de la Jurisprudencia alemana del siglo XIX se debió al interés por el estudio de las fuentes para trabajarlas de manera actualizada, sobre las que se construyó una dogmática jurídica que quería responder a las nuevas exigencias de la sistemática ilustrada y a las necesidades de cambio de una nueva sociedad. Dado el estado de crisis de nuestro Derecho, el análisis del debate intelectual en torno al fenómeno jurídico y al concepto de Justicia que se desarrolló en aquel momento puede ser útil en la actualidad.

El artículo de Iker Barbero, sobre *El acceso a los centros de internamiento para extranjeros como control y garantía de derechos* cierra este número. Desde el momento en que jueces, fiscales, defensoría del pueblo, parlamentarios, y relatores internacionales pueden visitar los Centros de Internamiento para

Extranjeros, estos operadores cobran especial relevancia en el control de la actividad de estos centros, hasta el punto de que la Administración del Estado, de la que dependen estos centros, puede estimar, configurar o incluso denegar las visitas. En este trabajo se analiza el papel de cada uno de los actores con capacidad de control y su alcance, con el fin de justificar el acceso pleno e inmediato a autoridades públicas a los CIEs como herramienta imprescindible para defensa de los derechos y garantías de los internos.

El número se cierra con las habituales secciones dedicadas a las reseñas y a las noticias. Pero no quiero terminar esta presentación sin recordar que la publicación de este número se ha beneficiado de una ayuda concedida por el Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid, dentro del Programa propio de ayudas a la investigación. Además, seguimos contando con la inestimable ayuda que la Fundación Enrique Luño Peña nos viene prestando desde hace algún tiempo y que facilita el mantenimiento de la labor de la revista.

Espero que la lectura de los distintos trabajos incluidos en el número 37 de *Derechos y Libertades* sea de utilidad para el lector.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ARTÍCULOS

DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO*

DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM

FRANCESCO RICCOBONO
*Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Napoli Federico II*

Fecha de recepción: 25-9-16

fecha de aceptación: 17-1-17

Resumen: *El Estado constitucional no puede no ser un Estado democrático. ¿En qué medida, entonces, la actual crisis de la democracia es también una crisis del Estado democrático de Derecho? La respuesta que se sugiere en el presente ensayo constata una de las razones de la crisis actual de la democracia en la adopción general de la forma político-jurídica del Estado constitucional de Derecho caracterizado por una hipertrofia de las modalidades “jurídicas” de gestión de las relaciones sociales y de adopción de las decisiones políticas. La democracia corre el riesgo de encontrarse enjaulada en inmensos y oscuros complejos de disposiciones normativas de todo orden y grado, que impiden la participación de los ciudadanos ordinarios y reservan la cosa pública a la especialización de unos pocos técnicos.*

Abstract: *The constitutional State is necessarily a democratic state. To what extent, then, the current crisis of democracy is also a crisis of the democratic rule of law? The answer suggested in this essay considers as one of the reasons for the current crisis of democracy the general adoption of the political-legal form of the Constitutional State, characterized by a hypertrophy of the “legal” forms of management of the social relations and political decision-making. Democracy runs the risk of being caged in immense and obscure sets of normative dispositions of every order and degree, hindering the participation of ordinary citizens and reserving public affairs to the expertise of a few technicians.*

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

Palabras clave: Constitucionalismo, democracia, globalización, participación, certeza del Derecho.

Keywords: Constitutionalism, democracy, globalization, participation, certainty of Law.

El nexo entre Estado constitucional de Derecho y democracia es muy estrecho. Desde un punto de vista histórico, el Estado constitucional de Derecho ha sido la forma de Estado elegida, al final de la Segunda Guerra Mundial, por las fuerzas políticas democráticas para construir y garantizar un orden social basado en los valores de libertad e igualdad y para cortar todo vínculo con el pasado autoritario y dictatorial. Esta razón histórica de la expansión europea del constitucionalismo, como práctica político-institucional y como teoría político-jurídica, no debe olvidarse. Dicha razón define polémicamente la identidad del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX en los términos de la oposición radical frente a todo resurgir de autoritarismo y queda como rasgo identitario de su actual evolución neoconstitucionalista¹. Desde un punto de vista teórico, el Estado constitucional de Derecho no puede no ser un Estado democrático. El necesario vínculo entre derechos fundamentales y democracia –hoy considerado obvio por la conciencia común democrática– encuentra, de hecho, su más neta confirmación y la mayor protección en la forma del Estado constitucional de Derecho². No por casualidad, en la teoría discursiva de Robert Alexy, por ejemplo, la necesaria pretensión de corrección de los ordenamientos jurídicos encuentra respuestas positivas en el constitucionalismo democrático que satisface “dos

¹ Una evolución prevalentemente teórica. Existe una fuerte controversia sobre el concepto de “neoconstitucionalismo” y sus relaciones con el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Véase la densa reconstrucción del concepto llevada a cabo por M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012, pp. 13-32. Las aporías de la relación entre “constitucionalismo”, “neoconstitucionalismo”, e “iuspositivismo” son mostradas por L. FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, pp. 24-27. Utilizaré en estas páginas, el término en el significado estricto, y reductivo, de una evolución de la teoría constitucionalista que subraya la conexión entre Derecho y moral en el fundamento de los derechos y que desarrolla a través de los derechos, así considerados, una correspondiente idea de democracia.

² La aguda pugna entre constitucionalismo y democracia tras la Segunda Guerra Mundial es breve, si bien incisivamente, descrita por P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 40-48.

exigencias cardinales respecto al contenido y a la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”³.

Hoy, la expresión “crisis de la democracia” aparece con altísima frecuencia en la literatura politológica y jurídica mundial. Circunscritos al contexto italiano de los estudios filosófico-jurídicos y filosófico-políticos de los últimos tres años, encontramos contribuciones cuyos títulos lanzan un grito de angustioso peligro. Marina Lalatta Costerbosa habla de “democracia asediada”⁴; Geminello Preterossi se pregunta sobre “aquello que queda de la democracia”⁵; los filósofos de la política dedican su Congreso nacional de 2013 a la “crisis de la democracia”⁶; un famoso lingüista, Raffaele Simone, reconstruye “cómo fracasa la democracia”⁷; Nadia Urbinati describe una “democracia desfigurada”⁸. Es sólo una pequeña muestra que puede enriquecerse fácilmente con otros títulos, ya por sí elocuentes, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional⁹.

La literatura del siglo XX nos había, en realidad, acostumbrado desde el inicio del siglo, al tratamiento, repetido y alternado, de dos temas: la inevitabilidad de la democracia y la crisis de la democracia. También aquellos que alimentaban sentimientos autoritarios se sentían en la obligación de oponerse al ideal democrático “con una reverencia cortés o al amparo de una estudiada máscara de terminología democrática”. Así escribía Hans Kelsen, en el fulgurante comienzo de la primera edición, 1920, de *Vom Wesen und Wert der Demokratie*¹⁰, reproducido también en la edición de 1929. Democracia como un lugar común político, por tanto, del cual no se puede huir. Pero, precisamente en cuanto lugar común, es un nombre tendencialmente vacío que necesita continuas redefiniciones en relación con las convulsiones sociales y las revoluciones políticas que dan contenidos diversos a la concreta e histórica

³ R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 55.

⁴ M. LALATTA COSTERBOSA, *La democrazia assediata. Saggio sui principi e sulla loro violazione*, DeriveApprodi, Roma, 2014.

⁵ G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

⁶ *Crisi della democrazia*, a cura di Laura Bazzicalupo, Mimesis, Milano-Udine, 2014.

⁷ R. SIMONE, *Come la democrazia fallisce*, Garzanti, Milano, 2015.

⁸ N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e libertà*, Università Bocconi Editore, Milano, 2014.

⁹ Para una visión de conjunto, reenvío al capt. XI, “La democrazia tra crisi e trasformazione”, de S. PETRUCCIANI, *Democrazia*, Einaudi, Milano, 2014, pp. 214-232.

¹⁰ H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de la segunda edición alemana por R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, p. 11.

expectativa de democracia. De aquí una fisiológica “crisis” de la democracia, en cuanto forma de gobierno que debe reflejar sentimientos, expectativas y necesidades de sujetos empeñados en la construcción de su historia y, por tanto, absorbidos en el tiempo que cambia hábitos, cuerpos y mentes de los hombres. Frente a la identidad igual a sí misma de los regímenes teológicos, tiránicos y autoritarios, la democracia, como autonomía, está destinada a estar siempre en crisis ya que lleva en su interior el desenvolverse en el tiempo de la vida de los hombres que quieren decidir sobre sí mismos. De aquí una necesaria –y vital– inestabilidad definitiva.

Hoy permanece la sensación de una inevitabilidad de la democracia, quizás reforzada por la constatación de que “al menos la mitad de la humanidad vive en un régimen democrático (más de mil millones sólo en la India), y de la otra mitad una buena parte aspira en cualquier caso a vivir en una democracia, aunque no vivan en ella”¹¹. La “crisis de la democracia” de la que se habla hoy, me parece, sin embargo, que tiene rasgos diferentes a las acostumbradas “crisis” del siglo XX, a menudo dramáticas en sus consecuencias autoritarias. Estas crisis indicaban generalmente un conflicto con una forma de gobierno antagonista, conflicto que culminaba en una derrota para los gobiernos de inspiración democrática. Si bien la democracia mantenía su identidad “polémica” hacia regímenes autoritarios y tiránicos, no se discutía su posibilidad de ser una forma política de la sociedad. Creo que en los textos antes citados surge, al contrario, una duda, por decirlo así “definitiva” y no “definitoria”. Ya no existen las condiciones de existencia para una forma de gobierno democrático. Utilizando una fórmula ya famosa, puede decirse que las sociedades complejas constituyen un “terreno inhóspito” para la democracia. Todos podemos intuir fácilmente a qué se hace referencia. La financiarización de la economía, la aceleración del tiempo a escala global, el impulso de la agresividad supranacional que surge de la globalización, la transformación de la esfera pública por la debilidad de los medios tradicionales. Alessandro Ferrara nos ha ofrecido un precioso inventario de estas “condiciones de inhospitalidad”, que se añaden a las identificadas por Frank Michelman en los años ochenta-noventa del siglo XX¹².

¹¹ A. FERRARA, “La democrazia fra crisi e trasformazione”, en *Crisi della democrazia*, cit., p. 273.

¹² *Ivi*, pp. 274-280. Michelman se centró en la inmensa extensión del cuerpo político en las sociedades modernas, en la complejidad de la articulación institucional, en el anonimato de los procesos de formación de la voluntad política y en el carácter irreductible del pluralismo cultural, irreductibilidad acentuada por los fenómenos de migraciones de masa y de ra-

Obviamente se puede reaccionar frente a estas “condiciones inhóspitas” o, por lo menos, no considerarlas “condiciones insuperables” sino más bien “insidias” contra la democracia –como hace Marina Lalatta Costerbosa– que, en tanto potencialmente letales, pueden ser neutralizadas gracias a la implementación de un paradigma constitucionalista centrado en la visión del Derecho como límite frente a la fuerza¹³.

Hemos llegado así a la cuestión que quería plantear. Dado el vínculo entre democracia y Estado constitucional de Derecho, ¿la crisis de la democracia es también crisis del Estado constitucional de Derecho? ¿Se trata del mismo fenómeno visto desde dos puntos de vista diferentes o de dos fenómenos distintos? La respuesta que voy a sugerir defraudará a muchos. Considero que una de las razones de la crisis actual de la democracia reside precisamente en la adopción general de la forma político-jurídica del Estado constitucional de Derecho con la consiguiente hipertrofia de las modalidades “jurídicas” de constitución y conducción de las relaciones sociales y de las respectivas respuestas políticas.

La crisis actual de la democracia indudablemente está en relación con el movimiento de la globalización en todos sus aspectos. La financiarización de la economía, el triunfo de un liberalismo salvaje con sus modelos pedagógicos de competitividad exasperada y de agresividad interpersonal, la homologación telemática de la comunicación con sus mecanismos de inclusión/exclusión, la inalcanzable lejanía e impenetrable oscuridad de los centros de decisión con el poder de determinar los destinos laborales y humanos de grandes masas de individuos, designan ciertamente un modo de vivir en sí, o una modalidad política muy diversa a cualquier significado de democracia. Quizás estas grandes masas de individuos son así necesariamente integradas en las nuevas modalidades de existencia globalizada como para no

dicalización religiosa. Vid. F. MICHELMAN, *How the People Ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy*, en J. BOHMAN, W. REHGS (eds.), *Deliberative Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1997.

¹³ Cfr. M. LALATTA COSTERBOSA, *La democrazia assediata*, cit., pp. 76-80. La autora enumera seis “insidias” que ponen “en jaque mate” la democracia. Son identificadas en relación con seis imágenes del hombre: el hombre económico, el hombre tecnológico, el hombre heterodirigido, el hombre sin valor, el hombre discriminado, el hombre ofendido. En tales ámbitos se delinear los efectos negativos de la omnipresencia del neoliberalismo, de la privatización de la esfera pública, del dominio tecnológico, de la retórica populista, del falso mito de la meritocracia, de la desvaloración del trabajo, factores que concurren a la realización de una sociedad dominada por estrategias de marginalización y discriminación.

poder imaginar modalidades alternativas de vida en común; han perdido la percepción del gusto de la autonomía, contentándose con ser situados en espacios de participación efímeros e ilusorios y de ocupar, inevitablemente, cualquier puesto capaz de asegurar una supervivencia estrecha. Asume así lamentablemente un valor real una bella frase de Robert Alexy: “Si no hay un número suficiente de personas que quieren la democracia, nadie podrá salvarla”¹⁴.

Este proceso de globalización tiene como condición y, al mismo tiempo, como consecuencia el desmantelamiento del aparato material e ideológico del Estado soberano. Bien visto, no obstante, caen sólo algunas columnas del Estado soberano del novecientos, y no otras. Caen sobre todo las manifestaciones de soberanía ligadas a las gestión de un Estado social conquistado y, con ellas, se pierden aquellas posibilidades de democracia real ejercidas por individuos que no pueden ser chantajeados en sus condiciones de existencia. La educación escolar, la asistencia sanitaria, la previsión laboral, la gestión pública de bienes y servicios esenciales son implacablemente reducidos para asegurar un ingente beneficio en manos privadas, dejando a los individuos cada vez más indefensos en el mercado internacional del trabajo. No cae, al contrario, la que era considerada con razón, al final de la Segunda Guerra Mundial, como la característica más funesta del Estado soberano, su capacidad bélica. Ésta prospera, justificada y utilizada en el seno de coaliciones internacionales que no logran esconder una originaria vocación imperialista.

Paradójicamente, la globalización y el Estado constitucional de Derecho han elegido como adversario el mismo Estado soberano, si bien con intentos completamente diferentes. El modelo del Estado constitucional de Derecho, en la segunda mitad del siglo XX, ha intentado reconducir a los poderes públicos internos hacia el respeto de los derechos fundamentales, evitando todo abuso a través de un Derecho antes plenamente disponible por parte del Estado soberano y ahora vinculado por la adhesión de los nuevos principios constitucionales. La globalización, por el contrario, ha intentado reducir toda influencia del Estado soberano, para liberarse de un peligroso competidor y para no encontrar obstáculos en su expansionismo económico y político. Allí, una reducción de las dinámicas de poder, aquí la sustitución de un poder por una amplia constelación de poderes. Los dos procesos, si bien distintos, se entrecruzan, con efectos a menudo perversos. Los que han

¹⁴ R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, cit., p. 59.

sucumbido han sido los nobles fines del constitucionalismo. La globalización ha aprovechado al máximo el debilitamiento de la esfera pública interna en el Estado soberano, tras la introducción del modelo constitucionalista; la ideología constitucionalista no ha conseguido, por el contrario, difundirse en una, aún imperfecta, esfera pública internacional e introducir un germen de igualdad y de justicia en la regulación del sistema económico mundial. La fragilidad de un constitucionalismo planetario, compuesto de retóricas declamaciones de principios y de farragosos mecanismos institucionales, aparece evidente frente a una triste realidad de desigualdades y sufrimientos. En términos de crisis de la democracia, ello se puede traducir, por una parte, en un terrible déficit de democracia a nivel de las prácticas y de las instituciones políticas internacionales y, por otra, en la disminución del peso específico de las prácticas democráticas internas, las únicas verificables a través de la legitimidad procedimental pero, lamentablemente, redimensionadas en su eficacia social por las repercusiones internas de los procesos políticos internacionales.

Una medida de esta desfavorable cualidad y de las consecuencias desfavorables para el Estado constitucional de Derecho es la ofrecida por la diferente posición mantenida por el proceso de globalización y por el proceso constitucionalista interno hacia las instituciones del Estado social y los derechos sociales, rechazados, en la globalización, como elementos de perturbación del orden del mercado e insinuidores de políticas fiscales represivas y defendidos, por los defensores convencidos del Estado constitucional de Derecho, como insuprimibles apoyos y garantías de la dignidad humana¹⁵. Diría que el actual y general retroceso de las políticas de defensa de los derechos sociales y la ambigüedad de las sentencias al respecto de los tribunales de justicia nacionales y europeos muestran, de manera clara, qué parte de la balanza pesa más en este tema¹⁶.

Existen, por tanto, movimientos compuestos y no lineales en el perfil actual de la relación entre Estado constitucional de Derecho y democracia. Es necesario, no obstante, descender a un nivel más profundo, constitutivo de esta relación. La democracia que se casa con el Estado constitucional de

¹⁵ Vid al respecto el lúcido discurso de F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

¹⁶ Sobre la Unión Europea reenvío a las observaciones de G. AZZARITI, "Legislatore e giudice nella protezione dei diritti fondamentali. Il caso dell'Unione Europea", *Parolechiave*, num. 53, 2015, *Giustizia*, pp. 97-107.

Derecho es una democracia ya reducida, kelsenianamente, a un modo de producción determinado del ordenamiento jurídico, es una forma jurídica¹⁷. La posterior inserción de un elemento referido al contenido, el respeto del sistema de los derechos humanos presentados como derechos fundamentales, se representa siempre dentro de una dimensión jurídica, de una dimensión jurídica positiva. La esencia de la democracia es considerada, en última instancia, en la autonomía jurídica en la senda de los derechos fundamentales. La democracia sería un conjunto de reglas y de metareglas capaz de asegurar una vida individual y social relativa pero suficientemente libre y digna, protegida de los abusos de poder, acosos sociales y enormes manifestaciones de violencia. Las reglas jurídicas son los contenedores de los valores democráticos, proveen a la aplicación/realización de aquellos valores en las situaciones generales y particulares, son los guardianes armados que los defienden contra cualquier veleidad de prevaricación. En definitiva, el antiguo discurso del gobierno de las leyes en defensa de la libertad de hombres iguales. El modelo del Estado constitucional de Derecho incorpora el máximo nivel de confianza en el Derecho como generador de democracia.

¿Es una confianza bien correspondida? Creo que es lícito plantearse esta pregunta frente a la intensificación paroxística de algunos elementos de la práctica jurídica que mal se concilian con algunas exigencias democráticas elementales. En sus tantas definiciones, la democracia no puede prescindir de una idea de participación, de compromiso de los ciudadanos comunes en la formación y conducción de la esfera pública. La juridificación de la vida democrática llevada a cabo por el Estado constitucional de Derecho comporta barreras difícilmente superables. Las reglas jurídicas, que deberían disciplinar una vida social orientada políticamente por la democracia, son infinitas, incomprensibles, oscuras, sepultadas en inmensos conjuntos de disposiciones normativas de todo tipo y grado. De instrumentos al servicio de individuos bien intencionados a la hora de conducir correctamente su vida social han pasado a ser entidades independientes e incontrolables que dominan al ciudadano común. Para tales reglas vale la metáfora del aprendiz de brujo, representativa de los caracteres de la modernidad. Constituyen un Derecho alienado, extraño para el sujeto que lo ha creado, contra el que se rebela cruelmente. Estoy intentando delinear el

¹⁷ Mi permito reenviar a mi "Democrazia e diritto", *Parolechiave*, num. 43, 2010, *Democrazia*, pp. 61-70.

cuadro de un Derecho que de baluarte del poder político se ha transformado en esfera autónoma del poder, con su lenguaje iniciático, sus dogmas, sus ritos, sus sacerdotes. En definitiva, un Derecho extremadamente tecnificado y profesionalizado.

Un vistazo a cuanto nos rodea no nos ofrece señales alentadoras. Tampoco los estudiosos más comprometidos con el diseño de una esfera pública internacional como lugar de actuación jurídica de una democracia basada en el respeto a los derechos pueden no estar de acuerdo en la problemática incumbencia de un Derecho deforme: "(...) El lenguaje legal –dice Luigi Ferrajoli– cada vez es más oscuro, confuso, tortuoso y a veces contradictorio y (...) los textos legales transformados en complicados e interminables laberintos, cargados de reenvíos a otros textos normativos, de formulaciones polisémicas, de neologismos a veces incomprensibles y de divagaciones sobre el incierto estatuto prescriptivo"¹⁸. En estos oscuros laberintos se pueden mover sólo los celosos poseedores de un saber especial, en ocasiones ultraespecializado, que constituyen el cerrado círculo de los juristas, de cuyos servicios sólo pueden gozar unos pocos.

A ello se suma un segundo aspecto, referido al sistema de las fuentes. La inflación normativa de todo orden y grado ya no consiente la identificación de un sistema jerárquico-vertical monolítico de las fuentes del Derecho. Las fuentes del Derecho se multiplican en número y se complican sus relaciones internas de manera que se hace muy difícil su representación en sentido vertical. Resulta más eficaz a efectos cognoscitivos la imagen de una red horizontal, de inmensas dimensiones, de fuentes jurídicas. El reconocimiento de un acto, de un documento normativo como fuente de Derecho y el reconocimiento de su específica relevancia no serán, en consecuencia, simple constatación de un dato evidente, el grado jerárquico de la fuente en función de la autoridad que la crea, sino que se evidenciarán como el resultado de una operación interpretativa, llevada a cabo por actores llamados a tomar parte en el proceso aplicativo del Derecho (órganos de aplicación, abogados, juristas) que individualarán *activa* y no *pasivamente* el acto, el documento normativo en cuestión como fuente. Lo ha expresado bien Giorgio Pino: "Las relaciones jerárquicas entre fuentes o entre normas, y la identificación misma de un acto como «fuente», están determinadas de

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, a cura di Dario Ippolito e Fabrizio Mastromartino, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 79 (trad. de F. J. Ansuátegui).

modo preponderante por las actividades interpretativas (in senso lato) de los juristas y de los órganos de aplicación”¹⁹. No es la posición en el sistema de fuentes la que determina la importancia de una fuente o de una norma sino la referencia llevada a cabo por el intérprete a jerarquías estructurales, materiales, axiológicas. La interpretación se dilucida como una elección donde el intérprete lleva a cabo una selección, argumentativamente justificada, a partir de una oferta jurídica global, capaz de satisfacer exigencias contrapuestas y, a menudo, inconfesables.

Oscuridad de los enunciados normativos por vía de una hipertecnificación del lenguaje jurídico pero también por un sadismo lingüístico de los sujetos normativos, inflación de las fuentes y de las normas, disgregación del sistema jerárquico-vertical de las fuentes del Derecho. Estos caracteres emergen de una descripción sociológico-jurídica del Derecho contemporáneo pero no son una característica sólo del Derecho contemporáneo. Desde el siglo XIX es posible identificar los síntomas preocupantes de la expansión de una oscuridad del lenguaje jurídico y del proceder de una inflación normativa²⁰. Casi se podría deducir que estamos en presencia de defectos genéticos del Derecho de la modernidad. Las dimensiones actuales de estos fenómenos son, no obstante, inéditas e incomparables a las de épocas precedentes²¹. Ello es certificado por el cambio de significado de un concepto, el de la certeza, que ha revestido un papel central en la teoría y en la política del Derecho.

Nadie puede sostener, con un mínimo de buen sentido, que los fenómenos anteriormente señalados no influyan negativamente en la percepción de certeza (*Rechtssicherheit*) y en la misma teorización del concepto de certeza del Derecho. A pesar de que el realismo kelseniano haya desvelado la ficción de la certeza del Derecho, definida como un dogma, y el equipaje de ilusiones ideológicas vinculadas a dicho dogma²², la certeza del Derecho ha formado parte de las expectativas democráticas que han sido asumidas por

¹⁹ G. PINO, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014, p. 8 (traducción de F. J. Ansuátegui).

²⁰ El paso histórico-teórico del ideal iluminista de claridad de la norma a la presunción decimonónica de racionalidad de la legislación es bien descrito por M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 27-47.

²¹ Tanto como para poder hablarse apropiadamente de “ordenamiento enloquecido”. Cfr. *ivi*, p. 23.

²² Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 109.

el Derecho de la modernidad. Sin certeza se reducen las *chances* del garantismo en el Derecho penal, de previsibilidad de la acción social, de tutela de la confianza. La certeza que emana del Derecho codificado le sirve al soberano para modelar el comportamiento de súbditos y funcionarios según los tipos normativos comunicados y sirve a los ciudadanos para comportarse normativamente sin temor a sufrir consecuencias arbitrarias. Certeza que sería decir posibilidad de conocimiento y de comprensión del mensaje jurídico por parte de todos los ciudadanos, al menos de la parte alfabetizada de la ciudadanía, apertura del lenguaje jurídico a quien hubiera querido ser consciente de sus propios derechos y deberes. En definitiva, la idea de certeza del Derecho contenía un hilo de participación democrática de los ciudadanos en la experiencia jurídica, incluida la potencialidad de expresar una reserva interior hacia los contenidos de un mensaje considerado atendible. Al menos así habría debido ser sin las profanadoras revelaciones kelsenianas. Pero, ¿cuál es el grado de seguridad social inspirado hoy por un gigantesco conjunto de normas oscuras, provenientes de las más recónditas autoridades reguladoras y accesibles sólo a través de la mediación profesional de operadores especializados?

El modelo del Estado constitucional de Derecho responde a estas patologías de la comunicación jurídica, desplazando la exigencia de certeza de operar con las normas a la obligación de operar con los principios jurídicos. La certeza no es un requisito exigible a las normas concretas o a un conjunto de normas en términos de cognoscibilidad e inteligibilidad del precepto, sino un requisito del ordenamiento jurídico –entendido ahora como sistema de normas pero también como “institución”, organización social– que genera certeza cuando se atiene a los valores de justicia expresados en sus principios constitucionales. La certeza se convierte, por tanto, en “certeza axiológica”²³. Un tránsito perfectamente en línea con la conexión necesaria entre Derecho y moral que hace de eje director de la concepción constitucionalista y neoconstitucionalista. Un tránsito, no obstante, que no protege al individuo concreto o a una multitud de individuos de ser pesadamente investidos por un número muy elevado de prescripciones, obligaciones y exigencias articuladas a través de disposiciones complejas y oscuras, que pueden ser descifradas sólo gracias a costosas mediaciones profesionales.

La certeza axiológica reduce la inseguridad generada por el mensaje normativo oscuro y reduce, también, la inseguridad generada por la ampliación

²³ Cfr. V. OMAGGIO, *Saggi sullo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 66.

de la naturaleza creativa de la interpretación de los órganos de aplicación y de los operadores jurídicos en su obra de construcción de nuevas jerarquías de las fuentes. También aquí la certeza axiológica tiene un poder salvífico en relación con la incerteza de las instancias intermedias. Pero, recurriendo a una metáfora, existe una gran diferencia entre la certeza axiológica del Derecho y la certeza que es exigida por el ciudadano común para navegar, tranquila si no autónomamente, en el tumultuoso mar de las normas y de los procedimientos jurídicos. La certeza axiológica puede ser un faro, pero el mar sigue tempestuoso.

A menudo el neoconstitucionalismo ha sido acusado de incurrir en una visión iusnaturalista, una acusación avalada por las afirmaciones sobre la similitud entre principios de Derecho natural y principios constitucionales llevadas a cabo por algunos autores –pienso, en Italia, en Gustavo Zagrebelsky²⁴– que bien pueden considerarse neoconstitucionalistas. El recurso a la moral y, por tanto, a una certeza axiológica para resolver los problemas terrenales de la incerteza del Derecho actual me recuerda mucho a los mecanismos de legitimación de lo existente del pensamiento iusnaturalista conservador. La moral no es medida crítica de un Derecho a reformar, sino criterio interno de justificación de cuanto es producido por las autoridades jurídicas. No es el Derecho el que debe elevarse hacia una corrección moral, sino la corrección moral la que debe encontrarse inserta en un ordenamiento jurídico²⁵. Para decirlo con pocas palabras, ¿moralización del Derecho o juri-

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, pp. 109-130. Vid. en p. 119: “En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el derecho funciona *como* si rigiese un derecho natural. De nuevo, y ahora por un motivo atinente al igual modo de operar y no a la igualdad de contenidos, el derecho por principios encuentra el derecho natural”.

²⁵ Obviamente cuanto he dicho simplifica, de manera excesiva, la complejidad de la relación entre Derecho y moral tal y como emerge de la discusión filosófica e iusfilosófica actual y, en muchos puntos, presupone argumentaciones generalmente no compartidas. Y sin embargo pueden encontrarse argumentos en apoyo de cuanto dejo entrever aquí también en contextos teóricos orientados hacia la complementariedad entre el Derecho y la moral. Me refiero al conocido pasaje habermasiano sobre la “exoneración” individual de las cargas cognitivas de una formación en primera persona del juicio moral: “El sistema jurídico quita a las personas jurídicas, consideradas éstas en su papel de destinatarios, el poder de definición en lo tocante a los criterios de enjuiciamiento de lo que es justo e injusto. Desde el punto de vista de la complementariedad de derecho y moral, el procedimiento parlamentario de producción legislativa, la praxis institucionalizada de las decisiones judiciales y el trabajo profesional de una dogmática jurídica que precisa las reglas y sistematiza las decisiones, significan para el individuo un alivio y descarga frente a las cargas cognitivas que representa para él el tener que

dificación de la moral? Creo que para muchos constitucionalistas y neoconstitucionalistas la conexión necesaria entre Derecho y moral se resuelve en la segunda opción, con una fuerte connotación absolutoria para los aspectos escandalosamente antidemocráticos de la experiencia jurídica de nuestros días.

FRANCESCO RICCOBONO
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Napoli Federico II
Via Porta di Massa 32
80133 Napoli (Italia)
e-mail: francesco.riccobono@unina.it

formarse sus propios juicios morales”, J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 181. Para un análisis en profundidad de la cuestión, vid. F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 80-89.

**REFUNDACIÓN
DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA:
PLURALIDAD Y DESCOLONIZACIÓN***

**REFOUNDATION
OF CONSTITUCIONAL THEORY IN LATIN AMERICA:
PLURALITY AND DECOLONIZATION**

ANTONIO CARLOS WOLKMER
UNILASALLE-RS

SAMUEL MÂNICA RADAELLI
IFPR-PR

Fecha de recepción: 6-5-16
Fecha de aceptación: 4-10-16

Resumen: *Este artículo busca demostrar que la eclosión de los nuevos movimientos sociales en las últimas décadas del siglo pasado y la institucionalización de algunos textos constitucionales en América Latina, como, particularmente, los de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009) han desencadenado y han legitimado un escenario de cambios paradigmáticos en el campo de la Política (Estado plurinacional) y del Derecho (Pluralismo Jurídico), favoreciendo una tendencia intercultural y descolonizadora denominada como “nuevo” Constitucionalismo. Se trata de la ruptura con el antiguo Constitucionalismo liberal y elitista que inaugura otro horizonte de constitucionalidad y que tiene como “referente fundante” al pluralismo jurídico.*

Abstract: *This article seeks to demonstrate that the emergence of new social movements in the last decades of the last century and the institutionalization of some constitutional texts in Latin America, particularly those of Ecuador (2008) and Bolivia (2009), have triggered and legitimized a new scenario*

* Una versión de este artículo se presentó como comunicación en Grupo de Trabajo sobre “Conflicto, Paz y Construcción de Identidades en las Américas” en el 55º Congreso Internacional de Americanistas, celebrado en San Salvador, de 12 a 17 de julio de 2015.

characterized by a paradigm shift in the fields of Politics (Plurinational State) and Law (Legal Pluralism). This shift accounts for the emergence of an intercultural and decolonizing trend called "New" Constitutionalism. Thus the new constitutionalism constitutes a rupture with the old liberal and elitist Constitutionalism and inaugurates a new horizon of constitutionality, while using legal pluralism as its "foundational framework".

Palabras-clave: constitucionalismo latinoamericano, descolonización, pluralismo jurídico, estado plurinacional.

Keywords: Latin American constitutionalism, decolonization, legal pluralism, plurinational state.

INTRODUCCIÓN

La historia de los procesos constitucionales en América Latina refleja no solo la colonialidad¹ en sus más variadas formas (económica, política, cultural y epistemológica), sino también la negación de su alteridad², puesto que es fruto de prácticas de importación de conceptos europeos oriundos de la totalidad europea, los cuales niegan las diferencias existentes entre las naciones y afirman la universalidad de sus preceptos. Esa situación ha favorecido, históricamente, una relación de dominación euroamericana sobre los demás países de la periferia del Sur global.

En función de esa totalidad y colonialidad constitucional, las realidades peculiares de los pueblos del "nuevo mundo" han sido negadas y desconsideradas; un ejemplo típico es la cuestión indígena, la cual hasta entonces siempre recibió un tratamiento constitucional que presuponía la tutela de los pueblos indígenas, sin garantías de autonomía y de reconocimiento de su cultura.

Los procesos políticos recientes que desembocaron en nuevas constituciones contemplan un universo de realidades jurídicamente no-reconocidas en los textos tradicionales, y tienen como objetivo consolidar nuevos mecanismos jurídico-políticos adecuados a esas realidades.

¹ W. MIGNOLO, *La Idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona, 2005; A. QUIJANO, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en E. LANDER, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas*, Clacso, Caracas, 2000. Idem: A. MÉDICI, *La Constitución Horizontal. Teoría constitucional y Giro Decolonial*, CENEJUS/Univ. San Luis Potosí, Aguascalientes (Mexico), 2012.

² Cfe. E. DUSSEL, *Filosofia da libertação*, Loyola, São Paulo, 1983; E. DUSSEL, *1942: o encobrimento do outro*, Vozes, Petrópolis, 1993; R. ZIMMERMAN, *América latina – o não ser; uma abordagem filosófica a partir do pensamento de Enrique Dussel (1962-976)*, 2ªEd., Vozes, Petrópolis, 1987.

El pluralismo jurídico amparado en estos textos constitucionales tiende a colaborar a la afirmación de la alteridad latinoamericana y del carácter descolonial, y conlleva la posibilidad de un nuevo movimiento constitucional único porque expresa al ser latinoamericano, tan negado a lo largo de los siglos. Surge así, en el ámbito de la teoría constitucional, un nuevo momento en el cual se vislumbra la posibilidad de superación de las estructuras opresivas consolidadas por un horizonte colonial a través de constituciones importadas y sustancialmente indiferentes a la realidad latinoamericana.

Estas nuevas Cartas Magnas han construido estructuras jurídicas orientadas hacia los desafíos sociales, económicos, políticos, ambientales y culturales típicos de América Latina, a los cuales no les basta la importación de modelos constitucionales derivados del universalismo europeo³, que a pesar que no reconoce las distintas realidades, ha logrado imponerse en América Latina en el momento de la construcción de los proyectos constitucionales al largo del siglo XIX.

1. COLONIALIDAD POLÍTICA EN LOS PROCESOS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN

Hasta aquí se puede dividir el constitucionalismo tradicional latinoamericano en tres períodos: 1) un constitucionalismo de independencia (*constitucionalismo colonizador*), oriundo de los procesos de ruptura colonial y que constituyó los estados nacionales; 2) el *constitucionalismo social*, fenómeno inaugurado en México y vivido por la mayoría de los países, que permitió la positivación de derechos sociales y estableció un paradigma de Estado social que no logró ponerse en marcha, sino que fue solo un simulacro del denominado “Estado de bienestar social”; 3) por fin el *constitucionalismo “garantista”*, nacido del propósito de restablecer la democracia tras los períodos dictatoriales vividos por gran parte de los países del continente. Estas constituciones se proponían organizar el Estado de derecho tras décadas de excepción⁴.

³ El universalismo europeo sostiene la idea de que La tutela es una forma de desarrollar a los pueblos atrasados, que el imperio de las potencias sobre el Globo sería inevitable y que las otras naciones no tendrían otra opción sino someterse a ellas. I. WALLERSTEIN, *O universalismo europeu: a retórica do poder*, Boitempo, São Paulo, São Paulo, 2007; S. AMIN, *El eurocentrismo: Crítica de uma ideologia*, Siglo XXI, México, 1989.

⁴ A.C. WOLKMER, *Procesos Constituyentes desde afuera: acerca del Constitucionalismo Pluralista en los Andes*, IAEN, Quito, 2013, pp. 5-12.

Los tres momentos mencionados tratan de experiencias comunes a la mayoría de los países de América Latina. El primero se refiere al proceso de formación de los Estados a principios del siglo XIX, los cuales abandonan la condición de colonia y necesitan entonces delinear los contornos de las instituciones incipientes.

En el período siguiente se adopta el llamado *constitucionalismo social*, que le ofrece concesiones a las clases menos favorecidas y trata de esbozar un intento de combatir la desagregación social. Dicho constitucionalismo nace durante el período revolucionario mexicano, se extiende a lo largo de la mitad del siglo XX y significó una gran contribución latinoamericana a la experiencia constitucional occidental.

Finalmente, una característica en la historia latinoamericana es la existencia de períodos dictatoriales en varios países, esos fueran la expresión más latente de una cultura política de exclusión e autoritarismo. Ella no está cabalmente superada, incluso después de empezar nuevas experiencias de democracia constitucional basada en la garantía de los derechos fundamentales, factor que demarca una tercera fase de nuestra evolución constitucional (el “*neoconstitucionalismo democrático*” de fines del siglo XX).

No obstante, más allá de la clasificación, de esos momentos, algunos retos han ido apareciendo continuamente. El primero de ellos es la autenticidad constitucional, desafío derivado de las dificultades existentes para construir un pensamiento típicamente latinoamericano, debido a los ideales modernos que afirmaban la universalidad, neutralidad y atemporalidad del conocimiento. Así, los trabajos constitucionales en América Latina se dirigían más hacia la importación acrítica de ideas desarrolladas principalmente en Europa, que a la elaboración de cartas de derechos atentas a su contexto nacional. Al tratar de este tema es importante no despreciar excepciones importantes, como por ejemplo la Carta Constitucional de Haití en 1805, que fue una de las primeras a hacer una invocación democrática al abolir expresamente la esclavitud (art.2º)⁵, y como se ha mencionado anteriormente, también la experiencia mexicana que trajo al mundo la inclusión de derechos sociales en las constituciones que hasta entonces trataban únicamente de los derechos individuales.

⁵ E. GARZÓN VALDÉS, “Constitución y democracia en América Latina”, *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Edición 2000, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2000, p. 56. Observar igualmente: N. CHÁVEZ HERRERA (Comp.), *Primeras Constituciones. Latinoamérica y el Caribe*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2011.

Otra característica es el carácter oligárquico de las estructuras sociales, ya que tras la independencia política comenzó enseguida la consolidación de las “elites criollas” que se apropiaron del Estado pues lo consideraban una parte de sus negocios privados, adoptando prácticas patrimonialistas que suprimían el interés común e impedían la solidificación de la esfera pública de esas sociedades.

Históricamente, la construcción del constitucionalismo latinoamericano utilizó los moldes coloniales vigentes contra los cuales se establecieron, a lo largo de la historia, varias prácticas de resistencia. Dentro del paradigma de la modernidad, el constitucionalismo en América Latina, no obstante algunas conquistas populares, generalmente funcionó como una estrategia de colonización y de cohesión social para los intereses de las elites locales.

La colonización constitucional se concretiza a través de la importación de modelos jurídicos e institucionales ajenos a la realidad indígena y *criolla*, que nunca funcionaron satisfactoriamente debido a un genético desajuste existencial. En este proceso también se demarca el mimetismo de un modelo de ciudadanía orientada por un patrón liberal, pautado por el individualismo posesivo que intenta, en todos los momentos, ajustar la realidad de las cosmovisiones indígenas y sus síntesis antropológicas a un patrón de derechos fundamentales eurocéntrico, de pretensión universal.

La implantación de un modelo constitucional importado revelaba, desde luego, su divergencia con la realidad. A este respecto, Juan Bautista Alberdi retrata bien la incompatibilidad entre el ideario republicano constitucional del llamado “mundo civilizado”, y la barbarie de la sociedad argentina y consecuentemente latinoamericana, durante el período de fundación de los Estados, tras los procesos de independencia. Este autor así expresa tal desajuste:

con tres millones de indígenas, cristianos y católicos no realizarán la república ciertamente. No la realizarán tampoco con cuatro millones de españoles peninsulares, porque el español puro es incapaz de realizarla allá o acá. Si hemos de componer nuestra población para el sistema de gobierno, si ha de sernos más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona. Ella está identificada con el vapor, el comercio, la libertad y nos será imposible radicar estas cosas entre nosotros sin la cooperación de esta raza de progreso y civilización⁶.

⁶ J. BAUTISTA ALBERDI, *Bases y puntos de partida para La organización política de la República Argentina*, Estampa, Buenos Aires, 1982, p. 180.

Esta manifestación es sintomática en la medida en que muestra, desde el inicio de la práctica constitucional, una postura epistemológica pautada por valorizar el modelo europeo a ser copiado, aunque él no se ajuste a la sociedad a la que se le impone, manteniéndose entonces el paradigma importado y criticando a la sociedad buscando ajustarla a dicho modelo. Al final, el paradigma de Estado constitucional liberal es una oportunidad de civilizar⁷ una sociedad bárbara⁸ y en este sentido “América Latina participó plenamente del pensamiento filosófico y político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional”⁹.

El proceso de imitación institucional fue denunciado por autores como José Martí

*La incapacidad no está en el país naciente, que pide formas que se le acomoden y grandeza útil, sino en los que quieren regir pueblos originales, con leyes heredadas de cuatro siglos de práctica libre en los Estados Unidos, de diecinueve siglos de monarquía en Francia. Con un decreto de Hamilton no se le para la pechada al potro del llanero. Con una frase de Sieyès no se desestanca la sangre cuajada de la raza india. A lo que es, allí donde se gobierna, hay que atender para gobernar bien; y el buen gobernante en América no es el que sabe cómo se gobierna el alemán o el francés, sino el que sabe con qué elementos esta hecho su país y cómo puede ir guiándolos en junto, para llegar, por métodos e instituciones nacidas del país mismo, a aquel estado apetecible donde cada hombre se conoce y ejerce (...) el espíritu del gobierno ha de ser el del país. (...) no hay batalla entre civilización y la barbarie, sino entre la falsa erudición y la naturaleza*¹⁰.

⁷ En el ámbito de la discusión acerca de la imposición de la civilización europea conviene recordar la denuncia de Aimé Césaire: “la civilización llamada ‘europea’, la civilización ‘occidental’, tal como fue moldada durante dos siglos de régimen burgués, es incapaz de resolver los dos principales problemas que su existencia originó: el problema del proletariado y el problema colonial. Esta Europa, citada ante el tribunal de la ‘razón’ y ante el tribunal de la ‘consciencia’, no puede justificarse, y se refugia cada vez más en una hipocresía aún más odiosa porque tiene cada vez menos probabilidades de engañar.” *Discurso sobre el colonialismo*, Trad. Anísio Garcez Homem, Letra Contemporâneas, Florianópolis, 2010, p. 15.

⁸ Perspectiva reiterada por Domingo Faustino Sarmiento en *Facundo*. Edición crítica de la Universidad Nacional de la Plata, Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires, 1961. Examinar también: M. SVAMPA, *El Dilema Argentino: civilización o barbarie*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, 2006.

⁹ H. GROS ESPIELL, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, núm. 6, 2002, p. 143.

¹⁰ J. MARTÍ, *Nuestra América*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2003, p. 26.

El ideario de xenofilia institucional expresado por figuras como Alberdi, refleja la cultura de sumisión y auto-negación inherente a la colonialidad, la herida colonial¹¹.

Todo pueblo colonizado, es decir, todo pueblo en cuyo seno nace un complejo de inferioridad de enterrar en la tumba la originalidad cultural local se sitúa frente a frente al lenguaje de la nación "civilizadora", o sea, de la cultura metropolitana. El colonizado se evadirá tanto más de su tierra cuanto más se haya apropiado de los valores culturales de la metrópoli. Será tanto más blanco cuanto más haya rechazado su negritud¹².

Más allá de la afirmación colonial, el constitucionalismo tradicional cumplió históricamente una otra tarea políticamente conservadora al funcionar ideológicamente como mecanismo de cohesión social para mantener la opresión y el dominio de las elites. Esta situación se constata por el contraste entre las propuestas de los derechos humanos y la realidad social vivida, el cual no fue superado por los instrumentos del Estado constitucional sino que al contrario, los movimientos de transformación social fueron, en su gran mayoría, contra el orden, y proponían la ruptura institucional. No fue por casualidad que la lucha armada se transformó en una alternativa para aquellos que proponían la transformación social.

El "orden constitucional" jugó un papel importante en la formación de una hegemonía burguesa, pues sirvió de argumento para que se repelieran los movimientos populares; sin embargo no cohibió la opresión, llegando al punto de ajustarse al autoritarismo que contó con la connivencia de buena parte de los juristas.

Por esa razón, los procesos de redemocratización vividos por gran parte de los países latinoamericanos y que se reflejan en la elaboración de nuevas cartas constitucionales, fueron relegados a una dimensión exclusivamente simbólica en lo que se refiere a las conquistas populares. Ese cuadro permitió la construcción de un discurso constitucional que practica un juego de ambivalencia para mantener el *status quo* y que sostiene por un lado, que las cosas cambiaron o están cambiando pues las constituciones garantizan

¹¹ "El sentimiento de inferioridad impuesto a los seres humanos que no se encajan en el modelo predeterminado por los relatos euroamericanos" W. MIGNOLO, *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 17.

¹² F. FANON, *Os Condenados da Terra*, 2º ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1999, p. 12.

los derechos y el acceso a bienes socialmente producidos, y por otro lado la teoría constitucional y la práctica de los Tres Poderes comprueba que estos derechos no son efectivos.

Este juego de ambivalencia está pautado por el carácter sacro de la carta magna, reconocida como la expresión genuina de la voluntad popular, ya que ella incluye formalmente en el texto todos estos anhelos, pero los defrauda por su ineffectividad.

Tal ambigüedad es fruto de una contradicción inicial: por un lado, una enorme fe en la Constitución como factor de ordenamiento de la realidad social, y por otro la convicción de que la divergencia entre el orden y la realidad social no debe ser motivo de una gran preocupación. Se considera esta divergencia como un dato negativo, sin embargo irrelevante en el fondo, y el jurista se consagra al estudio de las normas sancionadas como si ellas estuvieran efectivamente vigentes.

Esta creencia en el orden constitucional explica las controversias entre los que sostienen que la Constitución es una solución para problemas económicos y sociales y aquellos que consideran que el Derecho sancionado es un obstáculo para la concretización de los cambios sociales requeridos para el desarrollo y la modernización de los países latinoamericanos. Aunque confrontantes, estas dos posiciones comulgan en la indiferencia con relación a la realidad jurídica, o como se dice frecuentemente en la teoría constitucional, al compás en la relación entre la validez y la eficacia de las normas¹³.

El modelo republicano propuesto constitucionalmente en la mayoría de los países de América Latina, por lo menos en los intentos de implantación ocurridos durante gran parte del siglo XIX, aunque representativo, no fue sustancialmente democrático; se basó en el sufragio limitado y restricto, y ni siquiera planeaba la posibilidad de ninguna forma de ejercicio directo de la soberanía popular, excepto la elección, la cual no podía significar el control del Estado por una muchedumbre inapta e irresponsable¹⁴.

¹³ E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 203.

¹⁴ H. GROS ESPIELL, "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, num. 6, 2002, p. 146.

2. EL SURGIMIENTO DE UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO RESULTANTE DE CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS EN AMÉRICA LATINA

El antiguo constitucionalismo, tradicionalmente vinculado al pensamiento liberal, desde su nacimiento pasó por cambios significativos como el constitucionalismo social y sus variantes; sin embargo mantuvo, aún en esas circunstancias, el espectro liberal individualista bajo la forma de un imaginario jurídico que se retroalimentaba en un ámbito teórico orientado prioritariamente hacia los derechos humanos de primera dimensión, y los derechos sociales se hacían efectivos de acuerdo con las posibilidades de convivencia y subordinación a los derechos individuales.

En tribunales con fuerte presencia elitista y patrimonialista impera la protección a las relaciones sociales oriundas del modo de producción económico, las cuales se petrifican en la jurisprudencia y vedan las posibilidades de transformación social que tienden a afrontar las estructuras de orden capitalista.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano creó una amplia red de dispositivos constitucionales orientados hacia la transformación social, lo que conllevó la creación de Constituciones extensas, con muchos artículos, justamente como una tentativa de construir expedientes de literalidad que pudieran impedir no solo una contrarrevolución judicial, sino también que la acción conservadora de los tribunales nuevamente hiciera desaparecer los esfuerzos de ampliación de los derechos llevándolos a un plano inferior, mitigados por teorías de eficacia como las que versan sobre la no auto-aplicabilidad de ciertos derechos, el instituto de la reserva de lo posible o la simple opción por los derechos patrimoniales de una minoría, en detrimento de la promoción de la justicia social ya prevista en diversos dispositivos constitucionales.

La preocupación por la máxima enumeración de derechos y garantías y por la debida ampliación del rol de prerrogativas populares se debe a la preocupación por enfrentar la ola neoliberal que asoló el escenario internacional durante los años 80 y 90, la cual deflagró un discurso ideológico fuerte, de imposibilidad y negación del papel del Estado con relación a la promoción de los derechos humanos¹⁵.

¹⁵ La constitución de Venezuela posee 350 artículos, la de Ecuador 444 y la de Bolivia 411, y a todas se le han añadido disposiciones constitucionales transitorias.

Una de las dimensiones esenciales de esto constitucionalismo regional “andino” inaugurado en 1999 a partir de la experiencia venezolana, fue la construcción de un orden de prerrogativas orientadas por la experiencia histórica vivida en ese país y en los que posteriormente se lanzaron a nuevos procesos constitucionales. En este ámbito, se puede hablar de los derechos como expresión jurídica de la alteridad latinoamericana, negada por la reproducción de la colonialidad etnocéntrica que construye una concepción de derechos vinculada a un universalismo auto-referente que le impone su manera de ser a realidades diversas comprendidas y auto-comprendidas como inferiores, y que como tales necesitan salvarse copiando modelos de civilización pautados por la idea de que América Latina se desarrollaría mucho más cuanto más se negase a sí misma.

La identidad latinoamericana se exterioriza en el campesinado marginalizado, en las poblaciones indígenas, en la subalternidad femenina, en la miseria y en la opresión, cuya negación se construye a través de un colonialismo político cultural sustentado por elites exógenas e infieles a su pueblo¹⁶.

Ante este escenario, la afirmación de la identidad a través del Derecho Constitucional se hace efectiva por medio de la consolidación de mecanismos de igualdad material, de instrumentos jurídicos que restrinjan los intereses extranjeros, de un orden democrático que disponga de procedimientos que garanticen la participación de los grupos marginalizados en la conducción del Estado y que al mismo tiempo permita, a través de reglamentaciones, la posibilidad de que cada grupo viva conforme su cultura, indudable fuente de costumbres, prácticas políticas y juridicidad propia.

De la forma como son tratados, los derechos humanos fundamentales presentan contenidos sustanciales en pro de la igualdad material y contemplan en su interior elementos importantes de la teoría política, lo que posibilita la sedimentación jurídica de un ideario igualitario.

Las nuevas Constituciones “andinas” contienen opciones políticas sustanciales que se convierten en dictámenes jurídicos de la forma de actuar del Estado, ahora pautada por elementos políticos y culturales propios, no vinculados a los horizontes de la teoría constitucional establecida hasta aquí. Aún las propuestas más recientes y sofisticadas, como el dirigismo constitucional, el garantismo o el neoconstitucionalismo no logran asimilar las nove-

¹⁶ D. RIBEIRO, *O povo brasileiro: A evolução e o sentido do Brasil*, Companhia da Letras, São Paulo, 1995, p. 69.

dades presentadas en estos textos constitucionales¹⁷. Existe además una nueva propuesta de Estado que supera la ineffectividad y el carácter simulado del Estado social y de su variante, el Estado democrático de derecho.

La novedad constitucional latinoamericana propone un modelo de Estado comunitario plurinacional¹⁸, concepción que abandona una noción tradicional de soberanía y reconoce la condición política de múltiples comunidades dentro de un Estado, confiriéndole así un fuerte apelo popular. Además esa constitución posee un extenso contenido que abarca temáticas y tareas que refuerzan su carácter transformador.

Dicho proceso es fruto de un poder constituyente que se origina en los nuevos actores constitucionales históricamente negados y que ahora deben estar definitivamente presentes en esta nueva institucionalidad, formando así el “jacobinismo constitucional”, pautado por estos nuevos actores emergentes.

De hecho, estas tres últimas constituciones (Venezuela, Ecuador, Bolivia) se proponen ser una novedad que permita superar estos impases y construir instituciones jurídico-políticas orientadas hacia la transformación social, teniendo en cuenta que tal intento solo tendrá éxito si contempla los elementos que caracterizan el modo de ser latinoamericano.

3. LA PRESENCIA DEL PLURALISMO POLÍTICO Y JURÍDICO EN EL ÁMBITO DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

A fin de contextualizar la discusión, es necesario aclarar la oposición que existe entre un pluralismo jurídico “de arriba”, oriundo de un pensamiento liberal o neoliberal que propone la fragilización del Estado y de su estructura reguladora en pro de la ley del más fuerte y con hegemonía de mercado, y un pluralismo jurídico “de abajo”, fundamentado popularmente, orientado ha-

¹⁷ A.C. WOLKMER, *Procesos constituyentes desde afuera: acerca del Constitucionalismo Pluralista en los Andes*, cit., pp. 9-11.

¹⁸ J.A. RIVERA S., “El nuevo sistema constitucional del estado boliviano”, en *Estudios sobre La constitución aprobada en enero de 2009*, Cochabamba, 2009; L. TAPIA, “Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional”, en *OSAL* N° 22, CLACSO, Buenos Aires, 2007; B. CLAVERO, “Bolivia entre Constitucionalismo colonial y Colonialismo emancipatorio”, Disponible en www.rebelion.org, Acceso el 06 de mayo de 2016; A. NOGUEIRA FERNÁNDEZ, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, Oxfam/Enlace, Bolivia, 2008; S. ALBA, S.R. CASTRO (coords.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, IDEI, Sucre, s/d.

cia la organización social de los grupos en emancipación y que compite con el Estado para organizar un modo de vida justo e igualitario.

Es a partir del modelo “de abajo” que se estructura el *pluralismo jurídico comunitario-participativo*, fundamentado en la ética de la alteridad, desarrollado por nuevos sujetos sociales y que busca la justa satisfacción de sus necesidades humanas. Se trata entonces de un

*modelo abierto y democrático, que privilegia la participación directa de los sujetos sociales en la reglamentación de las instituciones-clave de la sociedad y posibilita que el proceso histórico se encamine según la voluntad y el control de las bases comunitarias. Esa tendencia reitera, antes de todo, la propensión segura de visualizar el Derecho como un fenómeno resultante de relaciones sociales y valoraciones deseadas, de instaurar otra legalidad a partir de la multiplicidad de fuentes normativas no obligatoriamente estatales, legítimamente basada en las ‘justas’ exigencias fundamentales de actores sociales y finalmente, de encarar la institución Sociedad como una estructura descentralizada, pluralista y participativa*¹⁹.

Esta propuesta se caracteriza, como teoriza Antonio Carlos Wolkmer, por la combinación de los siguientes requisitos: a) legitimidad de nuevos sujetos sociales, b) fundamentación en la justa satisfacción de las necesidades humanas; c) democratización y descentralización de un espacio público participativo; d) defensa pedagógica de una ética de la alteridad; e) consolidación de procesos que conducen a una racionalidad emancipadora²⁰.

Protagonistas del pluralismo jurídico, según la vertiente comunitaria y participativa expuesta por Wolkmer, los nuevos sujetos colectivos proponen una nueva dinámica política y una nueva agenda social, y pasan a figurar en el orden político desafiando el paradigma liberal individualista que establece sus bases en la figura del ser humano desvinculado e indiferente a las posibilidades de construcción de una identidad colectiva fruto de la conciencia de la homogeneidad con la situación vivida, la cual tiene una causa común y por tanto debe proclamar la articulación y la comunión activa en una praxis libertaria. Este involucramiento produce una estela de interacciones que

¹⁹ A.C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico-fundamentos de uma nova cultura do direito*, 4ª. ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 82.

²⁰ A.C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico-fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., pp. 276-328.

buscan satisfacer las necesidades existenciales de estos grupos que desafían el monopolio regulador del Estado.

Los “nuevos sujetos colectivos” se configuran,

*como identidades colectivas conscientes, más o menos autónomas, provenientes de diversas capas sociales, con capacidad de auto-organización y auto-determinación, interconectadas por formas de vida con intereses y valores comunes, compartiendo conflictos y luchas cotidianas que expresan privaciones y necesidades de derechos, legitimándose como fuerza transformadora del poder e instituidora de una sociedad democrática, descentralizadora, participativa e igualitaria*²¹.

Así, el pluralismo jurídico de tipo *comunitario-participativo* se presenta como un horizonte de comprensión y fundamentación del nuevo constitucionalismo, de clara opción pluralista y descolonial.

Aunque esta dimensión natural de la relación entre pluralismo jurídico y Constitución expresa tradicionalmente el ideario monista estatal, el nuevo constitucionalismo latinoamericano trae en sí una ruptura radical al proponer el pluralismo jurídico como expresión del modelo comunitario y intercultural.

Si se analiza la historia de cada proceso constitucional se constatará la existencia de tensiones sociales. Sin embargo, según ya alertaba Lampedusa en la célebre novela “El Gatopardo”, “se necesitan muchos cambios para que todo continúe como está”, y la mayoría de los procesos constituyentes latinoamericanos han venido siguiendo esta lógica, efectuando alteraciones en el Estado y positivando derechos aunque sin modificar las estructuras sociales, sino que al contrario, las elites han considerado estas transformaciones buenas coartadas para evitar rupturas en la estructura desigual de las sociedades.

Al contrariar esta tradición, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se presenta como una novedad histórica y teórica donde el poder constituyente se desarrolla como expresión de “nuevos sujetos colectivos”, o de acuerdo con Pisarello “nuevos actores jurídicos colectivos”²², entre los cuales

²¹ A.C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico-fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., p. 282.

²² G. PISARELLO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década”, Disponible en www.rebelion.org, acceso el 29 de septiembre de 2013; G. PISARELLO, *Procesos Constituyentes, Caminos para la ruptura Democrática*, Trotta, Madrid, 2014.

destacan los movimientos indígenas en Bolivia y en Ecuador, sin olvidar los movimientos campesinos, las entidades de clase, identidades de los afrodescendientes y los movimientos ambientalistas, entre otros.

Y a medida que los nuevos sujetos colectivos han pautado el proceso de acuerdo con sus necesidades históricas de carácter económico, político y cultural, han proyectado en el texto constitucional la positivación de derechos que persiguen la igualdad material y el reconocimiento de su identidad etnocultural²³.

Las nuevas constituciones latinoamericanas (Ecuador, 2008 y Bolivia, 2009) son fruto de procesos constituyentes que poseen un espectro transformador muy fuerte, puesto que significan un vuelco en las estructuras de poder históricamente consolidadas, concretizado a través del reconocimiento de grupos históricamente marginalizados²⁴.

Esta nueva institucionalidad tiene por objetivo construir mecanismos jurídicos que promuevan transformación social y legitimación de la diversidad cultural. La idea de una transformación social tan deseada y tan sustentada políticamente, se consolida por primera vez por medio de institutos jurídicos que no son solamente discursos simbólicos, sino que desafían las estructuras de poder centralizadas en el Estado y en aquellos que lo dominan.

Más allá del pluralismo jurídico como referente instituyente, existe su adopción con fuerza normativa, expresada en las cartas constitucionales, como por ejemplo la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, que establece lo siguiente:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad

²³ “Estos procesos han estado marcados, entre otros elementos, por La irrupción de actores constituyentes (movimientos campesinos, indígenas, organizaciones de mujeres y feministas, sindicatos nuevos y antiguos, movimientos de desocupados, pobres urbanos y afrodescendientes, organismos de derechos humanos) que han forzado la inclusión de nuevos temas en la agenda político-constitucional, y con ello, la delimitación de un modelo con perfiles propios.” G. PISARELLO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: bance de una década”, cit.

²⁴ R. MARTINEZ DALMAU, R. VICIANO PASTOR, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 145-149. Observar: R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Y el artículo 178:

Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Lo mismo sucede en Ecuador²⁵, que cuenta con cerca de 15 sistemas jurídicos funcionando reconocidos constitucionalmente, lo que le da legitimidad al derecho de las comunidades que desde el período colonizador funcionaban paralelamente al Estado oficial.

La proyección del pluralismo para dentro de las constituciones no es una invención fruto de la creatividad del poder constituyente, sino una conquista de la sociedad latinoamericana sobre la teoría constitucional colonizadora importada. El pluralismo jurídico en América Latina se origina del conflicto entre el orden jurídico de la metrópoli ibérica, que ha intentado imponerse y segregarse durante siglos, y el derecho de las comunidades originarias prehispánicas.

²⁵ En la Constitución ecuatoriana el pluralismo se expresa por medio de diversos dispositivos entre ellos:

Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia social, democrático, soberano, independiente, plurinacional y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada.

Artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

Artículo 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Por ello el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarían sujetas al control de constitucionalidad con los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Dicho conflicto es el resultado del hecho de que la aplicación del derecho europeo en la región siempre ha encontrado resistencias a causa del proceso de incompatibilidad entre esa normatividad formalista y las sociedades indígenas. Ello ha generado innumerables situaciones de juridicidades paralelas o híbridas, con relación a las cuales la corona española respondía con nuevas leyes intentando ajustar el descompás normativo entre colonia y metrópoli.

Sin embargo, a pesar de los intentos de colonización por el Derecho de la conquista, se afirma un derecho comunitario indígena paralelo al derecho europeo,

*Esta vigencia del derecho indiano y castellano –este punto de arranque de aquél– y a la vez complemento del mismo –se mantiene en América hasta el fin de la dominación española. Si desde el último tercio del siglo XVI se tiende a considerar el derecho de Indias un sistema peculiar y completo y en cierto modo autónomo, en 1614 respondiendo a ello se declara que las nuevas leyes que se dicten para Castilla solo regirán en Indias cuando expresamente se ordenen. En el siglo XVIII se insiste en unificar, hasta donde sea posible, el derecho indiano y el castellano. De hecho, la legislación, la literatura jurídica y la práctica indianas suponen la plena compenetración de lo estrictamente indiano y lo castellano*²⁶.

Como consecuencia de ello, el surgimiento constitucional del *pluralismo jurídico comunitario-participativo* expresa la dimensión de un constitucionalismo latinoamericano auténtico y contextualizado, a medida que persigue no la reproducción de propuestas constitucionales etnocéntricas occidentales, que en general entran en conflicto con la cultura y la sociedad de las relaciones coloniales, sino un proyecto nuevo que procede a la apropiación societaria del constitucionalismo y lo redefine en razón de las necesidades de comunidades históricamente negadas, funcionando como un mecanismo de su lucha por emancipación y reconocimiento.

El diseño constitucional del *pluralismo jurídico comunitario-participativo* tiene como mérito desvelar el carácter dialéctico de la realidad política, propiciando el ajuste entre el constitucionalismo y la realidad histórica, camino viable para la transformación social.

Dicha propuesta permite la apropiación y la vinculación entre *potestas* (instituciones) y *potencia* (pueblo), como afirma Dussel, al final:

²⁶ A. GARCIA-GALLO, "Derechos europeos y pluralismo jurídico en América española", en A. DAL RI, L. DAL RI, *Latinidade da América latina: enfoques histórico-jurídicos*, Hucitec, São Paulo, 2008, pp. 100-101.

En la Constitución deben positivarse (expresarse jurídicamente) los derechos humanos, que ya no son considerados meros derechos naturales, sino reconocidos como logros históricos de la conciencia político-jurídica de la comunidad. En esos derechos humanos (que son el fundamento del cuerpo de leyes futuro) se reconoce, como ya hemos indicado, la pertenencia del ciudadano como sujeto de otros campos prácticos (derechos subjetivos y privados por medio de los cuales el campo político se liga a todos los demás campos prácticos no-políticos), siendo el primero de esos derechos políticos el que afirma que el mismo ciudadano, autónomo (o libre) de manera privada (ya indicada) y públicamente (como participantes de la comunidad soberana), es la última instancia de toda decisión legislativa (institucionalizante, positivizante, jurisdiciante). En tanto que se da a sí mismo las leyes (autolegislator soberano) la/el ciudadana/o es origen del derecho (fundamento de la legitimidad política de la ley) y destinatario (debe obedecer la ley por ser su propia decisión)²⁷.

4. CONCLUSIÓN

De esta manera se inaugura en América Latina la perspectiva de un “nuevo” constitucionalismo marcado por el reconocimiento de la diversidad pluriétnica y por el diálogo intercultural por medio de textos constitucionales, que ya no constituyen estrategias coloniales reproductoras ni mecanismos de cohesión social en torno de las elites locales.

El pluralismo jurídico es una posibilidad de realización de plurinacionalidad, la medida que la propuesta de uniformidad padronización sociales inherentes al monismo jurídico, tiene impuesto formas jurídicas derivadas de la metrópoli a las realidades políticas y sociales de las comunidades de los pueblos indígenas. La propuesta del Constitucionalismo clásico liberal establece una relación jurídica entre el Estado y el sujeto de Derecho, pero esto como figura jurídica que define al individuo en una representación desconectada del grupo social o de una mayor integración comunitaria. Por ella si entiende la sociedad como un conglomerado de individuos, en que los derechos no son un elemento de agregación, sino más bien una forma de delimitar las fronteras entre los sujetos, a menudo un reglamento formal para la competencia entre ellos.

²⁷ E. DUSSEL, *Política de la liberación*. Volumen II Arquitectónica, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 304.

El pluralismo jurídico es sin duda una propuesta teórica que permite el reconocimiento de las formas normativas de organización social existente en las comunidades. Tales grupos son ahora reconocidos como expresiones culturales, sino también porque tienen una organización política y jurídica, que está diseñado sus visiones del mundo. Así, una percepción de la comunidad de derecho y las formas políticas se convierte en una estrategia eficaz para realización del “buen vivir” y para la apropiación popular del poder, o según lo propuesto por Dussel, la unión de la *potentia* con las *potestas*.

Ahora, este “nuevo” constitucionalismo de tenor pluralista y transformador representa entonces un momento de ruptura histórica y teórica que afirma la identidad latinoamericana. Se trata de una propuesta de descolonización en el ámbito epistemológico, puesto que estos modelos le ofrecen a América Latina alternativas metodológicas a la teoría constitucional europea y estadounidense, que suele resonar de forma irreflexiva, propagada por constitucionalistas que postulan su “sofisticación teórica” por medio de la colonialidad intelectual.

Se configura así, un momento de descolonialidad del poder ya que se posibilita, de facto, la soberanía popular de las sociedades situadas tradicionalmente en condición subalterna. Finalmente, también se posibilita la descolonialidad del ser latinoamericano, teniendo en cuenta que se positivizan las cosmovisiones indígenas permitiendo que la “civilización” expresada en la propuesta del constitucionalismo tradicional sea interpenetrada por la “barbarie”.

Por cierto, hay un horizonte teórico en que comienza a perfilar su propio pensamiento constitucional de América Latina, con base en la afirmación de la alteridad de los grupos históricamente marginados, guiado por la justa satisfacción de las necesidades humanas.

REFERENCIAS

- ACOSTA, E. MARTÍNEZ, A. (Comps.), *Plurinacionalidad. Democracia en la Diversidad*, Abya Yala, Quito, 2009.
- ALBA, S.R. CASTRO, O.S. (Coords.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, IDEL, Sucre, s/d.
- AMIN, S., *El Eurocentrismo: Crítica de una ideología*, Siglo XXI, México, 1989.
- BAUTISTA ALBERDI, J., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Estampa, Buenos Aires, 1982.

- DE CABO MARTÍN, C., *Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico*, Trotta, Madrid, 2014.
- CÉSAIRE, A., *Discurso sobre o colonialismo*, Trad. Anísio Garcez Homem, Letras Contemporâneas, Florianópolis, 2010.
- CLAVERO, B., "Bolivia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo Emancipatório", Disponible en www.rebelion.org, Acceso el 06 de mayo de 2016.
- CHÁVEZ HERRERA, N. (Comp.), *Primeras Constituciones. Latinoamérica y el Caribe*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2011.
- DUSSEL, E., *Política de la liberación. Volumen II Arquitectónica*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- DUSSEL, E., *Filosofia da libertação*, Loyola, São Paulo, 1983.
- DUSSEL, E., 1942: *o encobrimento do outro*, Vozes, Petrópolis, 1993.
- FANON, F., *Os Condenados da Terra*, 2º ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1999.
- GARCIA-GALLO, A., "Derechos europeos y pluralismo jurídico en la América española", en A. DAL RI, L. DAL RI, *Latinidade da América latina: enfoques histórico-jurídicos*, Hucitec, São Paulo, 2008.
- GROS ESPIELL, H., "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX", *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, núm. 6, ener/dec 2002.
- MARTÍ, J., *Nuestra América*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2003.
- MARTINEZ DALMAU, R., VICIANO PASTOR, R., *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MÉDICI, A., *La Constitución Horizontal. Teoría Constitucional y Giro Decolonial*, CENEJUS/Univ. San Luis Potosí, Aguascalientes (México), 2012.
- MIGNOLO, W., *La idea de América Latina*, Gedisa, Barcelona, 2007.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, Oxfam/Enlace, Bolivia, 2008.
- PISARELLO, G., "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década", Disponible en www.rebelion.org, Acceso el 29 de septiembre de 2013.
- PISARELLO, G., *Procesos Constituyentes: Caminos para la ruptura Democrática*, Trotta, Madrid, 2014.
- QUIJANO, A., "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América latina", en E. LANDER, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas*, Clacso, Caracas, 2000.
- SARMIENTO, D.F., *Facundo*, Edición crítica de la Universidad Nacional de la Plata, Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires, 1961.
- DE SOUSA SANTOS, B., *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur*, Antropofagia, Buenos Aires, 2010.
- SVAMPA, M., *El Dilema Argentino: civilización o barbarie*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, 2006.

- GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1993.
- GARZÓN VALDÉS, E., "Constitución y democracia en América Latina", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, edición 2000, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2000.
- VICIANO PASTOR, R. (Editor), *Estudios sobre El Nuevo constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ZIMMERMANN, R., *América latina- o não-ser -; uma abordagem filosófica a partir do pensamento de Enrique Dussel (1962-1976)*, 2º Ed., Vozes, Petrópolis, 1987.
- WALLERSTEIN, I., *O universalismo europeu: a retórica do poder*, Boitempo, São Paulo, 2007.
- WOLKMER, A.C., "Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América latina", *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, Abdconst, Curitiba, 2011
- WOLKMER, A.C., *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015.
- WOLKMER, A.C., *Procesos Constituyentes desde afuera: acerca del Constitucionalismo Pluralista en los Andes*, IAEN, Quito, 2013.
- WOLKMER, M.P. MELO, A.C. (Orgs.), *Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas*, Juruá, Curitiba, 2013.
- WOLKMER, I.M. LIXA, A.C. (Orgs.), *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina*, Universidad Autónoma San Luis de Potosí, Aguascalientes (México); NEPE-UFSC, Florianópolis (Brasil), 2013.

ANTONIO CARLOS WOLKMER
 Master in Law and Society
 UNILASALLE-RS
 2288, Victor Barreto Ave. Canoas
 RS - 92010-000 - Brazil
www.unilasalle.edu.br
 e-mail: acwolkmer@gmail.com

SAMUEL MÂNICA RADAELLI
 Instituto Federal do Paraná - IFPR
 Bento Munhoz do Rocha, Palmas - PR
 Brasil,
www.nepe.ufsc.br
 e-mail: samuel.radaelli@ifpr.edu.br

**VIDA PRIVADA SIN INTIMIDAD.
UNA APROXIMACIÓN A LOS EFECTOS
DE LAS INTROMISIONES TECNOLÓGICAS EN EL ÁMBITO ÍNTIMO**

*PRIVATE LIFE WITHOUT PRIVACY.
AN APPROACH TO THE EFFECTS
OF TECHNOLOGICAL INTERFERENCES INTO THE PERSONAL SPHERE*

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
Universidad de La Rioja

Fecha de recepción: 17-2-16

Fecha de aceptación: 11-7-16

Resumen: *La intimidad es un bien apreciado en las sociedades desarrolladas. La noción de intimidad ha ido evolucionando, desde finales del siglo XIX, por la influencia de los avances tecnológicos. El desarrollo y la extensión de las tecnologías de la información y de la comunicación están modificando sustancialmente las relaciones sociales y, al mismo tiempo, también el enfoque de la intimidad. Estos cambios se están produciendo, principalmente, por un uso de estas tecnologías que implica importantes intromisiones ilegítimas en la vida privada de las personas. Este artículo estudia la respuesta del Derecho y de la imaginación jurídica a este tipo de injerencias. Primeramente, trata del origen y del desarrollo del derecho a la intimidad, y de la necesidad de su reconceptualización. A continuación, el trabajo tiene por objeto el estudio de la aparición de nuevos derechos, sobre todo, a causa de la acción judicial: el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido digital.*

Abstract: *Privacy is a precious asset within developed societies. The concept of privacy has been evolving since the late XIX century due to the influence of technological progress. The progress and spread of information and communication technologies are substantially modifying the social relations and, at the same time, the concept of privacy. These changes are mainly taking place due to a certain use of these technologies that implies important illegitimate interferences into people's private life. This article examines the*

answer of law and legal imagination to such interferences. Firstly, it deals with the origins and development of the right to privacy, and the need for its reconceptualization. Next, the work aims to study the emergence of new rights, especially due to legal action: the right to informational self-determination, the right to the protection of personal data and the right to be forgotten.

Palabras clave: derecho a la intimidad, nuevas tecnologías, autodeterminación informativa, derecho a la protección de datos de carácter personal, derecho al olvido.

Keywords: the right of privacy, new technologies, informational self-determination, the right to the protection of personal data, the right to be forgotten.

1. INTRODUCCIÓN

“La vida es corta. Ten una aventura. La web AshleyMadison.com luce este eslogan en su portal de acceso, dirigido a usuarios que quieren mantener un encuentro sexual ajeno a su pareja habitual. Ahora, un grupo de hackers ha accedido a sus bases de datos de la compañía propietaria, Avid Life Media (ALM), con sede en Toronto (Canadá), y ha publicado los resultados en la web, según indica el periodista especializado en seguridad informática Brian Krebs ...

Los hackers se hacen llamar The Impact Team y podrían haber accedido, siempre de acuerdo con el citado blog, hasta a 37 millones de datos de usuarios de los que atesora ALM. El jefe ejecutivo de la empresa, Noel Biderman, confirmó el robo de datos al blog y afirmó que la empresa estaba trabajando ‘con diligencia y frenéticamente’ para proteger la propiedad intelectual de la empresa ...”.

El País, 20 de julio de 2015

De esta manera reflejaba un periódico de tirada nacional el pirateo y el robo de millones de datos de usuarios de una conocida web de encuentros sexuales. La noticia, así expuesta, pudiera generar alguna que otra sonrisa. Sin embargo, más allá de lo que pudiera parecer anecdótico, no deja de tener importantes repercusiones personales y sociales, como parece ser que tuvo. Sobre todo, debe incitar a una seria reflexión no sólo sobre los riesgos del empleo de la informática, sino también de la transformación de la idea de lo que es nuestra vida privada. A fin de cuentas quienes utilizaron los servicios de esta empresa buscaban desde luego una determinada prestación, pero tam-

bién seguridad y, sobre todo, la garantía de privacidad, de que no se iba a hacer pública una relación íntima, esto es, lo que se hacía en intimidad. Lo mismo puede pasar al resto de ciudadanos en relación a otros datos de carácter personal (salud, religión, ideología, etc.) o sobre su vida y sus relaciones sociales.

Es más, a los pocos días, se publicó la noticia un tanto jocosa de que una empresa española, utilizando toda esa información, estableció cuál era el tipo medio de usuarios de esa web, cuál era la ciudad del mundo más “infiel”, Sao Paulo (Brasil) o en qué países era mayor el porcentaje de mujeres que la utilizaban. Menos gracia tuvo la siguiente información de que grupos de delincuentes se servían de esa información, de acceso fácil en la red, para enviar un e-mail extorsionador, pues “los usuarios ‘destapados’ saben que pueden perder mucho si se revela su identidad y hay quienes están aprovechándose de esta vulnerabilidad para sacar dinero o algún otro rédito”. Aún más, las autoridades de Canadá apuntan a otras consecuencias, como la posibilidad de que dos suicidios estén relacionados con el pirateo de esta web¹.

Esta noticia, y otras muchas que tienen que ver con un uso perverso de las tecnologías de la información y de la comunicación y, especialmente, con las virtualidades de la red, de Internet, ponen en cuestión, como poco, algunas nociones básicas sobre las que se ha desarrollado la sociedad occidental desde hace siglos. Más en concreto, las de vida privada e intimidad y, a su vez, dado el estrecho vínculo existente entre todas ellas, también la de dignidad humana.

“Vida privada sin intimidad” es el título de este artículo. Por paradójico que parezca ésa es la percepción que producen situaciones como la descrita u otras que se suceden aunque no siempre seamos plenamente conscientes. Piénsese, por ejemplo, en las posibilidades de entrar y curiosear los perfiles de Facebook, Twitter, etc., o de conectarse a una red privada y fisgonear a través de nuestra propia cámara del ordenador. Y lo que se puede hacer con esos datos y esa información. Siempre han existido *voyeurs*, inocentes mirones que sólo buscan curiosear en la vida privada de los demás. Pero aquí no es esa la cuestión. Se trata de que seamos conscientes de que pueden utilizarse estos mecanismos con otros fines, incluyendo, los delictivos. Que el aumento de situaciones como la descrita altera sustancialmente elementos, conceptos e instrumentos que son parte importante en el día a día de nuestras vidas.

¹ Las noticias aparecieron en *El País*, los días 20 de julio, 20 y 25 de agosto de 2015 (consultado *on line* el día 1 de septiembre de 2015).

Ante estos riesgos derivados de la evolución de la sociedad y del desarrollo tecnológico, cabe preguntarse si las instituciones y el derecho son capaces de dar una respuesta, si, desde una perspectiva iusfilosófica, pueden armarse suficientes argumentos o bien que reviertan esta situación o que afronten dichos riesgos satisfaciendo las demandas de los ciudadanos ante lo que algunos consideran agresiones.

Lo cierto es que, de la misma manera que se articuló un derecho a la intimidad, o a la privacidad, por utilizar el término anglosajón, también cabe decir lo mismo respecto a la respuesta jurídico-constitucional requerida ante los hechos expuestos más arriba. De esto trata este artículo. Primeramente, de la controversia sobre las nociones básicas –intimidad, privacidad, vida privada– y las pretensiones de reconceptualización o de revisión. Y, después, de estudiar y analizar cómo afecta esta reflexión al derecho a la intimidad y al surgimiento de nuevos derechos: el derecho a la protección de datos de carácter personal y del derecho al olvido.

2. ¿HACIA UNA RECONCEPTUALIZACIÓN DE LA INTIMIDAD?

La cultura occidental ha desarrollado durante siglos un fuerte sentimiento de la personalidad y de la identidad individual². Uno de sus principios básicos es el del libre y responsable desarrollo de la personalidad de cada uno como expresión de la dignidad humana que nos es inherente en tanto que personas. Vinculada estrechamente a esta idea está la de poder disfrutar de un espacio íntimo, propio, en el que ser uno mismo y en el que se pueda disfrutar de la amistad o de las relaciones con otros individuos. A ese conjunto de acciones y situaciones, solemos incluirlas en lo que, *grosso modo*, denominamos, “vida privada”³.

² Los historiadores, Ph. ARIES y G. DUBY, en su imprescindible *Historia de la vida privada*, han relatado magníficamente el estrecho nexo entre el desarrollo de la sociedad y cultura occidental y la emergencia del sentimiento de lo privado. Vid. Ph. ARIES y G. DUBY, *Historia de la vida privada*, trad. de Fco. Pérez, Taurus, 5 vol., Madrid, 1987.

³ He tratado las cuestiones conceptuales sobre los términos “vida privada”, “intimidad” y “privacidad” en diferentes escritos. Vid. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1993; “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, *Derechos y Libertades*, 3, 1994, pp. 313-340; “Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1996-97, num. 13-14, pp. 717-738, y “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, pp. 409-430.

“Intimidad” es también una noción básica ligada a una concepción individualista de la vida⁴. Presupone un modelo de persona que, al menos, desde una perspectiva filosófica hunde sus raíces en el pensamiento de S. PUFENDORF, con su distinción entre fuero interno-fuero externo, de I. KANT, con su insistencia en el valor moral de la “persona como fin en sí mismo”, de B. CONSTANT y su fina percepción de la diferencia entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, de J. S. MILL, con su lucha por la libertad de expresión y de conciencia, y de tantos otros. En todo caso, la idea de intimidad se va construyendo, con el paso del tiempo, para hacer también referencia a la existencia de un “ámbito íntimo”, inexpugnable ante la mirada y el poder de otros, especialmente, del Estado. Por eso, los conceptos de “vida privada” y de “intimidad” tienen esa estrecha relación que da lugar a enormes confusiones y que justifica las reflexiones de importantes juristas⁵.

Pues bien, lo que aparece en la situación tomada de la prensa y que da lugar a estas reflexiones es, precisamente, la existencia de una vida privada “aparente”, en cierto modo, ficticia, pues la persona cree que está disfrutando de los beneficios de poseer una esfera propia en la que relacionarse libremente con otra persona, pero “sin intimidad” real puesto que, de forma subrepticia, un tercero rompe con la muralla que protegía ese espacio para

⁴ Como acertadamente señala S. LUKES hay cuatro ideas que fundamentan la filosofía individualista sobre la que se asiente, a su vez, la sociedad occidental: la dignidad del hombre, la autonomía, la intimidad, y el autoperfeccionamiento. Cada una de estas ideas presentan afinidades importantes entre sí. Incluso, cada época les ha dado una lectura diferente y las ha relacionado de forma diferente dando lugar a las diversas concepciones que han inspirado los modelos de sociedad en la historia. Vid. S. LUKES, *El individualismo*, trad. de J. L. ÁLVAREZ, Península, 1975, Barcelona.

⁵ PÉREZ LUÑO recurrió a la literatura alemana para explicar la complejidad del haz de realidades que constituyen lo que, en sentido amplio, llamamos “intimidad”. Según esta visión, los ámbitos de la vida de los individuos pueden parcelarse en esferas de acuerdo a los intereses personales en juego y a su voluntad de estructurar esos espacios: esfera íntima, esfera privada y esfera individual. Vid. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 328.

GARZÓN VALDÉS, por su parte, en otra interesante aportación el debate, hace referencia a lo “íntimo”, lo “privado” y lo “público” como diferentes ámbitos en los que se manifiesta la personalidad del individuo, así como a su repercusión en la distinción de lo moral y lo jurídico. Cada uno de los ámbitos se caracteriza, además del diferente objeto de actuación del individuo, por la también diferente accesibilidad o transparencia para los otros. Vid. E. GARZÓN VALDÉS, “Lo íntimo, lo privado y lo público”, *Claves de Razón Práctica*, num. 137, 2003, pp. 14-24.

convertirlo en algo público. Ha sucedido en estos casos, pero las posibilidades de la tecnología de la comunicación y de la información acrecientan considerablemente los casos en los que esto mismo pueda suceder. Y que, incluso, nuestra vida privada se convierta en algo público, a nuestro pesar, en cuestión de segundos. ¿Se puede, entonces, seguir hablando de “vida privada” como ámbito íntimo, de “intimidad” como secreto, de poder para impedir las injerencias e intromisiones, de control sobre nuestra vida personal y familiar, sobre nuestras decisiones, sobre la información que discurre por la red sobre cada uno de nosotros, etc.?

Las circunstancias descritas, en suma, el avance de las tecnologías de la información y de la comunicación y su proyección sobre la vida de las personas justifica que una parte importante de los especialistas aboguen por una relectura de las nociones básicas como “vida privada” e “intimidad” y un desarrollo de nuevos mecanismos jurídicos que protejan estos ámbitos y, en definitiva, queden a resguardo también el principio de la dignidad humana y el ideal del perfeccionamiento individual como meta. Como se ha escrito recientemente, “este nuevo contexto nos conduce a la revisión del concepto de intimidad y a valorar la ineludible necesidad de adaptarlo a las nuevas características de las sociedades con un alto grado de innovación y desarrollo tecnológico, especialmente en el ámbito de la información y la comunicación”⁶.

En realidad, el origen del derecho a la intimidad está estrechamente ligado al uso de la técnica y a la violación de la privacidad. La historia es bien conocida. El primer artículo en el que se define y defiende el “derecho a la intimidad” –“The right of privacy” (1890) de S. Warren y L. D. Brandeis– es escrito a raíz de la intromisión de unos *paparazzi* en la vida privada del primero y la publicación de noticias y fotos personales sin su permiso⁷. El hartazgo por la exposición pública de la vida privada es lo que motiva este escrito sobre el derecho a la intimidad. Los autores no podían ni imaginar el éxito que acabaría por tener su respuesta ante la injerencia externa y el creciente interés de los medios de comunicación por los actos privados de la gente famosa.

⁶ I. V. LUCENA CID, “El concepto de intimidad en los nuevos contextos tecnológicos” en A. GALÁN MUÑOZ, (coord.), *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 120.

⁷ S. D. WARREN y L. D. BRANDEIS, “The right to privacy (the implicit made explicit)”, en *Philosophical Dimensions of Privacy*, F. SCHOEMAN (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 75-103. Este artículo inicialmente fue publicado en la *Harvard Law Review*, vol. IV, num. 5 (1890).

La impronta liberal de este primer acercamiento es bien clara. El derecho a la intimidad es definido como el “derecho a estar solo” o a “ser dejado en paz” –*the right to be let alone*–. Detrás de esta definición se encuentra la filosofía de los derechos fundamentales de la primera generación, pues se trata de proteger un espacio íntimo, de posibilitar que ese ámbito quede libre de la injerencia de terceros no deseados; en todo caso, de decidir quién puede entrar en el mismo. Un espacio en el que el individuo, cada uno de nosotros, puede estar en paz, puede disfrutar de tranquilidad, al margen de la mirada ajena, para hacer su voluntad.

Dos ideas están en el centro de esta primera noción de intimidad: la de la existencia de un “espacio” y la de la necesidad de “protección”. La existencia de un espacio que remite a la idea de “dominio”, pues ese ámbito es objeto de la propiedad de su titular sobre el que tiene un poder absoluto. Y la necesidad de protección, pues ese espacio deviene en un ámbito amurallado en el que nadie puede entrar, salvo que obtenga el permiso del propietario. Y una tercera idea articula también esta primigenia filosofía de la intimidad: la de la capacidad para “decidir” qué se hace en ese ámbito, con quién se puede compartir, etc. Pues el derecho a la intimidad garantiza, en suma, un espacio en el que disfrutar de “autonomía personal”.

Esta noción del derecho a la intimidad, tal y como fue esbozada por Warren y Brandeis, tuvo un éxito rápido. Pronto, estas reflexiones encontraron un defensor en el juez Cooley y, en última instancia, en la Corte Suprema de EEUU. El derecho a la intimidad fue, pues, en sus inicios, un derecho jurisprudencial –aspecto a tener en cuenta para entender el posterior desarrollo de otros derechos vinculados a la intimidad como son el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido en Internet–. Pero, décadas más tarde, encontraría su positivación y, por tanto, su consolidación jurídica en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948⁸. A partir de este reconocimiento, fue recogido en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y en las constituciones de los Estados⁹.

⁸ El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, afirma: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

⁹ Así, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, reitera lo establecido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque añade la prohibición de las injerencias “ilegales” y no sólo las “arbitrarias”: 1.- “Nadie

3. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SUS MANIFESTACIONES

En el derecho español, el reconocimiento de la intimidad como derecho fundamental se produce con la Constitución Española de 1978¹⁰. Aunque la doctrina constitucionalista recibió con satisfacción el reconocimiento del derecho a la intimidad, no por ello dejó de mostrar algunas importantes cautelas. Entre ellas, por ejemplo, destaca la falta de una definición constitucional del concepto mismo de intimidad, pues el artículo 18.1 CE, a primera vista, sólo especifica que se “garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” sin precisar nada más sobre el significado de cada uno de estos extremos. Tampoco la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, cuyo objeto era desarrollar dicho artículo, resuelve el problema, motivo por el cual fue ampliamente criticada¹¹. En todo caso, la cuestión es importante, pues no sólo es clave para delimitar el ámbito de la protección de la intimidad, sino también para fijar las relaciones con los otros derechos del artículo 18 CE y, en especial, con los derechos fundamentales con los suele entrar en conflicto (véase el derecho a la información y la libertad de expresión).

Igualmente, la doctrina ha puesto de manifiesto las dudas sobre la estructura misma de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE. En par-

será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. En el ámbito europeo, el artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, dispone: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. El apartado 2 introduce una importante precisión: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida” necesaria en toda sociedad democrática.

¹⁰ “1.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2.- El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial. 3.- Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas, salvo resolución judicial. 4.- La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos”.

¹¹ A. FAYOS GARDÓ, “Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, num. 4/2007, pp. 7 y ss. (http://www.indret.com/pdf/492_es.pdf).

ticular, se ha cuestionado acerca de qué derecho o derechos se recogen en sus diferentes apartados: un único derecho a la intimidad que se ramifica en diferentes manifestaciones (intimidad personal y familiar, honor, imagen, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, etc.) o bien diferentes derechos fundamentales, cada uno con su autonomía, aunque todos procediesen de la misma matriz: de la intimidad o privacidad y, en última instancia, de la dignidad de la persona¹². Como ha escrito Rebollo, “nuestro constituyente no ha optado por el reconocimiento del derecho a la vida privada (*privacy*), de haberlo hecho, cabría entender como derecho a ésta y manifestaciones de la misma al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Ocurre que teniendo estos tres derechos una misma fundamentación parece que ésta se extiende también a sus respectivas configuraciones, lo cual no es cierto”¹³.

Lo cierto es que, después de todo, se acepta la existencia de, al menos, tres derechos fundamentales en el artículo 18 CE. Como ya escribiera O’Callaghan, “está superada la teoría de que hay un sólo derecho de la personalidad que tiene manifestaciones múltiples y entre ellas el honor, la imagen y la intimidad”¹⁴. Lo cual no es óbice para que quede constancia de las muchas imbricaciones que existen entre ellos y de las dudas y dificultades que suscitan en las consiguientes interpretaciones constitucionales. No obstante, queda todavía la cuestión de qué sucede con el apartado 4 de este artículo en el que se recoge la obligación de limitar por ley las intromisiones informáticas en la intimidad. Como más adelante se verá, es una cuestión que no deja de tener su enjundia.

En esta tesitura, no cabe sino insistir en la importante labor del Tribunal Constitucional en la definición y delimitación de los derechos fundamentales. En el caso de los derechos del artículo 18, sin duda, su labor garantizadora e interpretativa es enormemente relevante. De hecho, tempranamente tuvo ya que pronunciarse sobre el derecho a la intimidad y sus manifestaciones haciendo una labor hermenéutica y definitoria clave para entender

¹² J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, cit. p. 91 y ss; Idem, “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, cit., y Idem, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, cit.

¹³ L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 191.

¹⁴ X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991, p. 96.

dicho concepto, su contenido esencial y sus límites en el conflicto con otros derechos. Y puede decirse sin temor a equivocarse que ha construido una doctrina en torno al derecho a la intimidad clara y precisa.

Como tengo expuesto en otro lugar, la construcción del derecho a la intimidad realizada por el Tribunal Constitucional se basa, al menos, en las siguientes ideas básicas¹⁵: 1.- Los derechos del artículo 18 CE son “derechos personalísimos”, “derechos de la personalidad”, “derechos ligados a la persona”. 2.- Son derechos vinculados a la dignidad humana y, en consecuencia, conectados a través del artículo 10 CE con el conjunto de tratados internacionales sobre derechos y libertades fundamentales. 3.- Estos derechos implican un “espacio”, un “ámbito propio y reservado”. 4.- Precisamente, uno de los objetivos de estos derechos es proteger ese ámbito íntimo de las “injerencias de terceros”, de “intromisiones extrañas”. 5.- Con todo, el derecho a la intimidad no es en nuestro ordenamiento jurídico “un derecho de carácter absoluto”, sino que su contenido debe responder “a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad”. 6.- En suma, en la labor jurisdiccional de protección del derecho a la intimidad y de los derechos del artículo 18 CE, especialmente en los casos de colisión con otros derechos fundamentales, es imprescindible la realización de una “ponderación” que valore los hechos relevantes y equilibre los bienes jurídicos en conflicto.

Los diferentes elementos del contenido esencial del derecho a la intimidad quedan reflejados en numerosos fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Entre ellos, cabe destacar las siguientes¹⁶. Así, el FJ 4 de la STC 170/1987, de 30 de octubre: “Los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones

¹⁵ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, cit., p. 414.

¹⁶ Como puede observarse en las sentencias citadas, las referencias a los rasgos –y, por tanto, a la filosofía que los inspira– del derecho a la intimidad personal y familiar son compartidos también por el derecho a la propia imagen. Un análisis de las sentencias del TC sobre el artículo 18.1 CE muestran las dificultades de una separación del derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen. Al tiempo que recoge los rasgos comunes, alude a la existencia de dos “derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad”: dos derechos autónomos pero ligados por un núcleo común (J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, cit., 91 y ss.).

extraña”. El FJ 2 de la STC 231/1988, de 2 de diciembre: “los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así estos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”.

Estas declaraciones quedan completadas con las afirmaciones de la importante STC 171/1990, de 5 de noviembre, en la que se matizan los perfiles del derecho a la intimidad. Según esto, la intimidad es concebida como una “realidad intangible” cuya “extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”.

El Tribunal Constitucional insiste permanentemente en el carácter “personalísimo” de los derechos del artículo 18 CE y, en particular, del derecho a la intimidad personal y familiar. Con ello, desvincula su configuración de una visión patrimonialista que consideraba al “ámbito íntimo” desde la perspectiva del dominio o de la idea de la propiedad perteneciente a su titular. Por el contrario, se vincula a la esfera de la personalidad individual y aparecen como una derivación de la idea de dignidad humana, recogida en el artículo 10.1 CE. Así, aparece en el FJ 3 de la STC 21/1992, de 14 de febrero, cuando señala que “la intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad de todos que quiere asegurar la norma fundamental (art. 10.1)”. Idea que es reiterada en el FJ 1 de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, que insiste en que “el derecho al honor y otros derechos reconocidos en el artículo 18 CE aparecen como derechos vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’ que reconoce el artículo 10 CE”¹⁷.

A la vista de estas consideraciones, puede afirmarse que la construcción del derecho a la intimidad en el bloque constitucional español responde, en

¹⁷ Estas líneas básicas han sido reiteradas en numerosas sentencias además de las citadas: STC 73/1982, de 2 de diciembre, STC 110/1984, de 26 de noviembre, STC 143/1994, de 9 de mayo, STC 207/1996, de 16 de diciembre, STC 151/1997, de 29 de septiembre, STC 98/2000, de 10 de abril, STC 115/2000, de 5 de mayo.

principio, a la concepción tradicional de los derechos fundamentales y refleja, por tanto, la visión de la primera generación de derechos y libertades fundada, como es sabido, en la idea de autonomía y en el concepto de libertad negativa. Como consecuencia de esta lectura, el derecho a la intimidad surge con la función de preservar un espacio íntimo, privado, particular de la persona, de las intromisiones o injerencias de terceros no permitidas o consentidas por el titular. Se trata, pues, de proteger un ámbito de autonomía y de libertad en el que el individuo pueda desarrollar su personalidad y lograr el objetivo de promover su propia perfección moral de acuerdo a sus creencias y deseos.

4. DE LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

4.1. De la autodeterminación informativa ...

Ahora bien, desde la primera formulación, el concepto de intimidad y la función misma del derecho ha ido evolucionando desde un enfoque “negativo” a uno más “positivo” para constituir, de hecho, un principio activo en el que ya no se trata de impedir o proteger el espacio íntimo, sino de controlar la vida privada en el sentido pleno del término, esto es, de perseguir a los violadores del sacrosanto ámbito y, sobre todo, de disponer de cada uno de los aspectos y elementos que lo articulan. También en esta importante mutación del derecho a la intimidad –o, mejor, habría que afirmar de los derechos relativos a la intimidad personal y familiar– los avances tecnológicos han tenido un relevante papel.

En efecto, el cambio en los posibles riesgos a la intimidad, esto es, la aparición de nuevas formas de injerencia en la vida privada, ha llevado a modificar también la función del derecho fundamental pasando de ser un instrumento de exclusión, de impedimento de las intromisiones en el ámbito íntimo, a constituir un principio activo que faculte para decidir y controlar el destino de los propios aspectos personales y de la información que le afecte directamente. Ya no se trata de dotar al individuo de un poder para que levante una muralla frente a las injerencias externas y así proteger el espacio más íntimo y personal, sino de conferir facultades para conocer y realizar un seguimiento de la información más sensible, para decidir, disponer y, en su caso, evitar un uso perjudicial de esos aspectos vitales. Se trata, por tanto, de

dotar al titular de un nuevo poder para actuar sin necesidad de que exista una violación previa de su intimidad.

Como se ha dicho antes y hemos visto en el supuesto que abre estas páginas, el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación han aumentado considerablemente los riesgos de vulneración de aspectos de su vida privada y, especialmente, de un uso indebido y perjudicial de la información personal. Dicho de otra forma, la innovación informática, el desarrollo de Internet y la culminación del proceso globalizador a escala mundial aumentan vertiginosamente las posibilidades de que datos o elementos aparentemente inanes de la vida o de las relaciones sociales puedan ser utilizados con una finalidad no deseada por el individuo. Esto es, “las innovaciones científicas y tecnológicas, las nuevas necesidades del comercio moderno, el desarrollo industrial y de los servicios a los ciudadanos ofrecidos por las administraciones del Estado, etc., han propiciado la creación de distintas bases de datos de carácter personal, cuyo contenido lo conforma la información privada sobre la identidad (nacimiento, muerte, estado civil, propiedades, permiso de conducir, etc.), la profesión, los datos económicos y fiscales, ideológicos, de salud, e incluso valoraciones de la personalidad”¹⁸.

Es, precisamente, la repercusión de las nuevas intromisiones tecnológicas en la vida privada la que ha impulsado la visión más activa del derecho a la intimidad que permita a su titular ejercer el control sobre los datos de carácter personal que sean almacenados o tratados por medios informáticos. Esta derivación del derecho a la intimidad se ha materializado, en un principio, en *el derecho a la autodeterminación informativa*. De manera que “la autodeterminación informativa se concreta en la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal almacenada en medios informáticos tanto por las administraciones públicas como entidades u organizaciones privadas”¹⁹.

Pues bien, esta pretensión de controlar la información personal almacenada informáticamente y, en consecuencia, de establecer un derecho a la autodeterminación informativa, para algunos, ya se recogió en la Constitución Española, en el apartado 4 del artículo 18, que dice “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

¹⁸ I. V. LUCENA CID, “El concepto de intimidad en los nuevos contextos tecnológicos”, cit., p. 133.

¹⁹ Ibídem, p. 135.

Pérez Luño, entre otros, interpretó hace tiempo este artículo de la CE como la justificación de un nuevo derecho fundamental, perteneciente a la tercera generación, cuyo objeto lo constituye la protección de la libertad informativa²⁰. El derecho a la autodeterminación informativa se conforma así como un *habeas data*, como una facultad de dominio sobre los datos y la información personal incluida en archivos informáticos y objeto de tratamiento informatizado. Confiere al titular de un poder para proteger y salvaguardar dicha información sobre su persona de manera que pueda evitar el acceso o la utilización no consentida por parte de terceros. Sin duda, en ese momento, estas sugerencias tuvieron una importante repercusión en la doctrina y en la teoría de los derechos.

Un hito clave en la conformación de este derecho a la autodeterminación informativa fue la sentencia de 1983 del Tribunal Constitucional alemán, por la que resuelve el recurso presentado contra la legislación del censo de ese país²¹. En el texto de la sentencia se hace referencia explícitamente a este nuevo derecho a la “autodeterminación informativa” cuyo objeto es dotar al titular de facultades para decidir y controlar la divulgación y utilización de los datos de carácter personal. La sentencia incluye, además, una interesante descripción de los peligros que acechan a la vida privada y a la intimidad de los individuos con un uso torticero de las tecnologías de la información y la comunicación. Como se ha destacado adecuadamente, lo importante de la sentencia no es que ponga el acento en la “cualidad del dato personal”, sino en “el tratamiento informatizado” que puede resultar de los avances tecnológicos. Lo que los magistrados denominan “enmallamiento” de la información, esto es, no sólo la mera recogida de datos personales aparentemente poco relevantes o sin interés, sino el cruce de los mismos conformando un

²⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, “Intimidad y protección de datos personales: de habeas corpus al habeas data” en L. GARCÍA SAN MIGUEL, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 36-45.

²¹ Sobre esta sentencia puede verse M. ARENAS RAMIRO, “El derecho de protección de datos personales como garantía de las libertades de expresión e información”, en L. COTINO HUESO, (ed.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 380 y ss. El TC alemán entendió que la “autodeterminación informativa” es un elemento indispensable para el libre desarrollo de la personalidad del individuo que, además, es fundamental para su participación en la sociedad. La persona no puede participar libremente en la sociedad si desconoce qué datos personales son utilizados o manejados por otros. El TC alemán concluyó que “la tutela del derecho a la autodeterminación informativa, es decir, el derecho a la protección de datos personales, es un presupuesto necesario para la existencia y el mantenimiento del Estado democrático” (p. 383).

perfil determinado y diferente al deseado por individuo, y su cesión a terceros. El resultado de la extensión de esta práctica ya no daría lugar a *El Gran Hermano* de G. ORWELL, que, al modo del panóptico benthamita, todo lo ve y todo lo controla, sino que, peor todavía, convertiría al ciudadano en el “hombre de cristal”²².

Estas experiencias y el impulso doctrinal no podían pasar desapercibidos para el Tribunal Constitucional español²³. Así, en la primera oportunidad que tuvo se decantó claramente por incorporar al bloque de constitucionalidad un nuevo derecho a partir de las previsiones del artículo 18.4. Bien es cierto que el legislador español puso poco interés en el cumplimiento del mandato constitucional de desarrollar legislativamente dicho artículo y que, además, pudo agarrarse a la aplicación directa del Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981, que no entró en vigor en España hasta 1985.

Y, en efecto, el Tribunal Constitucional español dio un importante paso a favor del derecho a la autodeterminación informativa en su STC 254/1993, de 20 de julio. En ella, se resolvía un recurso de amparo de un ciudadano interpuesto ante el silencio administrativo del Gobernador Civil de Guipúzcoa y del Ministerio del Interior ante su petición de información sobre los datos de carácter personal que obrasen en ficheros automatizados de la Administración del Estado, así como sobre su finalidad. De dicha sentencia, dada la novedad de la argumentación, merece la pena entresacar algunas ideas importantes. En primer lugar, el Tribunal Constitucional señaló, en relación al contenido mínimo del derecho o libertad contenido en artículo 18.4: “Un primer elemento, el más ‘elemental’, de ese contenido, es, sin duda, ne-

²² A. I. HERRÁN ORTIZ, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Universidad de Deusto, Bilbao 2003, p. 14 y *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Dykinson, Madrid, 2003, cap. 2 (<http://app.vlex.com/vid/1907760>).

²³ Cabe destacar la ya mencionada aportación del prof. A. E. PÉREZ LUÑO, “Intimidad y protección de datos personales ...”, cit., así como la de otros autores como P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990 y P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y J. L. PIÑAR MAÑAS, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, 2009; R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Cívitas, Madrid, 2004 y “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista d’Internet, Dret i Política*, num. 5, 2007, pp. 47-61; y M^a M SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho Español y comparado*, Cívitas, Madrid, 2003.

gativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derecho. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, Como señala el Ministerio fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada 'libertad informática' es, así, también derecho a controlar el uso de los mismos insertos en un programa (*habeas data*)" (FJ7). En definitiva, un derecho a la autodeterminación informativa o una libertad informática, que, como *habeas data*, tiene una doble cara: *negativa*, por la cual el uso de la informática tiene un límite en el respeto al honor y la intimidad personal y el en el pleno ejercicio de los derechos; y otra *positiva*, por la cual faculta a controlar el uso esos datos²⁴.

Y, como dice a continuación, "esta constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades negativas, de exclusión. *Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obra datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el art. 18CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad...*" (FJ7, cursiva del autor).

En suma, un nuevo derecho fundamental surgido como protección ante las inferencias tecnológicas en el ámbito de los derechos de la personalidad. El paso dado por el Tribunal Constitucional, es decir, el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación informativa o de una libertad informática, fue un paso muy importante. En todo caso, un derecho o una libertad que, todavía en esta sentencia, está ligado al derecho a la intimidad personal y familiar y al derecho al honor. Precisamente, esta vinculación a los dere-

²⁴ Como magistralmente ha reconocido R. MARTÍNEZ: "La autodeterminación informativa se define como un conjunto de derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas, por medio de los cuales se articula la técnica de protección de datos y se atribuye a sus titulares una posición jurídica subjetiva correspondiente al status de *habeas data*. El contenido típico de la autodeterminación informativa estará integrado por una serie de facultades y poderes de control... Estas facultades de control constituyen el elemento básico de la caracterización de este nuevo derecho fundamental" R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., pp. 253-254.

chos del art. 18.1 CE mostrará pronto los límites reales de las garantías previstas en el derecho a la autodeterminación informativa. Y, es que, en efecto, el uso torticero de la informática, esto es, el enmallamiento o el entrecruzamiento de datos personales para crear un perfil de los individuos sobrepasa la visión tradicional de la intimidad. Dicho de otra forma, el cruce de información que, en principio, no afecte a aspectos íntimos del individuo (sobre hábitos de vestido, alimentario, deportivos, sobre la salud, uso de tarjetas bancarias, lectura, vida familiar, etc.), puede dar lugar a una composición de la persona que atente a su dignidad.

4.2. ... al derecho a la protección de los datos de carácter personal

Por eso, pronto, una parte de la doctrina mostró su insatisfacción ante la vinculación de las facultades de control, previstas en la autodeterminación informativa, con el derecho a la intimidad, incluso, con los derechos de la personalidad, defendiendo, así, la necesidad de justificar un derecho fundamental nuevo, autónomo, con su contenido esencial distinto, aunque ligado a los derechos del artículo 18 CE²⁵. Este derecho es *el derecho a la protección de los datos de carácter personal*²⁶.

Algún autor ha calificado de “arduo” al proceso de configuración del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales²⁷. Y no le falta razón. En una brillante sinopsis, VALERO TORRIJOS

²⁵ Por ejemplo, esta insatisfacción con el vínculo entre concepto de intimidad y la protección de datos puede verse en M^a M. SERRANO PÉREZ, *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, cit., pp. 72 y ss. Como afirma siguiendo a LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, el concepto restringido de intimidad recogido en nuestro ordenamiento sólo tutelaría una parcela de los datos personales. La noción de intimidad, en suma, tiene sus límites y no puede extenderse como un chicle a datos que no son privados, pero son personales. Lo mismo en A. TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 68 y ss. No obstante, este último autor señala el carácter bífrente del derecho del art. 18.4 CE: por un lado, vinculado al derecho a la intimidad y al art. 18 CE y, por otro, como derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales.

²⁶ Aunque buena parte de la doctrina utiliza el término “derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal” a este nuevo derecho creado por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, hay también autores que prefieren el rótulo anterior de “autodeterminación informativa”. Véase A. GARRIGA, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, 2^a ed., Madrid, 2009.

²⁷ Vid. J. VALERO TORRIJOS (coord.), *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica. Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, Aranzadi, Cizur (Navarra), 2013.

señala los hitos más destacados en la construcción de este derecho. Una primera etapa, que coincide con la elaboración del derecho a la autodeterminación informativa ya señalada, se caracteriza, ante la falta de desarrollo previsto en el art. 18.4 CE, por la aplicación directa del Convenio 108 del Consejo de Europa por parte del Tribunal Constitucional, así como de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se plasma en STC 254/1993, de 20 de julio. Poco antes de este fallo, el legislador cumplió con la previsión normativa de dicho artículo y aprueba la Ley Orgánica 5/1992, de 28 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD). No obstante, pronto tuvo que plantearse su reforma, pues la Unión Europea aprobó la Directiva 95/46/CE de la Protección de las Personas frente al Tratamiento de sus Datos Personales y de la Libre Circulación de esos Datos (DPD). Pero, lo que iba a ser una mera reforma de la LORTAD se convirtió finalmente en una revisión exhaustiva que se concretó en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que consagró, en esencia, la regulación anterior²⁸. Pero, la consagración definitiva no llegó hasta la STC 292/2000, de 30 de noviembre, por la que el alto tribunal resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la LOPD y por la que anula alguno de los apartados de esos artículos²⁹.

²⁸ Un estudio exhaustivo y detallado de la LOPD, de su aplicación y del papel de la Agencia Española de Protección de Datos puede encontrarse en A. TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales: en busca del equilibrio*, cit., y en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Cívitas, Madrid, 2010.

²⁹ Antes de esta importante sentencia, la STC 11/1998, de 13 de enero, reiteró las tesis básicas de la STC 254/1993 poniendo en relación la autodeterminación informativa con otros derechos y libertades individuales, en este caso, la libertad sindical. En efecto, abunda especialmente en el carácter instrumental de las previsiones del art. 18.4 CE y, además, declara de nuevo su carácter de derecho autónomo cuyo objeto es controlar el flujo de informaciones que conciernen a la persona –a la “privacidad”–. Como afirma en su FJ 5 “la STC 254/1993 declaró en relación con el art. 18.4 CE, que dicho precepto incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona. Además de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (FJ 6). La garantía de la intimidad, *latu sensu*, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (FJ7)”.

En definitiva, como ha puesto de manifiesto el autor antes citado, “partiendo del haz de facultades reconocido en el Convenio 108, el Tribunal Constitucional ha otorgado a la protección de los datos personales una auténtica dimensión activa más allá de las estrictas limitaciones que se derivarían de una interpretación literal del artículo 18.4 de la Norma Fundamental. En efecto, frente a la exigencia constitucional de que resultaba preciso limitar legalmente el uso de la informática, la interpretación realizada por la jurisprudencia constitucional ha culminado en el reconocimiento de un auténtico derecho fundamental que otorga a las personas físicas una posición jurídica activa que, sustancialmente y sin perjuicio de otras facultades adicionales, se concreta en la posibilidad de autorizar a terceros el manejo de sus datos personales y, en su caso, la cesión de los mismos mediando el oportuno consentimiento”³⁰.

Como se afirma en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, “el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado” (FJ 5). Con una doble consecuencia: los “datos personales” no se ciñen a los datos íntimos o privados, sino a todos aquellos que puedan afectar al ejercicio de los derechos individuales, sean o no fundamentales (FJ 6); y, por otro lado, ese “poder de control” se concreta en “un haz de facultades” que no son meramente negativas, sino que constituyen un principio activo para “saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa oposición o uso” (FJ 7). Según esta sentencia, estos poderes de disposición y control “se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular”³¹. Tanto en esta sentencia como en la legislación, en la doctrina y en las actuaciones de la Agencia de Protección de Datos, cada vez es más importante la emisión de consentimiento por parte del titular de los datos³².

³⁰ J. VALERO TORRIJOS, “Las quiebras en Internet de la regulación legal del derecho a la protección de datos de carácter personal: la necesaria superación de un modelo desfasado” en J. VALERO TORRIJOS, (coord.), *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica. Riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, cit., p. 33.

³¹ M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho al olvido digital en la Web 2.0. Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, num. 11, Universidad de Salamanca, 2013, p. 21.

³² Es demasiado prolijo hacer una referencia extensa de los argumentos de esta importante sentencia del Tribunal Constitucional. No obstante, dada su relevancia, resulta im-

La STC 292/2000, de 30 de noviembre, sigue así la línea de sentencias anteriores. Realmente, fue coherente con el hilo argumentativo que se había mantenido hasta la fecha; además, junto a ello, se apoyó en los documentos y tratados internacionales ratificados por España (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de

prescindible la mención de alguno de sus argumentos clave en favor de un nuevo derecho, el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Para lo que nos ocupa, pueden destacarse, entre otros, los siguientes argumentos: 1.- El derecho a la intimidad y el derecho fundamental a la protección de datos comparten un objetivo como es el “de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar” (FJ 4). 2.- Sin embargo, frente a la protección de las invasiones que aporta el derecho a la intimidad, el derecho fundamental a la protección de datos, “atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos” (FJ 4). 3.- La peculiaridad de este nuevo derecho respecto al de la intimidad “radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran” (FJ 4). 4.- El derecho fundamental a la protección de los datos incluye aquella información que afecta a la intimidad y al honor y, además, también cualquier dato que sea relevante para o tenga incidencia en el ejercicio de cualquier otro derecho de la persona, sea o no un derecho constitucional, apunta el alto tribunal. Dicho de otra forma, el nuevo derecho fundamental no se reduce a la protección de los datos íntimos de la persona, sino a cualquier “dato personal, sea íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales” (FJ 5). Pues su objeto es la protección de los datos de carácter personal y no sólo la información íntima o privada ya protegida por el derecho a la intimidad. 5.- Además, el derecho a la protección de los datos de carácter personal tiene una “segunda peculiaridad” que lo diferencia del derecho a la intimidad: mientras este derecho confiere a la persona un poder jurídico para lograr la abstención o la exclusión de terceros, el nuevo derecho “atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos”. El objetivo de estos poderes consiste en “garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: *el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos*” (FJ 6, cursiva del autor). 6.- En suma, **“el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”**. Por lo tanto, el derecho a la protección de datos personales contiene un doble poder de disposición y control: “por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo; y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y esos usos” (FJ 7, negrita en el original).

Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos), así como en la jurisprudencia asentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³.

Desde la fecha del fallo que estamos mencionando hasta ahora el Tribunal Constitucional ha ratificado las ideas centrales de la STC 292/2000, de 30 de noviembre; incluso, ha profundizado en alguno de los principios clave de la protección de los datos de carácter personal desarrollados por la LOPD³⁴. Y tampoco puede olvidarse la alegría con la que un sector de la doctrina ha recibido la innovación jurisprudencial, más allá de los debates siempre necesarios. Hasta el punto de que son numerosos los trabajos que, desde entonces, se han realizado; por no mencionar, además, la encomiable labor de la Agencia de Protección de Datos³⁵.

³³ El TC tuvo en cuenta, entre otras, las SSTEDH, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio 1989; caso Funke, de 25 de febrero de 1993, caso Z, de 225 de febrero de 1997.

³⁴ Entre otras, la STC 70/2009, de 23 de marzo, sobre datos relativos a la salud; la STC 96/2012, de 7 de mayo, sobre datos bancarios; STC 29/2013, de 11 de febrero, sobre el uso de cámaras de video-vigilancia; STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve un recurso contra la Ley de Extranjería de 2003; STC 170/2013, de 7 de octubre, sobre el uso de ficheros informáticos en el ámbito laboral; STC 199/2013, de 5 diciembre, y la STC 23/2014, de 13 de febrero, sobre ficheros policiales.

³⁵ En efecto, desde la publicación de esta sentencia del Tribunal Constitucional, han sido numerosos los trabajos que estudian y analizan los diferentes documentos sobre el derecho a la protección de los datos de carácter personal, desde la misma LOPD, el Convenio 108, la Directriz 95/46(CE), la labor de la Agencia de Protección de Datos, etc. Entre los aspectos más analizados, están el del concepto de dato personal, el principio de calidad de datos personales (a su vez, materializado en los principios de finalidad y de proporcionalidad del tratamiento), el principio de legitimación en el tratamiento, el derecho de acceso del interesado e, incluso, de oposición, la emisión del consentimiento, transferencia de los datos, etc. Pueden verse los trabajos de C. BARRIUSO RUIZ, "Las redes sociales y la protección de datos hoy", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, vol. II, 2009, pp. 301-338; L. COTINO HUESO, edit., *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicaciones Universitat de Valencia, Valencia, 2011; A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, "Una nueva exigencia de la libertad: la protección de los datos personales sensibles", *Dereito*, vol. 9, num. 2, 2000, 49-81; A. I. HERRÁN ORTIZ, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, cit., R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas", cit., E. MITJANS PERELLÓ, "Impacto de las redes sociales en el derecho a la protección de datos personales", *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, vol. II, 2009, pp. 107-129, L. REBOLLO DELGADO, *Derechos fundamentales y protección de datos*, cit., A. TRONCOSO REIGADA "La protección de datos

De todo este material, para el tema que nos ocupa, es decir, la injerencia en la vida privada o el uso de datos personales a través de medios informáticos, resulta relevante, entre otras cuestiones, la configuración de los llamados derechos ARCO (derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición) que aparecen tanto en la Directiva 95/46/CE como en la LOPD y que han sido objeto de especial atención por la Agencia Española de Protección de Datos y por los especialistas³⁶. El derecho de acceso, que funciona realmente como *habeas data*, materializa un derecho de consulta general que posibilita el conocimiento de los datos personales, cuando se precisa el consentimiento informado, y, en consecuencia, faculta recabar la información que se precise: consiste en “el derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, y el origen de los mismos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos” (15.1 LOPD). Una vez se ha podido acceder a los datos personales, el titular puede optar, según la exactitud o no de lo consultado, por solicitar la rectificación, en cuyo caso se sustituyen los datos erróneos por otros actuales y correctos, o por la cancelación (16.2 LOPD). La cancelación “dará lugar al bloqueo de los datos” a expensas de las responsabilidades que puedan derivarse para el titular del fichero. Una vez pasado un tiempo procederá la supresión de esos datos (16.3 LOPD). Por su parte, el derecho de oposición al tratamiento de datos opera en los supuestos en los que, de acuerdo a la legislación, no es necesaria la emisión de consentimiento del titular dado que el motivo del tratamiento es “legítimo y fundado”. Cabe también la posibilidad de ejercicio del derecho de oposición en los casos de ficheros cuyo objeto es la publicidad o la prospección comercial o el tratamiento del dato tiene por objeto la adopción de alguna decisión referida al afectado. En definitiva, un elenco de poderes que posibilita al titular proteger y garantizar un uso consentido o razonable de sus datos de carácter personal.

personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2003, 19-20, pp. 231-331, J. VALERO TORRIJOS, “Las quiebras en Internet de la regulación legal del derecho a la protección de datos de carácter personal: la necesaria superación de un modelo desfasado”, cit.

³⁶ Un documento claro para la comprensión de la complejidad de la protección de datos de carácter personal es la guía editada por la Agencia Española de Protección de Datos: *El derecho fundamental a la protección de datos Guía para el ciudadano* (https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guías/GUIA_CIUDADANO.pdf).

5. EL ÚLTIMO PASO: ¿EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL?

Pero, ¿en el caso de una persona afectada por la violación de su vida privada al estilo de lo sucedido con “Ashley Madison” quedaría realmente satisfecha con el empleo de alguno de los mecanismos previstos en la legislación y con la actuación de la Administración? Es evidente que, al margen de las responsabilidades penales que pudieran derivarse de una actividad delictiva, el daño producido a la vida personal, al honor o a la reputación y a la dignidad de las personas que confiaron en la seguridad de esa empresa de contactos es difícilmente reparable y puede dejarnos insatisfechos la respuesta jurídica ante estos supuestos³⁷. Ciertamente, el ordenamiento jurídico ha ido, poco a poco, arbitrando mecanismos y procedimientos de persecución y reparación en los que el consentimiento informado y la voluntad activa del titular adquieren una especial importancia. Pero, también es cierto que responde tarde y que sus medidas son siempre reactivas. Pues, como ha escrito un especialista en esta materia preocupado por el estatuto de derechos individuales, “esta sobreprotección jurídica no tiene efecto alguno en la realidad. Y es que en la red queda absolutamente indefenso el afectado en sus datos personales”³⁸. Actúa *a posteriori* y no siempre hay garantías de éxito.

Además, con el dominio de las tecnologías de la información y comunicación en la sociedad actual surge un nuevo problema. Históricamente, una de las obsesiones de la humanidad ha sido el de lograr que sus obras perdurasen en el tiempo y, en consecuencia, uno de los problemas ha sido siempre el de recuperar el pasado y, por tanto, el de reconstruir la memoria histórica de las sociedades. En la actualidad, se han invertido los términos de esta ecuación. Ya

³⁷ Un interesante estudio sobre las consecuencias penales de un uso torticero de las TIC en relación a los datos de carácter personal puede verse en A. GALÁN MUÑOZ, “¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?: estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías” en A. GALÁN MUÑOZ, coord., *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, cit., pp. 203-280. También en la doctrina penal se discute sobre el alcance de la protección: si se ciñe a datos vinculados a la intimidad o privacidad o si se extiende el ámbito de aplicación. En este sentido, el art. 197.2 del Código penal castiga a quien, “sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o informáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”, lo que parece dar pie a una interpretación amplia del concepto de “dato personal”, no reducido a los hechos íntimos o privados.

³⁸ L. COTINO HUESO, *Libertades de expresión e información en internet...*, cit., p. 388.

no es así. “La imprenta, la revolución tecnológica del siglo XX con la radio, la televisión y la telefonía, y sobre todo Internet en los últimos años, han puesto a disposición de las personas la posibilidad de acceder en tiempo real a información y conocimiento a nivel mundial. Hoy en día es posible obtener información con independencia de la fecha en la que se haya generado o publicado el dato y es posible obtenerla desde cualquier lugar, con independencia de la mayor o menor lejanía geográfica”. Más, aún, en la era digital “grabar, guardar, almacenar información” es fácil, rápido, barato y apenas ocupa espacio³⁹.

Como consecuencia de esta situación, surge un nuevo problema, cual es el de qué sucede con la información no deseada sobre nuestra vida que permanece y se puede desplazar por Internet. ¿Tienen que conformarse los afectados por el ataque a “Ashley Madison” con el ejercicio de las potestades que, en este momento, les confiere el derecho fundamental a la protección de datos, con la posible insatisfacción por los resultados derivados, o tienen que intentar una acción más positiva que les permita limpiar su reputación, proteger su vida privada, rescatar sus datos personales y así evitar un uso torticero de los mismos?

La cuestión no es baladí, pues afecta a numerosas parcelas de la vida individual que, de forma consciente o no, se han introducido en registros, webs, blogs, wikis, etc., que pueden configurar un perfil no deseado o irreal o, simplemente, tiene por objeto unos datos y una información que ya no es correcta y que interesa eliminar.

Pues bien, de nuevo, hay que afirmar que, pese a la lentitud de la adaptación de la legislación a las nuevas situaciones, se han producido iniciativas novedosas que tienden a la configuración de un nuevo derecho: *el derecho al olvido digital*. En efecto, cada vez más, la actuación de la administración competente, de los tribunales –en particular, el TJUE– y de la doctrina reclama el reconocimiento de potestades que permitan la supresión de ese tipo de información que sigue viva en Internet, a pesar de que sea incorrecta e incompleta, de que, por el paso del tiempo, se haya quedado obsoleta y que, sin embargo, pueda tener unos efectos nocivos sobre la reputación, el honor o la vida privada de las personas.

En el desarrollo de esta nuevo derecho, si así se le puede llamar, ha tenido, primero, un importante papel la Agencia Española de Protección de Datos y, finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que

³⁹ M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho al olvido digital en la Web 2.0*, cit., p. 7.

ha sido claro en este extremo en la resolución que respondía a la cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional de España y que ha dado lugar a la STJUE *Google vs. AEPD*, de 13 de mayo de 2014⁴⁰.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, como hemos visto, ha quedado configurado como un “haz de facultades” cuya manifestación concreta se ha materializado principalmente en los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Pues bien, las estadísticas evidencian que una buena parte de las iniciativas de los ciudadanos en el ejercicio de estos derechos ha tenido por objeto la activación o bien del derecho a la cancelación de datos o bien del derecho de oposición, lo cual quiere decir que hay una importante inquietud en los ciudadanos por el uso y el tratamiento de su datos personales. Precisamente, es esta preocupación, cada vez más extendida, por el destino de la información personal la que justifica, para algunos, la aparición del derecho al olvido digital⁴¹. Un derecho al olvido que se configura como un derecho a reclamar la cancelación y la oposición al tratamiento de los datos personales cuando éstos ya han cumplido con la finalidad para la cual fueron recabados. Pues, en definitiva, los individuos no tienen por qué resignarse a que sus datos estén tratados o expuestos eternamente al público.

Y un hecho importante: “Si bien es cierto que los ciudadanos fueron pioneros al plantear esta cuestión a la AEPD, no lo es menos que esta última también lo fue al empezar a dictar resoluciones singulares y atrevidas,

⁴⁰ Sobre la historia, corta pero intensa, y la justificación del derecho al olvido digital puede verse M. HERNÁNDEZ RAMOS, “El derecho al olvido digital en la Web 2.0”, cit.; A. RALLO, *El Derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014; P. SIMÓN CASTELLANO, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch/ Agencia Española de Protección de Datos, Valencia, 2012 y *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, Bosch, Madrid, 2015.

⁴¹ HERNÁNDEZ RAMOS justifica este derecho al olvido a partir de los datos de la Agencia Española de Protección de Datos. Según la memoria del 2011, el 50,35% de las consultas realizadas están relacionadas con el derecho de cancelación y el 27,85 con el derecho de oposición. En total, el 80%, lo cual demuestra la preocupación de los ciudadanos ante la indexación de sus datos publicados en medios de comunicación, en diarios y boletines oficiales, etc. “Como consecuencia de esta concienciación por parte de la sociedad de sus derechos fundamentales en la red, se empieza a demandar ampliar el contenido de ese derecho fundamental de la protección de datos con el llamado ‘derecho al olvido’” M. HERNÁNDEZ RAMOS, “El derecho al olvido digital en la Web 2.0”, cit., p. 9. En la memoria del 2014 de la AEPD, los datos que figuran sobre las consultas realizadas son los siguientes: sobre el derechos de acceso, el 25%; el de rectificación 3,75%; de cancelación 55,11% y de oposición 15,03%. Pueden consultarse los datos de la memoria del 2014 en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/LaAgencia/informacion_institucional/common/memorias/2014/Memoria_AEPD_2014.pdf

incluso en perspectiva comparada, en las que se tutelaban los derechos de cancelación y oposición de los ciudadanos obligando a los motores de búsqueda a implementar medidas técnicas para evitar la indexación de los datos personales”⁴². Al resolver las peticiones de cancelación y oposición, la AEPD, desde 2007, consideró que el tratamiento de los datos personales no sólo se hacía a través de las webs donde están registrados, sino también a través de los motores de búsqueda cuando realizan la función de indexación. Con este argumento, ha ido admitiendo una buena parte de las reclamaciones de cancelación y oposición. La posición de la AEPD, por tanto, se basa en la tesis de que los motores de búsqueda (*Google, Yahoo!, Bing, etc.*) realizan un tratamiento de datos al indexar la información ya existente en la red, aunque no sean titulares de un fichero y que, en consecuencia, debe aplicarse la legislación europea y española en esta materia⁴³.

Quiere decir esto que, al menos, las personas pueden promover la cancelación y oposición de esa información cuando no tiene relevancia pública o cuando no hay una finalidad legítima que justifique el tratamiento de estos datos. O, lo que es lo mismo, los españoles afectados por la violación de la seguridad de la agencia Ashley Madison podrían ejercer estos derechos para evitar que esa información personal sensible pulule por Internet.

Pero, como ya se ha adelantado, la actuación de las autoridades españolas ha tenido una importante repercusión en Europa: “El trabajo de la AEPD ad hoc del reconocimiento formal del derecho al olvido digital, o en la terminología que se prefiera –derecho de cancelación y oposición al tratamiento de los datos personales–, se ha seguido consolidando y concretando hasta la fecha, también gracias a la doctrina contenida en la STJUE de 13 de mayo de 2014. De hecho, la doctrina que la AEPD ha forjado a lo largo de los últimos siete años se ha visto claramente respaldada por el fallo del TJUE, que ha dado la razón a la autoridad española, con lo que ha reconocido formalmente en Europa el derecho al olvido digital”⁴⁴.

⁴² P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y la UE*, cit. p. 206.

⁴³ Para profundizar en esta cuestión se recomienda los libros ya citados de SIMÓN CASTELLANO. Como señala este autor, el papel de la AEPD ha sido clave en el reconocimiento e impulso del derecho al olvido digital al seguir una línea constante y coherente en la interpretación de la función de los motores de búsqueda que, al final, ha llevado al pronunciamiento del TJUE. P. SIMÓN CASTELLANO, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, cit., p. 137; y *El reconocimiento del derecho al olvido en España y en la UE*, cit., pp. 204 y ss. y 296.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 218.

En efecto, la posición de la AEPD quedó reflejada en la STJUE de 13 de mayo de 2014 que resolvía, como he anticipado la cuestión prejudicial presentada por la Audiencia Nacional sobre la interpretación de los arts. 2, 4 y 14 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y del art. 8 de la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea. En concreto, afirma que “por consiguiente, debe declararse que, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda ‘recoge’ tales datos que ‘extrae’, ‘registra’ y ‘organiza’ posteriormente en el marco de sus programas de indexación, ‘conserva’ en sus servidores y, en su caso, ‘comunica’ y ‘facilita el acceso’ a sus usuarios en forma de listas de resultados de búsqueda. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el artículo 2, letra b) de la Directiva 95/46, deben calificarse de ‘tratamiento’”⁴⁵.

La repercusión de esta STJUE fue inmediata. Tuvo un doble efecto. Por un lado, en los motores de búsqueda y, en particular, en *Google*. No sólo se preocuparon e, incluso, molestaron por dicha sentencia, sino que reaccionaron y, a la vista de las posibles consecuencias, tomaron sus medidas. Por lo pronto, *Google* habilitó rápidamente una plataforma, que empezó a funcionar el 30 de mayo de 2014, para recoger las peticiones de ejercicio del derecho al olvido⁴⁶. Además, como la cuestión de fijar los criterios para la desindexación no están claros y la STJUE no los especifica, *Google* estableció un Consejo Asesor, de diez miembros, con el objetivo de establecer unas pautas

⁴⁵ La cuestión elevada por la Audiencia Nacional no se ceñía exclusivamente al objeto de aclarar si la labor de los motores de búsqueda suponía o no “tratamiento” de datos, desde una perspectiva legal. Este órgano jurisdiccional presentó cuatro cuestiones prejudiciales que, a su vez, dependiendo de la respuesta habría también a una batería de nuevas cuestiones. Entre otras, preguntaba sobre la aplicación o no de la legislación europea a una empresa cuya sede no estaba en el territorio de la Unión, incluyendo el supuesto de que operase a través de una filial. Sobre estos y otros aspectos de la STJUE puede verse SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., pp. 255 y ss., y L. COTINO HUESO, “El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: ‘un falso derecho a juzgar por un falso tribunal’”, en I. BEL y L. CORREDOIRA (ed.), *Derecho a la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 413 y ss.

⁴⁶ Según los datos que recoge Pere SIMÓN CASTELLANO, en las primeras veinticuatro horas recogió 12.000 reclamaciones y hasta el 30 de junio, 70.000 solicitudes de desindexación. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido en España y en la UE*, cit., p. 268. Sobre esto, puede verse también L. COTINO HUESO, “El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos...”, cit., pp. 421 y ss.

y de aplicarlas caso a caso, incluso, utilizando la técnica de la ponderación que sopesa el derecho al olvido del individuo y el interés del público por la información indexada⁴⁷.

Por otro lado, tuvo consecuencias en la legislación interna de la Unión Europea. La Comisión Europea inició, a través de una de una Comunicación de 2010, el proceso de elaboración de un Reglamento para la protección de los ciudadanos en relación con el tratamiento de los datos personales y la libre circulación de dichos datos, cuyo Proyecto fue presentado el 25 de enero de 2012. La discusión y elaboración de este Proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo quedaron paralizados como resultado de la STJUE de 2014. Pero, frente a lo que hubiera podido parecer, esta sentencia fue, sin embargo, un revulsivo para la aprobación de dicho texto. En efecto, en junio de 2015 la Comisión Europea presentó un nuevo Proyecto de Reglamento General de Protección de Datos Personales que ha sido objeto de discusión a tres bandas con el Parlamento Europeo y el Consejo. El 15 de diciembre de 2015, las tres instituciones llegaron a un principio de acuerdo y, finalmente, se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE⁴⁸.

El nuevo Reglamento de la UE que sustituye a la Directiva 95/46/CE es bastante prolijo en el desarrollo del ámbito de aplicación, de las actividades y datos que quedan sujetos al mismo, así como en la regulación sobre el papel del “responsable del tratamiento” y del consentimiento del interesado. Para nuestro trabajo, lo más interesante es la elaboración del catálogo de derechos que vertebran la protección de datos personales de los europeos. Pero lo más interesante, sin duda, es el *pleno reconocimiento del derecho al olvido* (art. 17). En efecto, en el texto se encuentra todo un abanico de derechos que conforma

⁴⁷ Los especialistas no han dejado de notar el “panorama desolador” dejado por la STJUE de 13 de mayo por cuanto, aunque reconoce el derecho individual al olvido digital, al final, deja en manos de los buscadores “el papel interpretativo para ponderar los derechos fundamentales... El Consejo Asesor de Google puede equipararse así a un falso tribunal del derecho al olvido digital, cuya actividad pone en cuestión la neutralidad de Internet”. P. SIMÓN CASTELLANO, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y la UE*, cit., p. 306.

⁴⁸ Este Reglamento, así como otros aspectos de la protección de datos fue objeto de una interesante reflexión en el Simposio de la Red “El Tiempo de los Derechos” que tuvo lugar en Cádiz, en noviembre de 2016. Agradezco a la profesora Cristina Pauner Chulvi los comentarios que me hizo sobre la vigencia del Reglamento 679/2016.

ese haz de derechos que protegen los datos personales: el derecho a la información cuando los datos no se hayan recibido directamente del interesado (art. 14), el derecho de acceso (art. 15), el derecho de rectificación (art. 16), el derecho a la limitación del tratamiento (art. 18), el derecho a que el interesado sea notificado ante cualquier rectificación o supresión de datos personales (art. 19), el derecho a la portabilidad de los datos (art. 20), el derecho de oposición (art. 21). Y, como adelanté, el derecho de supresión o, literalmente, *derecho al olvido*. Según el artículo 19.1 “el interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando”.

Lógicamente, hay que esperar a que las diferentes situaciones que se vayan produciendo den lugar al ejercicio de todo el “haz de derechos” del derecho a la protección de datos y a que se vayan produciendo los pronunciamientos de las diferentes autoridades y de las agencias de protección. Con todo, para empezar, es una buena noticia que la Unión Europea haya tomado cartas en el asunto y haya regulado una materia tan sensible. Iremos viendo cómo se concreta y qué resultado da, y qué nuevas realidades van surgiendo en un ámbito tan sensible.

6. REFLEXIONES FINALES

Con el rótulo “La Guardia Civil investiga chantajes a clientes españoles en Ashley Madison”, un periódico de tirada nacional volvía sobre los hechos con los que abríamos estas páginas, pero esta vez situando la noticia en España⁴⁹. Según este medio, la Guardia Civil investiga esos sucesos a la vista de las denuncias presentadas desde el verano de 2015. “Decenas de españoles han recibido en las últimas semanas –reza la noticia– correos electrónicos en los que se les recuerdan actividades extramatrimoniales y se les piden cantidades de dinero que van entre los 500 y los 2000 euros generalmente. Un chantaje a cambio de no compartir esa información con sus parejas o su entorno familiar, social y laboral”. En su día, el grupo de hackers, *The Impact Team*, no sólo pirateó la información sensible sobre las relaciones personales, sino también los datos financieros y las transacciones a que dieron lugar. Esta información es también utilizada y tiene, lógicamente, un papel importante en el chantaje.

⁴⁹ *El País*, 21/10/2015.

Después de lo desarrollado en las páginas anteriores, cabe preguntarse si estas personas –cualquier persona en una situación parecida o similar– pueden esperar una respuesta adecuada del entramado normativo constitucional a la intromisión en su intimidad o contra el uso torticero de sus datos a través de medios tecnológicos. Con toda seguridad, la respuesta no puede ser otra que negativa. Realmente, la protección de los bienes vinculados a la personalidad ha ido incorporándose muy lentamente al sistema de derechos y libertades fundamentales y, en todo caso, siempre con carácter reactivo, es decir, una vez se ha producido esa violación o mal uso de los datos y se ha extendido como problema generando una amplia sensibilidad social. Ciertamente es que la reacción de ordenamiento jurídico no puede ser nada más que *a posteriori*, cuando se ha producido dicha intromisión, y pocas veces establece medios preventivos de garantía de esos derechos. Probablemente, por otra parte, a las intromisiones tecnológicas sólo puede responderse con mayor protección tecnológica. Es decir, frente al ingenio de los *hackers* sólo cabe la respuesta de la imaginación de la ingeniería de seguridad de las webs. Y, en este sentido, ambas habilidades están estrechamente enlazadas. De hecho, éste es uno de los motores a partir del cual sigue avanzando la tecnología de la información y de la comunicación. Por eso, bien que se puede reprochar a Ashley Madison la endeblez de su sistema de seguridad que quebró la confianza depositada por los usuarios de su web y de sus servicios. Endeblez, claro, que viene demostrada por la misma actividad de los *hackers*.

Con todo, del itinerario seguido con anterioridad pueden extraerse algunas claves que, si bien no eliminarán una cierta frustración, al menos, pueden paliar o reducir la insatisfacción generada por los límites de la protección jurídica a los bienes de la personalidad:

1. Inicialmente, la protección de los derechos vinculados a la personalidad no encontró un reconocimiento en los textos constitucionales. En efecto, a pesar de su consideración como derecho de la primera generación, el derecho a la intimidad o el derecho a la privacidad –el derecho a la imagen, al honor, etc.– no encontraron su reconocimiento en los primeros textos declarativos sobre derechos y libertades fundamentales. Su positivación no llegará hasta el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. De ahí se extenderá al resto de declaraciones internacionales y a los textos constitucionales de las naciones que elaborarán o modificarán su Carta Magna a partir de esa fecha. Y del reconocimiento del derecho a la intimidad, en una evolución incesante de la mano del desarrollo

de los individuos y de las sociedades tecnológicas, se irá recogiendo otros derechos también relacionados con la persona –el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la protección de datos de carácter personal, el derecho al olvido digital, etc.–.

Lo que hay que destacar en este punto es la importancia en esta evolución del *papel de la jurisprudencia* hasta el punto de que puede afirmarse que *son derechos de algún modo configurados por los altos tribunales*. Así fue con el *right of privacy* reivindicado, en su artículo, por S. WARREN y L. D. BRANDEIS como “derecho a estar solo” o a “ser dejado en paz”, pero que no alcanzó reconocimiento hasta que el juez Cooley hiciera suyas las tesis e influyera en las sentencias de la Corte Suprema de EEUU. Pero, si importante fue el papel de los tribunales en el reconocimiento del derecho a la intimidad, antes de su plasmación en las declaraciones de derechos, otro tanto puede afirmarse respecto al resto de derechos vinculados a los datos de carácter personal. A pesar de que el art. 18.4 CE incluye una prevención respecto a las injerencias tecnológicas en el ámbito íntimo, será, finalmente, la STC 2554/1993, de 20 de julio, aplicando el derecho de la Unión Europea, la que acabe por dar el paso de transformar esa prevención en un derecho autónomo, el derecho a la autodeterminación informativa. E igualmente, pasados pocos años, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, la que, al resolver el recurso del Defensor del Pueblo contra la LOPD, dota a la regulación del art. 18.4 CE de una nueva dimensión: crea, en consonancia con la trayectoria de la normativa europea, un derecho autónomo y activo en la forma del derecho a la protección de datos de carácter personal⁵⁰. En definitiva, un papel decisivo de la jurisprudencia en la conformación de estos derechos, lo que hace suponer que, a falta de una acción del constituyente o del legislador, seguirá teniendo esta función.

La configuración del derecho al olvido digital no hace sino confirmar esta precisión. Ya vimos el rol clave de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en la consideración de la actividad de los motores de búsqueda como “tratamiento de datos” y en la decisión de aplicar el derecho europeo

⁵⁰ En una afirmación que puede extenderse a otros derechos, R. MARTÍNEZ dice que “el Tribunal (TC) ha optado en este campo por el activismo judicial y por una posición hipergarantista respecto al derecho fundamental a la protección de datos”. R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, cit., p. 336. Páginas antes hace la siguiente declaración: “Al socaire de este precepto (18.4 CE) un sector de la doctrina ha propuesto introducir por vía interpretativa un nuevo derecho en nuestro catálogo de derechos fundamentales: la autodeterminación informativa y la jurisprudencia constitucional ha acogido positivamente este planteamiento”. R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Ibidem*, p. 253.

y nacional, pero esta opinión ha tomado carta de naturaleza en virtud de la STJUE de 13 de mayo de 2014 que resolvía el caso *Google vs. AEPD*. Están por ver todavía las consecuencias de esta importante resolución jurisdiccional.

2. Desde el primer momento, la definición de este conjunto de derechos fundamentales vinculados a la personalidad ha estado *determinada por su relación con los avances en las tecnologías de la información y la comunicación*. Lo fue, a su manera, en la ya mencionada reivindicación de S. WARREN y L. D. BRANDEIS. Como ya se ha precisado, fue la injerencia de periodistas en su vida privada y el uso de cámaras fotográficas para captar imágenes lo que motivó su artículo y, en definitiva, fue la creciente sensibilización de la sociedad americana por este tipo de invasiones lo que alimentó un clima favorable y lo que motivó la decisión de la Corte Suprema.

La preocupación por el efecto de la informática en el honor y en la intimidad personal y familiar y en el pleno ejercicio de los derechos fue la que motivó la previsión constitucional del art. 18.4 CE de que la ley debería limitar su uso. Y, como hemos visto, han sido los avances o, mejor, la respuesta jurídica ante las constantes intromisiones o usos torticeros de las tecnologías de la información y comunicación los que han impulsado la creación de nuevas figuras de derechos fundamentales. Por lo visto, cabe esperar que la imaginación jurídica seguirá pendiente de los desarrollos tecnológicos y, en consecuencia, articulará las instituciones necesarias para proteger los diferentes aspectos de la personalidad.

3. Un elemento importante en esta evolución ha sido la *mutación* –pues se trata de cambio radical en la naturaleza jurídica– *en los poderes o facultades que atribuyen los derechos de la personalidad*. El derecho a la intimidad o *the right of privacy* es definido inicialmente como derecho de la primera generación y, en consecuencia, se inspira en la noción de libertad negativa. Como se ha expuesto más arriba, se trataba de proteger un “espacio” que se amuralla con el objeto de ejercer un dominio pleno y un control sobre quién y sobre qué puede acceder. En consecuencia, el poder que confiere es un poder para evitar que se acceda a ese ámbito íntimo o se haga una imagen no deseada. Un poder que pone freno a las injerencias ilegítimas.

Con los avances tecnológicos, estas injerencias adquirieron otra naturaleza y otro cariz y, por ello, se hizo necesario que los poderes para su protección fueran también distintos. Con el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido, ya no se trata de dotar al individuo de poderes “muralla”, sino de conferir, como afirma el Tribunal Constitucional

español, de “haz de facultades” para hacer seguimiento ya no sólo de la información íntima o privada, sino de cualquier dato personal que pudiera ser de su interés o pudiera afectar al ejercicio de sus derechos. En eso consisten precisamente los derechos ARCO: el derecho de acceso, el derecho de rectificación, el derecho de cancelación y el derecho de oposición en los casos de información personal que son objeto de un uso no consentido. En definitiva, unos poderes reales que, en manos de sus titulares, posibilitan la corrección o eliminación de una información personal no consentida o destinada a un uso no deseado. Pero, que suponen, realmente, un cambio sustancial en la concepción de un derecho –el derecho a la protección de datos de carácter personal– vinculado a los derechos de la personalidad, es decir, un conjunto de derechos fundamentales cuya filosofía ha sido la propia de los derechos de primera generación y, por lo tanto, inspirados en la noción de la libertad negativa. Por el contrario, incorporan ahora –incluidos, los más tradicionales derechos a la intimidad, a la imagen o al honor– una vertiente positiva, de acción que permite enmendar una situación no consentida.

4. Sin duda, *los derechos ARCO* (acceso, rectificación, cancelación y oposición) son una de las construcciones más importantes de la imaginación jurídica para responder a los efectos de los avances tecnológicos y a las intromisiones ilegítimas en la vida privada y el uso perjudicial de los datos personales. Especialmente relevantes son los dos últimos que configuran el derecho al olvido digital y que, efectivamente, parecen otorgar un poder “fuerte” para exigir no ya la supresión de una información personal de una web, sino también para evitar su “tratamiento” por parte de los motores de búsqueda, estilo *Google*, *Yahoo!*, *Bing*, etc., y que ha llevado, además, a un cambio en las pautas de actuación de estas empresas.

5. El *derecho al olvido digital* es, hasta la fecha, la última frontera de los *derechos fundamentales “personalísimos”*. La STJUE de 13 de mayo de 2014 consagra la posición de la AEPD en su conflicto con *Google* y, en consecuencia, incorpora al acervo jurídico europeo el derecho al olvido digital. Como se ha señalado, es ésta una sentencia importante tanto porque resuelve sobre la necesaria aplicación del derecho europeo y nacional a las empresas gestoras de los motores de búsqueda, como porque considera su actividad como un “tratamiento de datos”. Pero, quedan, no obstante, elementos importantes que suscitan ya serios interrogantes y controversia. Por ejemplo, sobre el papel mismo de estas empresas en el control de los datos o sobre el ejercicio real de los derechos ARCO por los particulares. O cómo se pondera el derecho a la

protección de datos de carácter personal y el derecho al olvido digital con el derecho a la información. Esto es, una nueva versión, en el caso español, del viejo conflicto entre los artículos 18 y 20 de la CE.

En fin, todas estas circunstancias y las ya comentadas en el texto aventuran que seguirán surgiendo zonas de contacto entre los derechos de la personalidad y las tecnologías de la información y la comunicación. No es previsible que se frene la evolución de éstas últimas y que volvamos a un hipotético estado de naturaleza. Más bien, todo lo contrario. Los cambios tecnológicos impresionan por su rapidez y por su capacidad para condicionar la vida de las personas. Sólo hay que pensar la dependencia cada vez mayor de los *smartphone* en la vida diaria de las personas y las enormes posibilidades que pone a su alcance en cuestión de segundos. Ante esto, sólo cabe esperar que la imaginación jurídica, si bien no puede anticiparse a determinados retos, al menos, sea capaz de responder con rapidez y evitar así conflictos de intereses. En otro caso, estaríamos ante un supuesto de ciencia ficción: ¿podríamos imaginarnos una autoridad con capacidad anticipativa, al estilo de TOM CRUISE en *Minority Report*, que pudiese ver con antelación los usos torticeros de las tecnologías de la información y comunicación?

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN

Universidad de La Rioja

Edificio Quintiliano

c/ La Cigüeña 60

26006 Logroño, La Rioja

e-mail: jose.mezdepison@unirioja.es

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LAS DOS CARAS DE LA VULNERABILIDAD. UNA CUESTIÓN DE LÍMITES DELICADA

CONSCIENTIOUS OBJECTION AND THE TWO SIDES OF VULNERABILITY. A SENSITIVE PROBLEM OF LIMITATIONS

MICHELE SAPORITI*

Univeristà degli Studi di Milano-Bicocca

Fecha de recepción: 22-8-16

Fecha de aceptación: 27-2-17

Resumen: *El presente artículo analiza el delicado tema de la objeción de conciencia en relación con el tema de la vulnerabilidad. Tras exponer un breve panorama histórico-jurídico, el interés se focaliza en dos mecanismos opuestos del funcionamiento de la objeción de conciencia, haciendo especial referencia al contexto italiano y francés. Así mismo se intenta ofrecer una visión teórico-jurídica de la objeción de conciencia como derecho positivo y se indican algunos límites para su ejecución en el ámbito del Estado constitucional de derecho.*

Abstract: *This article faces a sensitive issue: the relationship between conscientious objection and vulnerability. After a short legal-historical overview, close attention is given to two opposite phenomena concerning conscientious objection, with specific Italian and French case studies. Moreover, conscientious objection is scrutinized from a legal-theoretical viewpoint as a positive right, whose limits deserve careful consideration within the constitutional rule of law.*

* Este estudio pretende profundizar en los argumentos expuestos en la relación presentada el 19 de febrero de 2016 en la Università di Modena e Reggio Emilia, en ocasión del XX ciclo del Seminario permanente de Teoría del Derecho y Filosofía Práctica. Agradezco al Profesor Gianfrancesco Zanetti y al Profesor Thomas Casadei por las útiles sugerencias para la realización de este estudio y por la invitación y al Profesor Bruno Montanari por el intercambio de gran interés y respiro en esa sede. Finalmente, quiero expresar mi gratitud a Sonia Campos Cabrero por la amable traducción del texto y a Michele Zezza por la revisión.

Palabras clave: objeción de conciencia, vulnerabilidad, aborto, uniones civiles, límites.

Keywords: conscientious objection, vulnerability, abortion, same-sex unions, limits.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La objeción de conciencia representa un terreno de comparación y a veces de colisión en nuestras sociedades democráticas de índole pluralista. El multiculturalismo, que está caracterizando el tejido social cada vez más, ha llevado al resurgir de la conciencia de los individuos, y no solo desde el punto de vista de una óptica personalista o íntima. En primer plano está el espacio público, su configuración y los límites en los cuales se pide a los sujetos que se comporten de acuerdo a sus propias convicciones éticas fundamentales.

Este estudio se propone considerar la objeción de conciencia desde una perspectiva infravalorada en el debate filosófico-jurídico, acercándola, de este modo, al tema de la vulnerabilidad. En este caso, por ‘vulnerabilidad’ se entiende la fragilidad a la que se exponen aquellos sujetos que se encuentran ante la dificultad de ejercitar ciertos derechos y/o a padecer lesiones derivadas de los mismos en función de las propias condiciones personales. De hecho, esta representa un observatorio privilegiado para comprender las dinámicas contemporáneas en las cuales aparecen implicadas las conciencias que disienten. En esta perspectiva tras un encuadramiento preliminar que facilite los elementos mínimos para encuadrar históricamente el fenómeno objeto (§ 2), se identificarán, haciendo referencia al contexto italiano y francés, dos caras diferentes de la vulnerabilidad conectadas a la objeción de conciencia (§ 3, § 4); de estas se propondrá posteriormente un análisis teórico-jurídico en el marco del Estado constitucional de derecho (§ 5). Finalmente (§ 6), se pondrá especial atención en la importancia de un enfoque más amplio sobre las cuestiones de conciencia que considere con atención los límites de la disponibilidad de cada individuo a la hora de dar un paso atrás respecto a las propias convicciones para respetar las de los demás.

2. EL CAMINO HACIA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS CONCIENCIAS DISIDENTES

Tal y como afirmó Luhmann, desde el S. XVIII en adelante, el *ethos* de la conciencia y del derecho se desarrollan separándose uno del otro: “la con-

ciencia se ha interiorizado, el derecho se ha exteriorizado”¹. Por un lado, la separación entre derecho y moral, y, por otro lado, la separación de estos órdenes normativos del “ámbito de la verdad”² por parte de las ciencias empíricas, han contribuido progresivamente a remodelar el papel de la conciencia. En el ámbito político, esto ocurre principalmente gracias a la aplicación del principio de tolerancia, operante como criterio de separación entre lo público y lo privado: esto no crea solo una barrera de protección contra la intervención de la autoridad en cuestiones de conciencia, sino que circunscribe la propia conciencia a un área políticamente invisible y privada. Una vez que se ciñe a la esfera privada, la conciencia no puede y no debe interferir en las elecciones políticas, que harán prevalecer las razones de la conciencia exclusivamente por razones políticas y no por simples razones de conciencia³.

Sin embargo, el largo recorrido de las conciencias disidentes ve su objetivo final en lo que podríamos definir como el *proceso de legalización de la conciencia* por parte del derecho positivo estatal. Si bien el derecho canónico de tradición latina y oriental reconocía desde hace tiempo carácter jurídico⁴ a la conciencia, el emerger de un concepto jurídico de conciencia en cada uno de los sistemas jurídicos nacionales está relacionado con el proceso de secularización legal y al abandono definitivo de sus fundamentos religiosos⁵. La secularización, que constituye una de las características más destacadas de los sistemas legales occidentales, ha producido el abandono de comportamientos de aplicación de principios y deberes vinculados a lo sagrado y ha debilitado progresivamente la necesidad del derecho positivo a imperativos morales de connotaciones religiosas⁶.

El Estado liberal había intentado componer los conflictos que podían instaurarse entre el individuo y el Estado, autolimitando la intervención estatal en la sociedad y en la conciencia colectiva: el poder político no in-

¹ N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (1981), trad. de R. De Giorgi, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 268.

² Ivi, p. 269.

³ Cfr. R. SALA, “La libertà di seguire la propria coscienza, tra obbligo politico e richiesta di tolleranza”, en P. BORSELLINO et al. (a cargo de), *L’obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, Notizie di POLITEIA, núm. 101, 2011, pp. 55-66.

⁴ Cfr. R. MAZZOLA, “Coscienza come soggetto di diritto. L’uso del “foro interno” nei rapporti tra Stato e confessioni religiose”, en P. BORSELLINO et al., cit., p. 84.

⁵ Cfr. R. BERTOLINO, *L’obiezione di coscienza moderna. Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 43.

⁶ Cfr. A. BOMPRESSI, *Libertà di coscienza e poteri pubblici. Tendenze e prospettive nella società contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 23 ss.

vaía la vida privada de los individuos (*privacy*), en la cual se incluían todos los aspectos de la conciencia⁷. Tal sistema había intentado mantener una relación y un equilibrio entre conciencia y ordenamiento, entre moral y derecho, en términos de única libertad de los individuos y laicismo del ordenamiento, entiendo esta última como “separación sistemática entre objetividad social y subjetividad de las conciencias”⁸. Si en la Edad Media y en la primera Edad Moderna la autoridad política había intentado ejercer un control profundo sobre la vida cultural de la colectividad imponiendo la adherencia de cada uno a un determinado credo religioso o a una visión filosófica o política, el sistema liberal, en cambio, dejaba al individuo libertad de elección de la propia fe, la práctica de la cultura y la difusión pacífica de los dogmas, afirmando así la libertad de discusión y de crítica en cada campo, respetando siempre las exigencias del orden público⁹. A pesar de ser formal, el reconocimiento de una esfera de libertad para la conciencia de los individuos tomaba como punto de partida el presupuesto de que la libertad individual se materializase precisamente a través de la formación de la conciencia: reconocer la libre formación de la conciencia significaba para el ordenamiento reconocer y respetar el pluralismo ideológico existente en el interior de la sociedad¹⁰.

Con el declive del Estado liberal y la llegada del Estado democrático social, muchas libertades que estaban garantizadas formalmente se convirtieron en libertades sustanciales, o bien, en libertades en relación a las cuales el Estado tenía el deber preciso de establecer medidas que las hicieran concretas y efectivas. El contexto político en el que se realiza una eliminación posterior y decisiva es el del Estado constitucional de derecho, formado tras el segundo conflicto mundial, en el cual el paradigma del “derecho por reglas”, típico del Estado del S. XIX, se sustituye por el del “derecho por principios”¹¹, trasladados y cristalizados en sólidos documentos constitucionales. Si durante un largo tiempo la dimensión moral del individuo había sido difícilmente concebible por parte de aquellos que no se adhiriesen a un

⁷ Cfr. R. BERTOLINO, op. cit., p. 41.

⁸ Ibidem.

⁹ Cfr. A. BOMPRESZI, op. cit., pp. 35 ss.

¹⁰ Para una reconstrucción de la afirmación del derecho de libertad religiosa en el contexto italiano, cfr. A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Carocci, Roma, 2012.

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 151.

credo religioso o confesional de algún tipo¹², ahora la conciencia se vuelve laica¹³ y progresivamente consigue ganar, junto a una esfera de libertades sustanciales (diferente de la libertad religiosa)¹⁴ cada vez más definida, un espacio jurídico público y positivo en el que objetar.

Sin embargo, tan solo a partir de finales de los años ochenta del S. XX, ha ido gradualmente madurando, tanto en los sistemas de *Common Law*, como en los sistemas de *Civil Law*, la idea de que la conciencia constituya a pleno título un “bien constitucional relevante”¹⁵, autónomo y separado respecto a la persona física o jurídica a la que se refiere. La conciencia parece vivir su propia vida en constante tensión dialéctica, respecto a la persona física o jurídica de referencia y respecto a las instituciones. En este sentido, como el concepto de persona es kelsenianamente un concepto normativo, que solo de manera mediata se relaciona con el individuo entendido en un sentido bio-psicológico o con un conjunto de individuos y constituye, por lo tanto, una expresión unitaria personificadora¹⁶, así parecería lícito sostener que la conciencia, en su acepción jurídica contemporánea y como centro de imputaciones jurídicas, se conciba como un verdadero sujeto de derecho¹⁷. La conciencia, cuando se presenta como “sujeto” jurídico autónomo, es capaz de introducir en el

¹² Basta recordar, como ejemplo elocuente, la exclusión de la tolerancia que reserva Locke a los ateos en su *Epistola de tolerantia*. En realidad, con una mirada historiográfica más atenta, como observa Diego Marconi, para Locke la fe, la fe en Dios, además de ser el “fundamento de toda moralidad” es, en particular, fundamento de la moralidad comercial (cfr. D. MARCONI, “Introduzione”, en LOCKE, *Scritti sulla tolleranza*, Utet, Torino, 2005). Tan solo en el 1677 una ley inglesa habría impuesto contratos escritos y firmados por parte de ambos contrayentes en las transcripciones de importe superior a diecisiete esterlinas; hasta entonces los contratos comerciales se convalidaban solo a través de acuerdos verbales jurados.

¹³ En la literatura inglesa sobre el argumento se habla también de “secularización de la conciencia”. Cfr. C.C. MOSKOS, J.W. CHAMBERS, “The secularization of conscience”, en ID (a cargo de), *The new conscientious objection*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 3-15.

¹⁴ Como afirma Chiassoni, “El derecho a la libertad de religión de hecho, en la doctrina de los derechos humanos desarrollada tras el segundo conflicto mundial, es un derecho distinto, axiológicamente menos importante y de índole más “circunscrita, respecto al derecho de la libertad de conciencia” (P. CHIASSONI, “Obiezione di coscienza: negativa e positiva”, en P. BORSELLINO *et al.*, cit., p. 41).

¹⁵ Corte Constitucional Italiana, sent. 409/1989. La Consulta ha definido la conciencia como “principio creativo funcional a las libertades fundamentales” además de “reino de la virtualidad de expresión de los derechos inviolables de cada uno en su vida de relación” (sent. 467/1991).

¹⁶ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. de R. Treves, Einaudi, Torino, 2000, p. 87.

¹⁷ En este sentido cfr. R. MAZZOLA, *op. cit.*, p. 81.

ordenamiento y en la comunidad política un dinamismo mayor en las relaciones sociales e instituciones y, contemporáneamente, es capaz de ampliar la relación de los diferentes puntos de vista sobre las mismas cuestiones. Esto conlleva a aumentar, inevitablemente, el grado de conflictos de los mismos procesos democráticos de decisión. Como recuerda Mazzola, en la medida en la que la conciencia resulta ser un verdadero y propio “sujeto de derecho” autónomo, el llamado foro interno de cada individuo representa un espacio respecto al Estado, respecto a cualquier confesión religiosa y respecto a la misma persona física o jurídica a la que se refiere¹⁸ (y esta es la implicación más sorprendente). No obstante, queda el dato de que la novedad clamorosa que aporta esta *imparcialidad de la conciencia* se acompaña, en la cultura jurídica contemporánea, a la liberación del individuo de las ataduras con una supuesta naturaleza cósmica, o podríamos decir con una supuesta y objetiva naturaleza, no solo para el beneficio del reconocimiento pleno de su libertad individual como de la de los demás, sino sobre todo para establecer la protección del conjunto de valores en los que se basan los documentos fundamentales de los actuales Estados constitucionales de derecho. La conciencia se concibe como la “suprema y última instancia de la personalidad”¹⁹ capaz de dar ella misma las leyes de comportamiento al individuo, convencida de que no exista ninguna instancia más alta por encima de ella²⁰.

En este sentido, la conciencia no es solamente subjetiva; o sea, propia de un sujeto que se posiciona en un marco social definido con ciertos valores, sino individualizada, es decir, propia de cada individuo, abierta a contenidos profundamente diferentes y merecedores de una misma atención, pero, como veremos, no de la misma tutela. Así, en el horizonte político y jurídico delineado, la objeción de la conciencia disidente transita de una dimensión meramente fáctica y metajurídica a una dimensión exquisitamente jurídica, sea a nivel interno o a nivel supranacional. De este modo se fijan las premi-

¹⁸ El propio Mazzola recuerda como los *Soliloqui* de Agostino o la tradición “menippea” latina donde el hombre, separándose de la propia conciencia, dialoga con esta dejándolo de coincidir en sí mismo (se piensa, a modo de ejemplo, a los *Dialogorum libri* de Séneca), representan precedentes de este enfoque.

¹⁹ R. MAZZOLA, op. cit., p. 85.

²⁰ Cfr. S. VIOLI, *Normatività e coscienza. Contributo allo studio sulle obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 233 ss. El autor recuerda un pasaje del *System der Sittenlehre* de Fichte, en el que se afirma que la conciencia “no puede examinarse ni corregirse por ninguna otra conciencia; ella misma es el juez de cada convicción, pero no reconoce ningún juez por encima de ella” (J. FICHTE, *System der Sittenlehre*, III, § 15).

sas para que se pueda configurar un derecho positivo para las conciencias desobedientes, el derecho a la objeción de conciencia; que es distinto aunque esté necesariamente relacionado al derecho a la libertad de conciencia. Esto forma parte de uno de los derechos fundamentales de los individuos, como precisaremos en el próximo epígrafe, a través de su reconocimiento formal, según un enfoque que recuerda al del liberalismo del s. XIX, mientras se deja al legislador interno la regulación práctica de su ejercicio. Como instituto jurídico, la objeción de conciencia se encuadra perfectamente en la arquitectura jurídica de la legislación y las razones de la conciencia superan así el ámbito privado y se imponen como razones que exigen tutela y reconocimiento público.

3. LA PRIMERA CARA DE LA VULNERABILIDAD: LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO INSTRUMENTO CONTRA-MAYORITARIO

Desde un punto de vista descriptivo, la objeción de conciencia supone una forma de resistencia individual, compartible o compartida precedentemente por otros sujetos, no violenta en los medios ni política²¹ en sus propósitos, dirigida contra una específica norma jurídica positiva considerada injusta por un sujeto. Tal injusticia deriva de la incompatibilidad entre el conjunto de las convicciones éticas fundamentales (religiosas, morales, filosóficas o políticas en un sentido amplio) a las cuales el sujeto ha asociado la obligación jurídica que impone una determinada conducta. En este sentido, la objeción de conciencia se diferencia tanto de la acción del revolucionario que pone en tela de juicio la legislación en su conjunto o del anárquico que no reconoce el poder constituido, como de la acción del desobediente civil movido por fines políticos o por la voluntad de modificar una cierta norma o sector de la legislación jurídica²².

²¹ De "apoliticidad" habla H. ARENDT, "Civil disobedience", en ID., *Crises of the Republic*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1972, p. 60. A propósito de la reflexión filosófico-jurídica española sobre el tema de la objeción de conciencia es necesario citar M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

²² Otra diferencia radical entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia consiste en que solo la segunda puede estar afectada por un proceso de inclusión en la esfera del jurídico. En este sentido cfr. G. ZANETTI, *I limiti del diritto. Aspetti del dibattito contemporaneo*, manoscritto della relazione di apertura del XXX Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto, Lecce, 14 settembre 2016. Para algunas referencias en castellano sobre la desobediencia civil se

En cambio, desde un punto de vista jurídico, la dimensión de la objeción de conciencia representa el objeto de un específico derecho subjetivo fundamental, el *derecho a la objeción de conciencia*, instrumentalmente relacionado con el *derecho a la libertad de conciencia*, concretamente en el marco del Estado constitucional de derecho. En el contexto europeo, el carácter fundamental de tal derecho emerge con claridad en el artículo 10, en el segundo epígrafe de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cual se puede leer que “El derecho a la objeción de conciencia se reconoce según las leyes nacionales que disciplinan el ejercicio”. Esta formulación indica que las leyes nacionales pueden indudablemente disciplinar o restringir el ejercicio: tal posibilidad entra, de hecho, en su plena discreción. Sin embargo, estas no pueden negarlo integralmente o impedir el ejercicio²³ infringiendo el carácter fundamental del derecho en cuestión.

Algunos ámbitos tradicionales de aplicación de la objeción de conciencia son el servicio militar obligatorio²⁴ y la interrupción voluntaria del embarazo²⁵. La primera hipótesis es obviamente la más difundida históricamente, mientras que la segunda genera todavía discusiones y enfrentamientos en cada contexto nacional. Si nos fijamos en la legislación italiana, por ejem-

señala: cfr. E. GARZÓN VALDÉS, “Acerca de la desobediencia civil”, *Sistema*, núm. 42, mayo de 1981, pp. 80 y ss.; F. GONZÁLEZ VICEN, “Obediencia y desobediencia al Derecho”, *Rivista de ciencias sociales*, núm. 88, 1989, pp. 105-110; J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994; J. F. MALEN SEÑA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1990; F. BIONDO, *Desobediencia civil y teoría del derecho tomar los conflictos en serio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016. Para una reconstrucción analítica de la diferencia entre derecho de resistencia, desobediencia civil y objeción de conciencia me tomo la libertad de remitir a M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 41-55.

²³ Cfr. M. SAPORITI, “For a General Legal Theory of Conscientious Objection”, *Ratio Juris*, núm. 3, 2015, pp. 416-430. Para una reflexión ético-política sobre la objeción de conciencia, también con referencia al servicio militar obligatorio, cfr. B. MONTANARI, *Obiezione di coscienza: un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici*, Giuffrè, Milano, 1976.

²⁴ En Italia, el primer reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia y al acceso al servicio civil (por razones morales, religiosas y filosóficas) se obtiene con la ley del 15 diciembre 1972, n. 772. Se señala además la ley del 8 de julio 1998, n. 230: “*Nuove norme in materia di obiezione di coscienza*”, en la cual se asiste a un reconocimiento más amplio de la objeción, no obstante, como se precisa en el artículo 13, primer epígrafe, se prevé que llegue a faltar por “*richiamo in caso di pubblica calamità*”.

²⁵ La ley italiana de referencia es la del 22 de mayo 1978, n. 194: “*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*”.

plo, a estas dos hipótesis (la primera ya no está en vigor)²⁶ hay que añadir la objeción de conciencia a la experimentación animal²⁷ y a la procreación médicamente asistida²⁸. En líneas generales, el reconocimiento positivo de una hipótesis de objeción de conciencia está subordinada a la verificación de algunos presupuestos, además de a la individualización de algunos límites. Hablaremos de este segundo perfil en el quinto epígrafe de este trabajo. En cuanto al primero (la verificación de presupuestos), es necesario que el legislador realice un cálculo del número de objetores potenciales a una obligación legal específica.

En otras palabras, los objetores no pueden representar más que una minoría respecto al número total de sujetos potenciales a los que se dirige una cierta obligación. La necesidad de tal cálculo está relacionada con una exigencia claramente expresada por el Presidente emérito de la Corte Constitucional italiana, Valerio Onida, en un escrito de hace algunos años: la objeción de conciencia nunca puede perjudicar los intereses para cuya tutela se fija una determinada obligación jurídica²⁹. Es decir, si se quiere garantizar que una ley pueda alcanzar el objetivo político fijado y ejercer la tutela de determinados intereses de los ciudadanos, esta no puede prever al mismo tiempo *un mecanismo que elimine su eficacia*. De hecho, si del legislador emanase una ley que contiene una determinada obligación, éste debería de abstenerse, en tanto que la mayoría de la sociedad no aceptaría tal imposición por la cláusula de conciencia.

Desde esta primera perspectiva, la objeción de conciencia representa una instancia contra-mayoritaria. Dado que la ley aprobada por el Parlamento es la expresión de una determinada y contingente mayoría política, la objeción de conciencia supone un instrumento fundamental de garantía para conservar las conciencias minoritarias de aquellos sujetos para quienes el cumplimiento de una determinada obligación jurídica resultaría insoportable e in-

²⁶ Me refiero, en particular, a la ley del 14 de noviembre 2000, n. 331 "*Norme per l'istituzione del servizio militare professionale*", en la que se establece, como recita el artículo 3, la "*Trasformazione progressiva dello strumento militare in professionale*".

²⁷ Véase la ley del 12 de octubre de 1993, n. 413, "*Norme sull'obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*".

²⁸ Véase la ley del 19 de febrero de 2004, n. 40 relativa a "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*". Para un análisis remito a M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, op. cit., pp. 157-165.

²⁹ Cfr. V. ONIDA, "*L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*", en B. PERRONE (a cargo de), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 368.

compatible, por tomar una expresión de la Corte constitucional italiana, ya que cualquiera “considera más determinante y digno de observancia”³⁰. En otras palabras, si concebimos la democracia como tutela de las minorías que carecen de la fuerza numérica para imponerse, la objeción de conciencia se configura como un instrumento normativo de protección de la vulnerabilidad de una minoría, en razón de sus convencimientos morales, religiosos o filosóficos.

4. LA SEGUNDA CARA DE LA VULNERABILIDAD: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO CONDICIÓN DE FUERZA RESPECTO A LOS SUJETOS VULNERABLES

Sin embargo, existe una segunda cara de la vulnerabilidad que no se refiere a aquellos ciudadanos cuyas conciencias se tutelan a través del derecho positivo a la objeción de conciencia. Resultan necesarias dos referencias al caso italiano para encuadrar mejor este cambio de perspectiva.

En noviembre de 2015 se envió al Parlamento italiano una relación sobre la actuación de la ley 194 del 1978, que tiene por objeto la tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo. Además de los datos definitivos relativos al año 2013 y de aquellos preliminares relativos al 2014, la tabla 28 que se adjunta a tal relación muestra los porcentajes del personal médico y sanitario que ejerció la objeción de conciencia: a nivel nacional resulta objetor el 70% de los ginecólogos, el 49,3% de los anestelistas y el 46,5% del personal no médico³¹. No obstante, si se examina con atención cada zona, se puede observar fácilmente cuán marcadas son las diferencias entre las diversas partes de la península. Sin considerar detalladamente cada región, en cuanto a los anestelistas y al personal no médico se registran respectivamente porcentajes de objetores del 63,5% y del 74,7% en el centro de Italia, del 70% y del 65,7% en la Italia insular. En otras palabras, estos porcentajes muestran de manera evidente que los objetores representan desde hace tiempo una minoría

³⁰ Corte Costituzionale, sent. 334/1996.

³¹ En particular, se señalan picos del 93,3% entre los ginecólogos de la región del Molise, 79,2% entre los anestelistas de Sicilia y del 89,9% entre el personal no médico de nuevo en Molise. Para un análisis crítico sobre el tema de la objeción de conciencia y del aborto en el panorama español remito a Á. APARISI MIRALLES, J. LÓPEZ GUZMÁN, “El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal”, *Biomedicina*, vol. 4, núm. 1, 2009, pp. 50-62.

en muchas regiones. De este modo, tal y como han mostrado diferentes casos de crónica durante estos años, puede resultar extremadamente difícil para una mujer ejercer el propio derecho a la salud y a la autodeterminación procreativa, accediendo a la interrupción voluntaria del embarazo.

Otra hipótesis, totalmente diferente tanto en el contenido como en el cuadro normativo de referencia, es la de la reivindicación de la objeción de conciencia a las uniones civiles, aprobada en Italia, en la Cámara de los Diputados, el pasado 11 de mayo³². La ley Cirinnà, que debe su nombre a la primera persona que firmó el proyecto de ley, no prevé, como en el caso francés sobre el que volveremos más adelante, alguna cláusula de conciencia que permita a alcaldes y oficiales del registro civil abstenerse de officiar o registrar uniones civiles entre personas del mismo sexo. Frente a la nueva disciplina, que colma en parte un vacío normativo por el cual Italia ha sido condenada varias veces por las jurisdicciones europeas, se ha creado un frente amplio de alcaldes (que en algunas regiones representan la mayoría de sujetos al mando de un municipio), los cuales han declarado abiertamente que desobedecerán lo previsto por la ley, no celebrando uniones entre personas del mismo sexo.

En los dos casos que acabamos de ilustrar (el primero en pleno reconocimiento de un derecho de objetar, el segundo dirigido a su reivindicación), la objeción de conciencia, como instancia anti-mayoritaria y facultad reconocida a una minoría de destinatarios de una obligación jurídica, sufre una metamorfosis triple. En primer lugar, la condición de objetor se convierte en algo propio de la mayoría de destinatarios de una obligación jurídica y no de una minoría (este es el caso del aborto en el contexto italiano y, a nivel regional, del caso potencial de los alcaldes objetores a las uniones civiles). En segundo lugar, la objeción influye negativamente sobre los derechos de terceros (las mujeres o las parejas homosexuales), para cuya tutela se ha previsto la obligación a la que se consiente de objetar. En tercer lugar, la objeción de conciencia repercute en categorías de sujetos vulnerables en relación a las propias condiciones de salud o a la propia identidad: las mujeres a causa del propio embarazo y los homosexuales en razón de la propia orientación sexual minoritaria en el contexto de una población. En otras palabras, emerge de esta manera una cara diversa de la vulnerabilidad: ya no tienen que estar protegidas las conciencias que se inspiran en valores incondicionados con el cumplimiento de una obligación jurídica, sino aquellos terceros a quienes

³² La referencia es a la ley del 20 de mayo de 2016, n. 76: "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*" (conocida también como "ley Cirinnà").

una difusión minuciosa de la objeción de conciencia les supondría un obstáculo a la hora de ejercer un derecho propio o, en término morales, a la hora de expresar sus propias decisiones.

Sin embargo, la segunda cara de la vulnerabilidad es más controvertida y problemática que la primera, revelando una consecuencia poco tranquilizadora a la que puede dar lugar la objeción de conciencia en las sociedades contemporáneas. En particular, ¿qué ocurriría si la objeción se usara instrumentalmente como un medio para bloquear el funcionamiento de una ley injusta? De este modo la objeción de conciencia se convertiría, de hecho, en una forma legal de desobediencia civil, o bien, en este caso, en una especie de “desobediencia protegida” de consecuencias sancionadoras, dirigida a la consecución de objetivos políticos (impedir la aplicación de una ley injusta o hacer que el Parlamento revise el contenido). Por citar a Hannah Arendt, su lógica ya sería “aquello que no me deja vivir a mí podría no alterar la conciencia de otro”, en lugar de “no veo cómo aquello que no me permite vivir a mí no pueda alterar la conciencia de otro”.

Reconstruido con estos términos, la segunda cara de la vulnerabilidad proyecta la objeción de conciencia en otra dimensión respecto a la moral. En este sentido, no pretendo decir que las preferencias o los objetivos políticos de los sujetos sean una dimensión independiente o radicalmente extraña a los valores morales de cada uno; esta sería una afirmación ingenua e incorrecta. Por el contrario, los valores de los que la conciencia representa la sede metafórica no pueden más que traducirse en el operar práctico en políticas de elección y, a veces, en elecciones políticas.

Para comprender los límites de la objeción de conciencia como derecho y del peligro de su (ab)uso, es posible que haya que asumir no el punto de vista del objetor individual o del decisor moral, sino el del Senado constitucional de derecho, como forma de Estado que mayormente protege las conciencias de los sujetos.

5. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO

La objeción de conciencia tutela actos de instancias contra-mayoritarios, donde se busca proteger justamente la vulnerabilidad de las conciencias a fin de que no se conviertan en un instrumento que crea categorías de sujetos vulnerables; para ello, es necesario que en el marco del Estado constitucional

del derecho se individúen algunos *límites* para su ejecución. Estos límites están orientados a identificar con suficiente precisión las conductas que serán cubiertas de objeción, excluyendo a determinados sujetos, y a evaluar previamente las objeciones, a menos de que ya no sean reconocidas. En esta sede pondré dos categorías límites: el nexo causal y el *status* de los sujetos objetores.

En cuanto al nexo causal, si consideramos, por ejemplo, los dos casos más típicos de la objeción de conciencia nombrados anteriormente, el aborto y el reclutamiento militar obligatorio, debe existir un nexo de causa preciso entre la conducta requerida y la producción de un evento intolerable para la conciencia. Tal nexo ha de ser acumulativo:

- *seguro*, es decir, la conducta del agente tiene que contribuir a producir un estado contrario a los convencimientos del propio agente, con una aportación determinada, no solo potencial;
- *directo*, o sea, es necesaria una implicación personal del agente en la causa del evento, no mediato o inutilizable a través de manifestaciones de voluntad de otros sujetos implicados;
- *necesario*, es decir, la conducta del agente no se debe eliminar en el contexto de la cadena causal que produce el hecho indeseado;
- *específico*, en otras palabras, la conducta ha de estar teleológicamente encaminada a la causa del evento en el que el agente no desea contribuir.

Si pensamos en el aborto, el nexo de causalidad configurado excluye toda una serie de figuras que no se relacionan estrechamente en la causa del hecho “interrupción de un embarazo” (como los auxiliares que suministran comida o asisten a una mujer antes y después del proceso de aborto, los médicos que solicitan análisis de control anteriores y posteriores al proceso en sí, etc.). Solo los médicos y los auxiliares sanitarios implicados en dicho proceso podrán valerse del derecho de la objeción. El peligro sería el de paralizarse totalmente frente al reconocimiento generalizado de una “cascada de objeciones”, en relación a conductas referidas solo indirectamente a la producción del hecho. Si la objeción estuviera consentida indiferentemente a todos los sujetos directamente o solo potencialmente implicados en la cadena causal que lleva a realizar el evento considerado moralmente inaceptable, esta acabaría teniendo efectos disruptivos durante la ejecución de los derechos y en el cumplimiento de los deberes previstos por la ley que contienen la obligación jurídica principal³³.

³³ El examen de las peticiones de objeción de conciencia de los farmacéuticos, en relación a la venta de ciertos fármacos como la “píldora del día después” es, en este sentido,

Además del nexo de causalidad, resulta cada vez más delicado y se posiciona en el centro del debate jurídico y político contemporáneo el límite del *status* de los potenciales objetores. Existen individuos que ocupan despachos o cargos en los que resulta más inmediata la conexión con otro ámbito respecto a la propia individualidad: a modo explicativo, funcionarios públicos, jueces, miembros de las fuerzas armadas o autoridades de la seguridad pública, etc. ¿Todos estos individuos pueden ejercer el derecho a la objeción de conciencia durante el ejecución de las propias funciones, o bien, su *status* representa un obstáculo? Es el juez quien durante la ejecución de su función jurisdiccional se encuentra frente a la imposibilidad de decidir por razones de conciencia; del público oficial encargado de registrar la unión civil heterosexual u homosexual, para él moralmente inaceptable; o también, del profesor de la escuela pública que considere completamente incompatibles con las propias convicciones morales y educativas³⁴ determinados contenidos didácticos previstos en el programa ministerial. Para encuadrar mejor el problema del *status* de potenciales objetores puede ser muy útil referirse a lo ocurrido en Francia.

La delicadeza de la reivindicación del derecho a la objeción de conciencia por parte de sujetos que desempeñan funciones públicas dentro de una organización ha surgido de manera paradigmática sucesivamente a la aprobación de la ley sobre *mariage pour tous*. En síntesis, la falta de reconocimien-

emblemático. Frente a una petición de este tipo hay que preguntarse en qué medida existe un nexo causal directo o preciso, necesario y específico entre la venta de una medicina y la causa de efectos sobre el óvulo fecundado. Entre la conducta material "venta de un medicinal" y el hecho "fracaso de anidación del óvulo fecundado" (producido por la toma de la píldora en cuestión) existe un salto lógico en el que el elemento faltante e imprescindible está constituido por el consumo voluntario de la píldora por parte de la mujer que la solicita. Es, por último, la autodeterminación de la mujer a la hora de consumir el fármaco, y no la simple venta, la que causa el hecho: el nexo causal no sería directo en este caso porque la aportación material de la conducta dependería de manera determinante del efectivo consumo de la píldora por parte de la mujer.

³⁴ La hipótesis es igual y contraria a la presentada al Tribunal Supremo Español en 2009 a propósito de algunos padres, por cuenta de los hijos menores en edad escolar, de poder ejercer el derecho a la objeción de conciencia contra la obligación de participar en un núcleo de disciplinas introducidas en diferentes niveles escolares con la reforma derivada de la Ley Orgánica 2/2006 sobre la educación, definida como "educación a la ciudadanía". El Tribunal supremo, no sin una cierta ambigüedad en su argumentación, negó el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por las obligaciones impuestas por la ley orgánica sobre la educación (LOE): es sobre la forma y los contenidos de su enseñanza que los padres, según el Tribunal, deberán ejercer un control para evitar el adoctrinamiento.

to de una cláusula de conciencia en la *loi Taubira*, que en el 2013 amplió sin restricciones toda la disciplina matrimonial a las parejas homosexuales, ha dado pie a un hecho judicial por iniciativa de un grupo de alcaldes, reunidos junto a otros en el *Collectif des Maires pour l'Enfance*³⁵. Estos alcaldes habían impugnado frente al Consejo de Estado una circular del Ministro del Interior en la que se explicaban detalladamente las consecuencias del rechazo ilícito de celebrar el matrimonio igualitario, sin dejar espacio para la discrecionalidad o la evaluación a los *maires*. En el proceso de tal juicio, se aprueba una cuestión prioritaria de constitucionalidad por falta de una cláusula de conciencia en la ley que había introducido el *mariage pour tous*.

Salpicado por la cuestión, el *Conseil Constitutionnel*, con la *décision* n° 2013-353 del 18 de octubre de 2013, lanza sin rodeos la exigencia de los alcaldes de reconocer una hipótesis de práctica del derecho a la objeción de conciencia. El legislador, a juicio del *Conseil Constitutionnel*, afirmó que aseguraba la aplicación uniforme de la ley, además del buen funcionamiento y la neutralidad del servicio público del estado civil. En esta hipótesis, a juicio del Juez de las Leyes francés, ningún espacio puede ser reconocido por las conciencias disidentes³⁶.

Si consideramos el caso francés, para poder establecer si tales sujetos pueden objetar es necesario preguntarse cuál es el orden axiológico hecho precisamente por tales sujetos, no *in foro interno*, sino en la ejecución de las propias funciones. No se impone el orden axiológico personal, sino el del ordenamiento jurídico a cuyo servicio presta su cargo: respecto al simple punto de vista interno de los ciudadanos en relación a la legislación, prevalece el punto de vista del propio ordenamiento en virtud de la función desempeñada. Esto tiene que ver emblemáticamente con el juez que ejerce voluntariamente su función jurisdiccional (un caso diferente y más delicado es el de la cooptación del juez popular). El juez está obligado a desempeñar su actividad jurisdiccional de acuerdo a valores que son potencial y concretamente diferentes respecto a los de su conciencia individual. Sin embargo, en cada circunstancia, es el respeto de los principios contenidos en una cons-

³⁵ Para un panorama más general sobre la estrategia de movilización puesta en práctica a propósito del matrimonio igualitario en Francia cfr. P. PORTIER, C. BÉRAUD, *Métamorphoses catholiques*, Éditions MSH, París, 2015.

³⁶ El caso francés no se presenta aislado en el contexto europeo. Sobre el rechazo mostrado por cuestiones de conciencia de desarrollar cuestiones inherentes al propio puesto véase en particular al sentencia de la Corte europea de los derechos del hombre en el caso *Eweida and Others vs United Kingdom*, IV sección, 15 de enero de 2013.

titución aprobada democráticamente los que han de prevalecer. En función del respeto de tales principios y no en base a la propia idea de justicia, el juez podrá poner en discusión una ley, a través de mecanismos del sindicato de constitucionalidad. Se garantizarán, en cualquier caso, las condiciones en el desarrollo de su actividad jurisdiccional, como la neutralidad o la imparcialidad; en cambio, no se hará lo mismo con la posible turbación de su conciencia, como resultado del deber que ha realizado. En estas situaciones también queda un margen de elección: renunciar o, como alternativa, asumirse las responsabilidades jurídicas y disciplinarias que comportaría una conducta deformada, convirtiéndose en un acto de desobediencia pública en vez de desobediencia civil, considerando a los sujetos implicados no como simples *cives* de cara al Estado.

Para retomar el caso francés, que puede ofrecer indicaciones precisas incluso para la movilización de los alcaldes en Italia, los límites expuestos anteriormente se prestan para ser utilizados eficazmente. No pone en evidencia solamente el *status* de los oficiales públicos que desempeñan las propias funciones en nombre y por cuenta del Estado, sino que hay otra aclaración relacionada específicamente con la conducta cubierta por la objeción de conciencia. Esta última, de hecho, permite abstenerse del cumplimiento de una determinada acción de manera general, porque es la acción en sí a ser intolerable en la conciencia. Para los alcaldes que se oponen al *mariage pour tous* o a las uniones civiles no es la conducta “celebrar matrimonios o uniones civiles” la que es inaceptable de la conciencia, sino la orientación sexual de los sujetos que contraen matrimonio o que realizan la unión civil. La cuestión crucial es la siguiente: ¿objetar selectivamente en razón de las condiciones subjetivas de los que poseen el derecho es aceptable en una democracia constitucional de índole pluralista o este modo de actuar representa un modo poco vago de poner en marcha prácticas discriminatorias?

6. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

A lo largo de este estudio se ha ilustrado tanto la tutela de la vulnerabilidad de la que toma su origen la *ratio* de la objeción de conciencia, como las condiciones de vulnerabilidad a las que la objeción de conciencia contemporánea puede dar origen. En el centro permanece el ámbito personal e inviolable que es la conciencia de cada sujeto, las elecciones inspiradas en ella y la exigencia irrenunciable de ser coherentes con aquello que se considera

esencial para la propia identidad moral. Así pues, en cada circunstancia, las reivindicaciones objetoras se consideran con mucha atención y sin pretextos. Al mismo tiempo, resulta necesario adquirir una perspectiva amplia que no se limite solo al punto de vista del objetor. En otras palabras, hay que considerar de manera equitativa todos los sujetos implicados directamente en la elección objetora.

Esta visión en perspectiva de la cuestión permite afrontar en esta parte final, aunque solo incidentalmente, un perfil muy problemático: es decir, si y en qué medida cada individuo está preparado para dar un paso atrás respecto a las propias convicciones para respetar las de los demás. Se podría incluso ir más allá, preguntándose si no es propio esta disponibilidad de retroceder sin desnaturalizarse lo que específicamente se le pide a cada ciudadano de un Estado democrático de índole pluralista y laico. En este ámbito, ¿la disponibilidad solicitada podría traducirse en prácticas de tolerancia pasiva frente a los valores de las conciencias de los demás? ¿O más bien implica, en algunas condiciones, un *hacer*, un participar en acciones que potencialmente no compartimos? Si se responde positivamente a esta última pregunta, se comprende bien el motivo por el que la objeción de conciencia es un instrumento muy específico que entra en juego cuando se supera un umbral de tolerabilidad que va mucho más allá del desacuerdo³⁷ o del simple campo de las opiniones de los sujetos. Su fuerza, o más bien su dignidad en el ámbito de las razones y su legitimidad en el ámbito jurídico, no pueden depender de la capacidad de imponerse de las conciencias ni de la capacidad de actuar políticamente para alcanzar un objetivo en función del número de sujetos que comparte una cierta visión del mundo. La fuerza de la objeción depende, en cambio, de la vulnerabilidad efectiva de los sujetos que son titulares potenciales; de la ausencia, para estos mismos sujetos, de números adecuados para resultar vencedores según las reglas del juego democrático; y, por último, de los bienes jurídicos sobre los cuales va a incidir la obligación impuesta por la ley.

Es en este balance delicado e imprescindible donde la objeción de conciencia muestra su enorme potencial, como instrumento capaz de neutralizar conflictos peligrosos, tanto personales como sociales o de crear otros nuevos e inesperados. Es en este límite sutil donde las conciencias desobedientes de los ciudadanos democráticos se ponen a la prueba, divididas entre la exigen-

³⁷ Sobre este punto, cfr. S. BESSON, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

cia de mantener fuerte la propia identidad y la necesidad de respetar las decisiones de los demás. En este sentido, la vulnerabilidad representa el campo privilegiado en el que poner a prueba la capacidad y el funcionamiento de este derecho fundamental; una brújula que permite no perder de vista su lógica y sopesar, durante un tiempo, las consecuencias potenciales de su práctica.

MICHELE SAPORITI

*Univeristà degli Studi di Milano-Bicocca,
Dipartimento di Giurisprudenza,
Piazza dell'Ateneo Nuovo 1,
20126, Milano. Italia
e-mail: michele.saporiti@unimib.it*

**CUANDO LEGISLAR NO ES SUFICIENTE:
LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 68
DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

**WHEN ENACTING LAWS IS NOT ENOUGH:
THE PRACTICAL CONSEQUENCES OF THE 6TH AND 68TH ARTICLES
OF THE SPANISH CONSTITUTION.**

JUAN JESÚS MORA MOLINA
Universidad de Huelva

Fecha de recepción: 6-11-15
Fecha de aceptación: 23-5-16

Resumen: *Una de las grandes preocupaciones históricas de la sociedad española es, entre otras, la de la calidad del mecanismo arbitrado para la representación política. La inapaciguada agitación con respecto al diseño consagrado en la LOREG –conocido popular pero faliblemente como “sistema D’Hondt”– ha cobrado fuerza nuevamente en el contexto socio-económico actual, campo abonado para que erupcione una vez más lo que podría denominarse bajo el calificativo de “la cuestión electoral de la democracia española”. Por ese motivo, es preciso abordar las consecuencias prácticas de los artículos 6 y 68 CE, ya que ambos son relevantes para comprender la situación actual de la representación política, del sistema electoral y de partidos en nuestro país, así como de los derechos políticos que están en juego.*

Abstract: *One of the earliest leading worries of the Spanish society is that of the quality of the mechanism for the political representation. The unquenchable agitation with regard to the design dedicated in the Organic Law of Electoral Representation –commonly but wrongly known as “D’Hondt System”– has gathered more strength in the current social-economic context, a solvent field in order to once again explode what might be named under the epithet of “the electoral question of the Spanish democracy”. For that reason, it is demanded to deal with the practical consequences of the 6th and the 68th articles of the Spanish Constitution, due to both of them are relevant to understand the current situation of the political representation, of the electoral system and of parties in our country, as well as of the political rights that are at stake.*

Palabras clave: derecho electoral, sistema electoral, sistema de partidos, representación política, derechos políticos
Keywords: electoral law, voting system, parties system, political representation, political rights.

Una sociedad civil vigorosa fortalece no sólo la rendición de cuentas sino también la representatividad y vitalidad de la democracia.

Larry Diamond

El elector goza del sagrado privilegio de votar por un candidato que eligieron otros

Ambroise Bierce

1. PRESENTACIÓN

La “cuestión electoral de la democracia española” no puede soportar mucho más sin un abordaje serio, de gran calado y no de mero remiendo como hasta ahora, sobre todo cuando se ha tornado un tema ineludible en la agenda de los distintos partidos políticos. Rehusar darle un nivel de solución que acalle las muchas críticas que se ciernen supondría promocionar de nuevo aquellos eslóganes ingeniosos y de rima sencilla, vociferados por amplios grupos de personas a lo largo de toda la geografía nacional. Independientemente de lo acertado o no de los mismos, por autocomplacencia y desidia no es admisible incurrir en errores pasados que lastren las aspiraciones de nuestra reciente historia constitucional.

La entrada en la escena española de actores emergentes, junto a la depreciación y/o declive de otros ya presentes, ha propiciado el escenario perfecto para que la representación política adquiera un rumbo hasta ahora desconocido. La existencia de un sistema de partidos fragmentado se ha tornado inevitable, si bien su sostenibilidad en el tiempo vendrá determinada por la dinámica del actual sistema electoral, que sin duda tendrá que ser modificado en los próximos años. De igual manera, el nuevo contexto impele a que se transformen las vías de reclutamiento de los líderes políticos, así como las reivindicaciones y obligaciones que tendrán que enfrentar.

Qué significa “representar” o cuál es la verdadera funcionalidad de la regulación articulada en la *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, sobre la regulación del Régimen Electoral General* (LOREG) no son cuestiones ni correlativas ni solapantes. No sería aceptable valernos de la segunda para contestar la pri-

mera. Por un lado, si bien se debe atender al estudio minucioso del procedimiento arbitrado para el acceso al poder, por otro es cierto que el examen de su ejercicio precisa de otras concreciones. Se trata de dos dimensiones bien diferenciadas del concepto “legitimidad democrática”. La determinación del análisis que ambas merecen tan sólo en un conjunto de acotaciones jurídicas implicaría favorecer desmedidamente una dimensión entre otras tantas, un nivel de pesquisa con un alcance muy limitado y que, por lo tanto, no posee un ámbito de validez omnicompreensivo.

Desde este punto de vista, el Derecho asiste como una herramienta auxiliar concebida para la consecución de ciertos fines. Tanto es así que, al hablar de “legitimidad de la representación política”, no podemos caer en la sugerente tentación de contemplar la relación de sus elementos integrantes bidireccionalmente, puesto que la relación entre los mismos no es tautológica, y ni de manera necesaria siquiera se coimplican. Así pues, para evitar el peligro de reduccionismo, habría que perseguir la integración de perspectivas complementarias, por lo que se precisa una combinación de metodologías con el propósito de sortear discursos cerrados y dogmáticos.

El cometido de estas páginas se dificulta aún más al tener que enfrentar narrativas e intervenciones muy –llamémosle así– “fonológicas”, envolventes, seductoras por su oratoria pero repletas de incongruencias y palabrería hueca, con pretensión englobadora si bien con objetivos palmariamente partidistas. Es cierto, al adentrarnos en un terreno tan resbaladizo como es el de la representación política, centrar el discurso es algo que, por desgracia, no es habitual en ninguna de las tonalidades del espectro. Argumentos sesgados, sí; y en escasas ocasiones, sustentados en literatura pausada, cautelosa y científica. Ruído, mucho; contenidos relevantes, muy pocos. En consecuencia, se ha de desterrar la búsqueda de soluciones excesivamente simples, ya que la naturaleza del objeto de estudio involucra variables y perspectivas de tan distinta naturaleza que demanda respuestas con un potencial explicativo ampliamente plausible¹.

¹ N.A. Dada la amplitud de la bibliografía disponible, no se pretende ni existe espacio material para agotar la multitud de Informes, Actas Plenarias, sentencias y elaboraciones doctrinales, al tratarse de un tema en continua actualización desde el comienzo de nuestro actual periodo democrático. Únicamente se ha sacado a colación un leve número de aportaciones desde los respectivos prismas legal y politológico con el propósito de apoyar las líneas argumentales expresadas en estas páginas.

2. INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años mi apreciado maestro Ramón Luis Soriano Díaz publicó uno de los trabajos más reputados sobre la democracia “representativa” española, que mordazmente llevó por título *Democracia vergonzante y ciudadanos de perfil*². En él dejó reflejada una aseveración que hoy, mirando hacia atrás, sería deseable que fuese cierta, pero ya no es así. Sin cortapisas enunció: “La democracia representativa tiene ahora los pies sucios, aunque todavía no son de barro”. Pues bien, ha transcurrido ya más de un decenio, y nuestra democracia representativa comienza a dar síntomas de agotamiento, de final de ciclo. No únicamente tiene los pies de barro, sino que se les están agrietando. La puesta en marcha de los mecanismos previstos para la reforma constitucional es ya una necesidad acuciante, cuando no –si llevásemos el planteamiento hasta su extremo, como algunos aspiran– una nueva legislatura constituyente.

Bien, el modelo de democracia representativa y de mercado, asumido por los españoles tras la desaparición del régimen franquista, no es más que el homologado y extendido por todo el planeta, aunque –no hemos de engañarnos– con las particularidades de una democracia de “tercera ola”. ¿Por qué? Dicho modelo alberga como propios unos cauces de participación política muy singulares, y también altamente restringidos, pero con el hándicap de que la democracia española, al igual que otras tantas, ha heredado los resultados de una evolución que no ha tenido la oportunidad de experimentar. Es más, no se ha de despreciar el impacto directo que han tenido los cuarenta años de nuestra longeva última dictadura en la calidad del posterior sistema democrático³. Por ejemplo, el caso de los partidos políticos es más que claro. Y esa radiografía apunta a serios problemas a medio y largo plazo que han sido ocultados a corto por la euforia reinante, sobre todo cuando la cultura democrática del país ha sido nula o prácticamente inexistente.

Desde esa perspectiva, la democracia alumbrada a finales de la década de los setenta del siglo pasado nació con una doble tara: envejecida en sus procedimientos y tributaria de comportamientos y conductas pretéritas⁴. Así

² R.L. SORIANO DÍAZ, *Democracia vergonzante y ciudadanos de perfil*, Comares, Granada, 2002, actualizada recientemente bajo la denominación *Democracia vergonzante. Males y remedios para una democracia obsoleta*, Edit. Última Línea, 2014.

³ Vid. L. MORLINO, “Explicar la calidad democrática: ¿qué tan relevantes son las tradiciones autoritarias?”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 27, núm. 2, 2007, págs. 3-22.

⁴ Resulta curioso observar cómo en los países que accedieron a sistemas democráticos después de 1974 se contempla una situación similar. Es más, se puede acotar un común de-

las cosas, hemos de partir, desde mi punto de vista, de dos hechos que no tienen por qué ser coincidentes: una cosa es legislar para la implantación y funcionamiento de un modelo político y otra muy distinta la asunción de los valores ideales del mismo a nivel social e institucional. No se trata de averiguar si disfrutamos o no de una democracia, sino más bien de delimitar qué tipo de democracia hemos logrado construir. Podemos apelar al recurso fácil de afirmar que tras treinta años de experiencia democrática, la nuestra es ya una democracia consolidada. Ahora bien, el elemento cualitativo resulta determinante a la hora de validar una posición tal, pues no podemos equipararnos a sociedades que se caracterizan históricamente por un gran acervo democrático.

Desde esta visión, la democracia no se resume en parámetros legales, en una técnica legislativa exquisita. Por tanto, me alejaré de ese reduccionismo tan absurdo, presidido por un patrón cuantitativista, ya que tan sólo bastaría con la mera concurrencia de textos normativos. De ser así, la solución sería muy sencilla bajo una correlación lineal y bidireccional: a mayor hiperinflación normativa, mejor calidad del régimen. Pero la inexactitud de la misma pronto se pone de manifiesto, ya que sería como afirmar que a mayor hipertrofia del Estado, aumenta la satisfacción de derechos. Dichas proposiciones no son convalidables en la práctica, puesto que aunque su estructura formal permita intercambiar causas y efectos, a nivel material los modelos teóricos podrían quedar con cierta comodidad en entredicho.

Volviendo a lo que nos importa, si tuviéramos que realizar una analogía imperfecta con los modelos de democracia más recurrentes, podríamos convenir que en nuestro país nos encontramos frente a una desvirtuada democracia madisoniana en “versión española”⁵. Y me atrevo a afirmar esto,

nominador y es el cuestionamiento, de forma respectiva, del sistema de partidos y del sistema electoral. Es precisamente en Estados tales como Italia, Bulgaria, Rumanía, República Checa, Rusia, Chile o Sri Lanka, entre otros, donde los procedimientos y mecanismos de elección ya se han reformado o se considera muy seriamente hacerlo (J. R. MONTERO y P. RIERA, “El sistema electoral español: cuestiones de proporcionalidad y reforma”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 13, 2010, pág. 247).

⁵ De hecho, si se lee con atención *The Federalist Papers* nº 10 (23-24/11/1787, *New-York Packet & Independent Journal*), redactado por quien sería el cuarto Presidente de la República, en España las advertencias fueron tenidas en cuenta, pero *ad sensum contrarium*. Los partidos políticos colonizaron la vida política, sometiendo la soberanía popular a sus propias preocupaciones, con una dependencia desproporcionada de financiación pública para su supervivencia, de manera que el interés general ha quedado enfrentado con un auténtico cártel de partidos.

porque es comprobable la concurrencia en nuestra Carta Magna de exigencias indubitables a la hora de controlar el ejercicio del poder. Ahora bien, las consabidas separación de poderes, convocatoria de elecciones periódicas, la implantación de órganos auditores y de fiscalización, las garantías para la participación política, el referéndum, la iniciativa popular, la rendición de cuentas, etcétera no se han situado como elementos pivotadores de nuestro sistema democrático, sino que más bien han quedado sometidas al actor que desde 1978 ha dominado la escena política española, y que por primera vez en la historia constitucional de nuestro país fue incorporado explícitamente al texto constitucional. Me estoy refiriendo a los partidos políticos, gracias a la actual redacción del artículo 6 CE, estratégicamente y pragmáticamente incluido en el Título Preliminar⁶. Quedó asumida la idea de que el único y verdadero mecanismo democrático para la representación institucional no era otro que el partido político, puesto que en nuestro modelo de democracia ningún sujeto aislado posee capacidad de influencia. Luego, el privilegio debe instituirse a favor de unos actores que colaboren decisivamente en la formación y manifestación de la voluntad popular, es decir, lo que la tradición y la doctrina bautiza como “agrupación de intereses”, sobre la que se edifica el pluralismo político.

Esa reclamación de fortalecimiento de los distintos agentes que han conformado históricamente nuestro sistema de partidos, comprensible en los primeros pasos de la naciente democracia, hoy día carece de sentido, al aménorar la calidad de nuestro sistema político. Tras varios decenios de experiencia democrática, la necesidad imperiosa de promocionar y profundizar en la cultura política de nuestro país, junto a la exigencia inaplazable de una ciudadanía mucho más madura y activa, impele a que un modelo de partidos intrusivos y de élites extractivas sea sustituido por otro que colabore con la supresión del déficit democrático observable en las distintas formaciones políticas. La pregunta es: ¿Por qué el Legislador no optó desde el principio por la Ley Orgánica como producto legislativo para desarrollar la naturaleza y funcionamiento de los partidos políticos? La verdad es que no se compren-

⁶ Así, el TC en su pronta sentencia 85/1986, FJ 2, establece:

“La colocación sistemática de este precepto (art. 6) expresa la importancia que se reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional, y la protección que de su existencia, y de sus funciones, se hace, no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para al actuación del pluralismo político.”

de desde la óptica jurídica a tenor del emplazamiento del artículo 6 en el texto constitucional. Quizá hubiera ayudado dicha elección a minimizar el actual escenario de reivindicaciones de regeneración del sistema político.

Pero, además, con posterioridad el Legislador Ordinario fue más allá y, al desarrollar tanto los artículos 6 y 68 de nuestra Constitución, favoreció de manera desmedida el fortalecimiento titánico de los partidos, su endogamia, su opacidad y su encapsulamiento.

3. EL ART. 6 CE: LA COLUMNA VERTEBRAL DEL SISTEMA

El concepto de “participación política” que manejó nuestro Poder Constituyente ha conducido desde el principio a la concesión de un puesto de privilegio –aunque siendo más exacto, habría que hablar nítidamente de “pretensión de exclusividad”– a unas entidades, los partidos políticos, que fueron empoderadas con el título de “*instrumento fundamental para la participación política*”. La hermenéutica del adjetivo “fundamental” nos desvela, tanto a raíz de una interpretación sistemática del desarrollo legislativo del artículo 6 CE como de la jurisprudencia en torno a todo lo que afecta constitutivamente a la esencia jurídica de los partidos políticos por parte del Tribunal Constitucional⁷, que nos encontramos ante un contexto voluntariamente generado no sólo de preeminencia sino de abuso de posición a la

⁷ J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, “Representación y partidos políticos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, pág. 186:

“[...] los partidos políticos son asociaciones libres (STC 10/1983) con funciones públicas. Su naturaleza privada explica la libertad de su creación y actuación, de modo que a los mismos les son aplicables las reglas del artículo 22 CE, reconocedor del derecho de asociación y cuyo contenido conforma el núcleo básico del régimen del partido político (STC 85/1986) y para cuya protección está disponible el recurso de amparo (STC 3/1981); sus funciones públicas dan cuenta de su relevancia constitucional y las especiales exigencias en su creación y funcionamiento del respeto al orden constitucional y a los principios democráticos (SSTC 3/1981 y 10/1983)”.

Doctrina que, como no podía ser de otra forma, aparece literalmente recogida en la Exposición de Motivos de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (BOE número 154, de 28 de junio de 2002):

“Por otra parte, aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución.”

hora de determinar el alcance del concepto “participación política”. Dicha aproximación interpretativa se acompasa con las consecuencias alcanzables también desde cualquier metodología empírica. Por tanto, la vía de participación política por excelencia no puede ser otra que la instituida a partir de formaciones partidistas, que a su vez entroncaría con el artículo 1 CE, en el que se declara el pluralismo político como uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico⁸.

Es cierto, en España es muy fácil crear desde un plano formal un partido político. Únicamente basta con cotejar el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior⁹. ¿Esto qué quiere decir? Que la participación política se entiende de una forma institucionalizada, mientras que el resto de modos legítimos de participación, aun clasificados en diversas taxonomías, se estipulan como tipos desvirtuados, que por seguridad jurídica no vinculan a nuestros representantes.

3.1. ¿Qué es ser demócrata?

La competición electoral se instituyó como concepto pilar del sistema democrático en detrimento de la participación ciudadana. Un concepto, el de competición electoral, forjado, a su vez, por una triada de subsunciones. Veamos cómo.

⁸ En ese sentido, la participación se arbitra como una de los pilares inescindibles de cualquier sistema democrático. Ahora bien, cómo se valore el alcance y funcionalidad de la participación son dos cuestiones que sirvan para definir ante qué sistema democrático nos encontramos. Nuestro máximo intérprete de la Norma Fundamental garantiza el reconocimiento y la tutela de la participación como vía seminal y de perduración del orden democrático:

“[...] Nuestro Tribunal Constitucional configura la participación «como un elemento básico de todo el sistema constitucional» (STC 31/1984, de 19 de febrero, F6), que es la forma de ejercitar la soberanía que «reside en el pueblo español» (STC 51/1984, de 25 de abril, F4”) y a la que «fue especialmente sensible nuestro constituyente» (STC 119/1993, de 17 de junio, F4)” (M. A. PRESNO LINERA, “¿Nos representan o no?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, num. 46, 2012, pág. 94).

Sin embargo, cabe realizar una matización al F4 de la STC 119/1993, de 17 de junio: a saber, ¿hacia qué forma de participación fue “especialmente sensible nuestro constituyente”? Tan sólo hay que retroceder hasta la *Ley para la Reforma Política de 1977* y el *Decreto-Ley de Medidas Electorales, de marzo de 1977*, respectivamente, para encontrar la respuesta. En consecuencia, la motivación de los fundamentos jurídicos de dicha sentencia es claramente circular.

⁹ A fecha de 3 de junio de 2015, en https://servicio.mir.es/nfrontal/webpartido_politico.html se puede obtener la cifra nada despreciable de 4612 inscripciones.

Primera subsunción.- Con la salvedad de otras vías participativas, son los partidos políticos los que otorgan carta de naturaleza a la participación política no sólo en esencia para el sistema sino también en jerarquía de vías, subordinado todas ellas a los intereses partidistas. Con otras palabras, el modelo schumpeteriano conduce a la partidocracia y, asimismo, nuestra democracia no puede ser sino partidocrática desde su misma gestación, como ejemplificadora de esa concepción minimalista del pluralismo político, gracias al adjetivo “*fundamental*”, sito en la primera proposición del artículo 6 CE. Que no haya democracia sin partidos, no implica que la democracia como sistema político se caracterice solamente por medio de los mismos¹⁰. Convocatorias electorales, partidos y representación política van de la mano de forma muy estrecha. Desde este prisma, la naturaleza de todo partido tiende a revelarse con una profunda orientación electoralista, pues son entidades concebidas para competir e inundar cual riada las instituciones y Poderes del Estado. En este sentido, sí es posible hablar de un “Estado para los partidos” como degeneración de la “democracia de partidos”¹¹.

Por todo ello, hay que tener presente que, normativamente, es cierto que el adjetivo “*fundamental*” conlleva que los partidos políticos no agoten el

¹⁰ El propio Tribunal Constitucional, en su zozobante doctrina, establece en su sentencia 5/1983, de 4 de febrero, FJ 4a:

“[...] los partidos políticos son instrumento fundamental para la participación política. Pero, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas.”

¹¹ La cartelización a la que se ha aludido en la nota número 4 es producto no sólo de la génesis de los partidos en nuestra democracia sino también de la colonización de la sociedad civil, de las distintas Administraciones Públicas y de las diferentes instituciones en las que ha venido descansando nuestra experiencia democrática. Como se afirma en “Partidos defectuosos. Élite mediocres” (en *La urna rota. La crisis institucional del modelo español*, Editorial Debate, Barcelona, 2014, p. 36):

“Según el modelo de cartelización, los partidos tienen una relación con el Estado basada en el control de los puestos de gobierno. Su finalidad no es tanto la implementación de programas como asegurarse de que disponen de más spoils o rentas para repartir entre los suyos. Para ello, los partidos suelen limitar la competición política, restringiendo la entrada de nuevos actores mediante barreras a la entrada a nuevos partidos. Dado su acceso privilegiado a las instituciones, los partidos se financian generosamente, primando en general a los ganadores de las elecciones. El hecho de que en España más del 80% de la financiación (conocida) de los partidos sea a través de fondos públicos apuntaría en esa dirección. Así las cosas, los partidos necesitan cada vez menos de los afiliados para su sostenimiento, con lo que se acelera su vaciado.”

ejercicio de las libertades individuales atinentes a los derechos políticos y que, en principio, ni siquiera las acaparen. Sin embargo, no deja de llamar poderosamente la atención el hecho de que, debido al lugar de preeminencia que ocupan en la redacción del texto constitucional, en su tratamiento por parte de nuestro Alto Tribunal se les desligue de la organización del Estado y sus Poderes, así como se afirme con contundencia que son ajenos al mismo diseño constitucional. Cuanto menos resulta llamativa dicha afirmación, ya que los Padres de la Constitución encarnaban sentimientos políticos e ideológicos dispares, que se encontraban conectados con partidos políticos en ciernes o ya existentes. Nuestro Poder Constituyente, formado por representantes de esas formaciones, diseñó un modelo constitucional por y para los partidos como actores hegemónicos de la vida política e institucional.

Segunda subsunción.- Se obtiene a partir de la presunción inalterable de que los partidos políticos “*concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular*”. En definitiva, los partidos monopolizan la representación política¹². Cualquier intento de salir de los estrechos confines delineados por los

¹² El monopolio se ejerce a través de dos prebendas. La primera consiste en que, si bien a las elecciones pueden concurrir federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores, tales sujetos políticos no se encuentran equiparados constitucionalmente ni formal ni materialmente a los partidos políticos, tal y como se establece en la STC 105/1991, de 13 de mayo, FJ 3:

“[...] la Sala para singularizar la denominación de dos candidaturas ante el riesgo de su confusión no configura un obstáculo para la concurrencia de las candidaturas controvertidas ante el electorado y, además, se funda en la aplicación de un criterio que puede calificarse como objetivo, de carácter general, establecido en una norma previa de rango legal, con una fundamentación razonable y que conduce a un resultado no desproporcionado, pues protege la identificación de los partidos políticos convenientemente inscritos, pero no excluye la proclamación de la otra candidatura una vez subsanada. La Sala no establece un «monopolio de acceso» a los cargos públicos en beneficio del partido político afectado, mediante la exclusión de la recurrente, sino que únicamente concede prioridad a la denominación de un partido político convenientemente inscrito en el Registro de Partidos Políticos, lo que le concede un derecho al uso de su designación y símbolos, en tanto que las coaliciones se constituyen para cada proceso electoral (o para varios procesos convocados en la misma fecha) y no sobreviven al mismo, debiendo comunicar la denominación elegida en cada ocasión a la Junta competente, la cual, en virtud del art. 44.2 en relación con el 46.4, ambos de la LOREG, podrá denegarla si coincide con la perteneciente o tradicionalmente usada por un partido político, a fin de no inducir a confusión al electorado.”

La segunda se refiere a la necesidad inexcusable de constituirse en partido político para influir en las instituciones, ya que la Iniciativa Legislativa Popular queda sometida a la voluntad de la representación en abstracto –una vez que se salva los estrechos márgenes de compe-

Padres del sistema será tildado de intentos desestabilizadores contra el mismo o de infantilismo y/o incultura política. Por tanto, la elección del lenguaje en las críticas hacia los detractores no es inocente, ya que se trata de forjar un imaginario colectivo funcional y defensivo que repela cualquier tipo de alteración.

Tercera subsunción.- Si se presta atención al tercer precepto inserto en el mencionado artículo, esto es, "*Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*"¹³, es obvio que los partidos no se han hecho acreedores de grandes méritos¹⁴. Las camarillas (las familias) se apoderan de los aparatos e imponen sus candidatos en listas cerradas y bloqueadas, según la estructura

tencia material- y el Referéndum queda en manos de quien ejerza las facultades de Presidente de Gobierno o de Comunidad Autónoma.

¹³ El imperativo constitucional que expresa la obligación de democratizar internamente a las formaciones políticas fue introducido en el artículo sexto de nuestra Carta Magna a resultas de la aprobación con fecha 19/01/1978 en la Comisión de Asuntos Constitucionales y de Libertades Públicas de la famosa enmienda 457 presentada al *Anteproyecto de Constitución* por parte del diputado del Grupo Mixto Raúl Morodo Leoncio. Sin duda alguna, habría que entender dicho imperativo como una especie de justa carga, al recibir del Estado cuantiosos fondos para cumplir las funciones que tienen encomendadas.

¹⁴ En 2004, vio la luz el título *Justicia electoral. Un nuevo modelo de elecciones para España*, en la colección de Pensamiento Político de la Editorial Almuzara, Córdoba. En él, los Catedráticos de Filosofía del Derecho Ramón Luis Soriano Díaz y Carlos Alarcón Cabrera refundían sus propuestas, publicadas dispersamente años atrás, en una exhaustiva batería de medidas y ejes rectores, cuya observancia ayudaría a paliar el serio déficit democrático de los partidos políticos a nivel interno (p. 13). Algunas ya han sido incluidas en la vigente *Ley de Partidos Políticos*, otras en las dos leyes estrellas del actual Gobierno de Mariano Rajoy contra la corrupción (v. gr, *Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos*, y la *Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*, ambas en BOE número 77, de 31 de marzo de 2015) sin menospreciar la transparencia y rendición de cuentas financieras por parte de las formaciones políticas, tras múltiples titubeos orientados a su exclusión de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (BOE número 295, de 10 de diciembre de 2013). No obstante, aún restan otras tantas sin eco legislativo:

"a) Composición y competencias de los órganos de representación y gobierno: competencias de más relevancia para la Asamblea General, robustecimiento de las competencias de los órganos ejecutivos colegiados en detrimento de las competencias del Secretario General o del Presidente del partido y existencia de órganos intermedios entre la Asamblea General y la Ejecutiva del partido.

b) Derecho y garantías de los militantes: derecho a elegir y a ser elegido para todos los cargos, derecho a la libertad de expresión como cualquier ciudadano y derecho constituir y formar parte de tendencias y corrientes dentro del partido.

de voto establecida en la LOREG, determinando cuál es la presentación al cuerpo electoral. Pero la democratización de los partidos políticos alcanza tal importancia y relevancia que se tiene que abordar desde un doble prisma: o sea, el que afecta a los afiliados y simpatizantes, y el que toca a los ciudadanos. Los primeros, realmente escasos, son los culpables y consentidores directos de estructuras tan oligárquicas en sus formaciones¹⁵; los segundos son quienes sufren las consecuencias de la ausencia de procesos democráticos y transparentes en los partidos, de manera que éstos seleccionen para la ciudadanía los candidatos más capaces y honestos. Y, ciertamente, afirmo con tristeza que, bajo este modelo, la honorabilidad, integridad, decencia y moralidad con dificultad son susceptibles de mera suposición en las formaciones

c) Procedimiento detallado de iniciativas y de toma de decisiones, respetándose con carácter general el principio mayoritario en las decisiones y dejando abierta la iniciativa a los militantes.

d) Elecciones de cargos desde las bases militantes, tanto de los cargos internos de los partidos como de los cargos públicos (de representación y gobierno).

e) Limitaciones en el ejercicio de los cargos públicos: plazo temporal e incompatibilidades.

f) Comisiones arbitrales en las que se garantice la independencia de los miembros, compuestas por militantes sin cargo interno o público, elegidos anualmente por mayoría cualificada de la Asamblea.

g) Transparencia financiera, rendición de cuentas periódica a la Asamblea y auditoría externa."

¹⁵ Una de las Sentencias de nuestro TC más ilustrativa, desde una consideración *stricta lege*, es la 56/1995, de 6 de marzo, en la que se plasma el deber-ser constitucional, entrando en contradicción abierta con la cotidianeidad de los partidos políticos en su vida interna. En su FJ 3a, se establece con meridiana claridad lo que quince años después forma parte de lo que se denomina "regeración democrática":

"El mandato constitucional conforme al cual la organización y funcionamiento de los partidos políticos debe responder a los principios democráticos constituye, en primer lugar, una carga impuesta a los propios partidos con la que se pretende asegurar el efectivo cumplimiento de las funciones que éstos tienen constitucional y legalmente encomendadas [...] Difícilmente pueden los partidos ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de una participación en la gestión y control del Estado que no se agota en los procesos electorales, si sus estructuras y su funcionamiento son autocráticos. Los actores privilegiados del juego democrático deben respetar en su vida interna unos principios estructurales y funcionales democráticos mínimos al objeto de que pueda «manifestarse la voluntad popular y materializarse la participación» en los órganos del Estado a los que esos partidos acceden (STC 75/1985).

La democracia interna se plasma, pues, en la exigencia de que los partidos políticos rijan su organización y su funcionamiento internos mediante reglas que permitan la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno [...] mediante el reconocimiento de unos derechos y atribuciones a los afiliados en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido."

políticas, ya que –parafraseando a Hobbes en *Leviatán* I.6– éstas han venido funcionando a resultas de auténticas maquinarias deshumanizadas en pos del poder descarnado, lo que reclama que la probidad de nuestros políticos tenga que ser sometida a un inflexible proceso de rendición de cuentas. Al no caber aplicación directa de la teoría del “como-si”, tampoco resulta ni coherente ni consistente, desde los respectivos puntos de vista teórico y jurídico, invocar el artículo 23 CE para legitimar y consolidar el acceso a la representación política, pues –por género y diferencia– el concepto “igualdad” inserto en dicho precepto constitucional se bifurca en “igualdad de oportunidades para la concurrencia a la función pública” y en la “discriminación basada en los méritos objetivos para detentar un puesto en cualquier Administración Pública”, para lo que es necesario acreditar conocimiento y preparación. Y, sobre todo, cuando es el contribuyente el que soporta como elector el coste económico de su decisión, así como el contribuyente como administrado es quien asume los costes salariales de los distintos empleados públicos que se ponen a su servicio a través de distintos mecanismos selectivos que han de respetar los principios de “igualdad, mérito y capacidad”.

Pues bien, el camino para ser demócratas está ahora despejado: *pluralismo político, partidocrático, mediador de la voluntad popular a través de listas cerradas y bloqueadas en competición por el poder, con la colaboración de los electores, sobre quienes se cierne la ficción de ser los titulares del poder político*. Circulación de élites con escasa o nula rendición de cuentas o *accountability*. El miedo a la *accountability vertical* es patente, mientras que se bloquea la *horizontal*. El Estado de Derecho, sus Poderes e instituciones, quedan en manos de los partidos, y más aún en un sistema parlamentario como el nuestro, donde el reparto por cuota de bancada también se predica como otra de las piedras angulares del edificio¹⁶. Rechazar esta especie de corolario lleva a tomar posición a favor de una doctrina fuertemente positivista, pues sus partidarios desde hace décadas advierten que siempre habrá en el Ordenamiento Jurídico mecanismos que impidan el manejo cuasi absoluto de los resortes del Estado por parte de los partidos. De asumir esa línea de análisis, da la impresión de que, por sentido común y corriendo el riesgo de no hilar con la suficiente exquisitez, muchos se habrían preocupado de manera muy seria y

¹⁶ El sistema de cupo o cuota es uno de los ejemplos más patentes de esa parasitación de las instituciones. Dos principios básicos del Estado de Derecho son conculcados: el de la división de poderes y el de la autonomía de los mismos. Un escenario que se reproduce igualmente en las Comunidades Autónomas.

concienzuda de desactivarlos, o bien de que únicamente operen *ad hoc*. ¿Qué otra alternativa cabe?

3.2. ¿El pueblo vota pero nunca elige?

Llegados hasta aquí, dos cuestiones merecen atención: una, ¿los partidos políticos “expresan” o *son expresión* del pluralismo político?; dos, ¿los partidos políticos “concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular” o únicamente concurren a la formación?¹⁷ Cuando muchos denuncian el inmenso empoderamiento consentido a los partidos políticos en nuestro país, suelen invocar en paralelo dos conceptos que tienen poco que ver entre sí, lo que añade más contrariedades al prescindir de la propiedad técnica que exige un terreno como el que se pisa. No hay que caer en el error de confundir el “Estado de partidos”¹⁸ de Gerhard Leibholz con la colonización y conquista del Estado y de la sociedad civil por parte de los partidos políticos, caracterizadas por el jurista italiano Giuseppe Marini en 1949 bajo la denominación de “*partitocrazia*”.

Sin embargo, aun cuando nuestro Alto Intérprete sentencie que los partidos no forman parte del Estado-aparato, sí me gustaría valerme de una archiconocida aseveración por parte del jurista germano que revela el funcionamiento de dichas formaciones: “*Se reúnen comisionados de partidos vinculados a las decisiones de éste, para dejar constancia de decisiones ya adoptadas en otros ámbitos (en comités y congresos de partido)*”. Una descripción tal del procedimiento arbitrado para la toma de decisiones puede ser esgrimida para delegar tanto “hacia arriba” como “hacia abajo”. Reconozco que ha sido extraída de la sistemática de una particular arquitectura filosófico-política, por lo que interpretación auténtica y objetiva del autor sería la conformación de la voluntad de un órgano superior de acuerdo a indefinidos mandantes, de manera que el Parlamento no fuese demediado por luchas tendenciosamen-

¹⁷ Ésas son inquietudes que ya vienen desde antiguo. Uno de los mejores textos que he tenido la oportunidad de consultar al respecto es A. RODRÍGUEZ, “El artículo 6 de la Constitución: los partidos políticos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, pp. 47-64.

¹⁸ EL Tribunal Constitucional quiere dejar claro desde los albores de su función interpretativa el papel auxiliar e instrumental que los partidos políticos tienen en nuestro sistema político. Así en STC 10/1983, de 21 de febrero, F3, establece:

“Los partidos políticos [...] no son órganos del Estado, por lo que el poder que ejercen sólo se legitima en virtud de la libre aceptación de los Estatutos y, en consecuencia, sólo puede ejercerse sobre quienes, en virtud de una opción personal y libre, forman parte del partido.”

te partidistas. Pero, desde un prisma estrictamente lingüístico, nos sirve para manifestar que no estamos hablando de nada nuevo en una democracia tan minimalista como la nuestra, con una inequívoca vocación jerárquica descendente. La etiología de los problemas que nos acucian es conocida desde antiguo y se han tratado de buscar soluciones, si bien con dispar suerte.

No obstante, principios cardinales del sistema, como –recuérdese– la cuota por razón de representación y la delegación “hacia abajo”, terminan germinando en un escenario en el que las élites anquilosadas y casi hereditarias de los distintos partidos confluyen en intereses comunes, practicándose la alternancia y no la alternativa. Lógicamente, los partidos no son sino un fiel reflejo de la arquitectura jurídico-institucional a la que funcionalmente sirven. Y no creo que desvirtúe el pensamiento de Leibholz al sostener que sus planteamientos, llevados a la práctica, arrojarán resultados no apetecidos por el espíritu original. Estoy de acuerdo con autores, como Klaus von Beyme, en que la oposición entre los partidos que se benefician del sistema es supuesta. Es cierto. Los cadáveres de los adversarios en las refriegas por el poder se habrán de concebir como un riesgo necesario y aceptado, pero no producto de colisión alguna de intereses sistémicos. Las filas de los partidos estarán engrosadas por legiones de fieles que combaten por recursos e influencia. Por unos recursos que no producen y por una influencia para la que, en gran medida, carecen de cualificación. La vida política se convierte en la cacería del adversario y no en la implementación de la vocación de servicio público en aras del interés general. La fidelidad a las élites partidistas se contempla como una prestación a cambio de la supervivencia.

Pero el alcance del artículo 6 de nuestra Constitución es mucho más amplio. La conexión entre “soberanía popular” y “voluntad popular” también cae en su radio de gravedad. ¿De qué forma? En el artículo 67.2 se prohíbe taxativamente el mandato imperativo, pues con anterioridad, en el artículo 1.2, nuestro Legislador Constituyente situó la titularidad de la soberanía en el pueblo español, e indicó en el artículo 66.1 que la representación de dicha soberanía habría de recaer en las Cortes Generales. ¿Cómo encaja aquí el artículo 6? Los partidos políticos, con su particular *modus operandi* interno y con su pragmatismo institucional, serían los mediadores entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía popular. Y digo bien, porque la voluntad popular no está consagrada ni contemplada como tal. La representación política en manos de un peculiar sistema de partidos, siendo estos cuerpos intermedios competidores en un mismo nicho, se desligará de la voluntad popular me-

dianter unas reglas electorales y/o de aritmética orgánica dinamitadoras del veredicto de las urnas¹⁹. ¿Tendrá razón James Petras cuando manifestó “El pueblo vota pero nunca elige”? Para acercarnos a una respuesta, retomemos las tres subsunciones.

Primera subsunción.- Al definirse los partidos políticos como “instrumento fundamental para la participación política”, excluyentes en la práctica de otras fórmulas de participación política efectiva, han acabado por imponer a través de la vía de los hechos el “imperativo partidista”, como plasmación directa de la partidocracia. La voluntad del partido en los órganos y sedes institucionales es la suma cero de la no-disidencia. Es decir, si los representantes no se hallan atados a sus electores de circunscripción, no cabe discrepancia de intereses entre los dueños de las actas. Por tanto, las preferencias de los votantes han de practicarse en torno a marcas y no a personas, ya que éstas son lo de menos²⁰. No obstante, se vislumbra una contradicción entre nuestra legislación electoral y la praxis institucional a este respecto. Si, de hecho, son los diputados y senadores los titulares de las actas al recibir mandato por circunscripción, no parece aceptable ni congruente que, tras desligarse su representación del ámbito territorial que la origina, no sea la marca la dueña de tales actas y los representantes meros poseedores por cesión temporal. Consecuentemente, podríamos hablar de una “representación difusa” y nunca “específica” a la hora de conformar la soberanía nacional, pues esta no sería otra cosa que un mero conjunto de cincuenta y dos voluntades populares agregadas en el caso español, mediadas por las reglas del sistema electoral y sus terribles barreras efectivas y psicológicas.

Segunda subsunción.- Al categorizarse a los partidos políticos como actores predilectos de la vida política, se restringe grandemente las probabilidades de éxito de otros actores menores u otros medios que la ley permite, y en virtud de convocatorias electorales de cierta naturaleza. Este monopolio de la repre-

¹⁹ Cuando menos, es del todo llamativo, pues se parte de la ficción de que la voluntad del representante se corresponde con la del representado. Si nos atenemos al devenir de los hechos comprobables, no habría de tomarse como una presunción *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, al constatarse cuantiosas pruebas en contrario.

²⁰ Desde un punto de vista sociológico y electoral, debería ser así. Pero todo se complica cuando el Tribunal Constitucional dicta una doctrina ampliamente cuestionable en sus ya mencionadas sentencias 5/1983, de 4 de febrero, y 10/1983, de 21 de febrero.

sentación implica un privilegio todavía mayor: la exclusividad de la voluntad política. Toda iniciativa de la sociedad pasa ineludiblemente por sus manos. Así, el referéndum y la iniciativa popular tan solo son concebidas como meros factores falsamente legitimadores de esa titularidad de la soberanía nacional –que es tanto como decir del poder político– de la que habla el artículo 1.2 CE.

Desde este punto de vista, cabe de sobra cuestionar el concepto de representación de la clásica democracia liberal, ya que las condiciones bajo las que se desarrolló la pristina representación política no se acompañan con las actuales. El Legislador no tiene por qué estar situado necesaria y excluyentemente en una sede institucional, o por lo menos no un Legislador omnisciente y omniabarcador. Esto es, ¿por qué ciertas materias importantes no habrían de ser competencia de lo que podría denominarse “legislador popular”, de tal manera que la voluntad popular tuviese cabida real y efectiva en el ámbito legislativo? ¿Por qué se le hurta al pueblo la facultad de decidir sobre cierto tipo de políticas que le afecta de pleno? En un mundo dominado por las tecnologías de la información y comunicación, en un mundo en red, no tiene sentido mantener una concepción de la representación tan decimonónica y vetusta. Si perseveramos en ella, sin duda asistiremos a una regeneración de la democracia liberal, pero no de la democracia que los nuevos tiempos y la toma de conciencia de una ciudadanía cada vez más exigente, activa y controladora demandan.

Tercera subsunción.- Al promoverse *ab initio* un abrumador empoderamiento de nuestros partidos políticos, y su posterior desarrollo legislativo, han florecido una serie de regalías sin las que hoy serían irreconocibles. La principal radica en que el Legislador optase por una estructura de voto en listas cerradas y bloqueadas. Son los aparatos los que deciden quiénes van a defender mejor los intereses de la marca y en qué prelación. Asimismo, la actual *Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos* recoge grandes principios y leves exigencias en su Capítulo II en cuanto a su funcionamiento, por lo que el margen de discrecionalidad que instituye es enorme. Esa estructura de voto ha generado a lo largo del tiempo un terrible problema que atraviesa, de forma muy particular, a la democracia española. Me estoy refiriendo al fenómeno que se conoce como “profesionalización de la política”. Pero distingamos dos hechos muy distintos: uno, los políticos deben ser altamente profesionales, lo cual implica una magnífica preparación y una productividad contrastable; y dos, el servicio público jamás debería contem-

plarse en virtud de un modo de vida que conduzca a la jubilación. Lo primero es más que deseable, mientras que lo segundo habría de proscribirse, ya que esa forma de hacer política que consiste en saltar de puesto en puesto y en recitar argumentarios y discursos preparados por una falange de asesores fieles desproporcionadamente remunerados, acaba por encarcelar a todo sistema democrático en las alforjas de un conjunto de desconsiderados que no se dignan a mirar atrás, dejando a su paso tan sólo tierra quemada. Por tanto, la limitación temporal tanto del número mandatos como de los años que una persona pueda estar en un cargo público es una exigencia totalmente imperiosa. Cualquier sujeto que entre en contienda política ha de retornar de forma irremediable, pasado algún tiempo, a la sociedad civil y vivir de su trabajo. Por ejemplo, ¿cuál es el índice de rotación de políticos en nuestro país, así como en los que nos rodean? Realmente, bastante escaso. Nos hemos acostumbrado durante muchos años a escuchar los mismos nombres y a ver las mismas caras en distintas poltronas, con un conocimiento de sus polifacéticas tareas y cometidos asombrosamente infuso.

Hasta aquí, si nos empeñamos en aferrarnos a una aproximación estrictamente jurídico-formal, los árboles no nos dejarán ver el bosque. El papel y función de los partidos políticos, a nivel sociológico, se ha ido sobredimensionando y adquiriendo tintes extraconstitucionales, más allá de la pululante y acomodaticia doctrina del Tribunal Constitucional. Pero es más: la propia LOREG ha contribuido decisivamente a ello.

4. EL ARTÍCULO 68 CE Y LA LOREG: ¿CÓMO SE CONQUISTA EL PODER?

Es una tentación a la que prácticamente es imposible no sucumbir, un canto de sirena nada despreciable comenzar este epígrafe con una celeberrima afirmación de Douglas W. Rae, considerado uno de los pioneros y fundadores de la ciencia de los sistemas electorales, en la que se identifica a todo sistema electoral con el “sheriff de Nottingham”, siempre dispuesto a quitar a los pobres para dar a los ricos²¹. La consecuencia es clara: los partidos

²¹ D. W. RAE, *The Political Consequences of Electoral Laws*, Yale University Press, New Haven and London, 1971, p. 86:

“[...] apt to steal from the poor and give to the rich: strong parties usually obtain more than their proportionate share of legislative seats while weak parties receive less than their proportionate share of seats. [...] And many weak parties get no seats in return for their vote totals, even under PR systems.”

mayoritarios, con más implantación territorial y penetración social disfrutaban de unos coeficientes de sobrerrepresentación que no se ajustan al porcentaje real de sufragios recibidos.

4.1. ¿Estabilidad o conveniencia?

Aquellos que alcanzan el poder y disfrutan de los privilegios que dimanaban de su ejercicio se tornan ostensiblemente conservadores. Es una constante histórica. Como norma general, la reforma electoral es un tema acuciante, candente y pretendida con denuedo su inclusión en la *agenda-setting* cuando se está en la oposición, o –peor aún– excluido de la alternancia, pero cuando se alcanza el poder, bien se la condena al sueño de los justos, bien se promueven reformas para consolidar ciertas ventajas. Por tanto, ¿qué razones podría blandir quien asciende a las tan ansiadas poltronas para cambiar las reglas de un juego electoral que le ha aupado hasta esa posición de tanta primacía? Realmente, ninguna. El caso español es muy claro desde el inicio de nuestro actual periodo democrático, pues no se trata de una cuestión de competidores sino de reglas. El *sheriff* cumple a la perfección su cometido, ya que las leyes electorales las elaboran mayorías parlamentarias y las mayorías parlamentarias se originan gracias a las leyes electorales.

A modo de hipótesis, imaginemos que se pudiera constatar una voluntad amplia para reformar nuestro sistema electoral. Habría que contemplar dos escenarios: uno de esencia jurídica y otro de naturaleza política. De un lado, los márgenes de los que dispone el Legislador no son muy amplios, ya que el artículo 68CE se hallaría seriamente afectado; de otro, los actores políticos más beneficiados deberían asumir un alto coste, y el “principio de utilidad” incita a pensar que declinarían tal posibilidad o, al menos, la dilatarían lo más posible en el tiempo. Atendiendo a cómo se ha venido modificando la LOREG, la vía seleccionada no ha sido otra que la de obviar entrar decididamente en terreno pantanoso tanto en el ámbito legislativo como en el político, procediendo a alteraciones de rango menor.²² Si se hubiera querido abordar la problemática electoral, hace tiempo que se hubiera hecho. Echemos una mirada retrospectiva. El Partido Socialista Obrero Español tuvo en sus manos, después de su apabullante victoria en 1982, modificar sustancialmente el *Real-Decreto Ley de elecciones de 1977*, y no lo hizo, pues

²² Esto es ya algo analizado *in extenso* en mi trabajo *Calidad y democracia. Del sistema electoral a la rendición de cuentas*, Técnos, Madrid, 2012.

dando un golpe de péndulo reorientó su discurso con respecto a cuando era oposición en los gobiernos de Unión de Centro Democrático. ¿Y qué decir del Partido Popular? Los tres partidos que han formado Gobierno en nuestra democracia han evaluado muy positivamente para sus intereses un sistema electoral que les ha proporcionado pingües beneficios.

Los datos históricos son incontrovertibles y nos llevan a la conclusión de que el reparto entre actores no debe ser amplio, y más todavía cuando atractivas subvenciones públicas están en juego. Esto es, sistema electoral, leyes electorales y financiación de partidos se encuentran ligados por una soldadura muy sólida en un escenario como el español, en el que sería posible generar un modelo de sistema de partidos que obligaría a la fusión de formaciones a medio plazo para asegurar la subsistencia de opciones en la contienda política. Se podría aventurar, así, una correlación proporcional entre el grado de fragmentación y las fuerzas centrípetas que se desatarán. Y creo que tendrá una pronta convalidación empírica a causa, sobre todo, de los recortes en las partidas presupuestarias destinadas a la financiación. ¿Menos dinero y más actores? Si tomamos el sistema de partidos como variable dependiente, seremos capaces de observar que su configuración no sólo dependerá del comportamiento electoral sino también de sus fuentes de financiación. En un contexto como el que se describe, el apoyo privado se tornará imprescindible y cada vez irá tomando un mayor auge si la financiación pública, como variable independiente, prosigue con su tendencia o permanece estable. Así pues, no cabe más remedio que los escasos ingresos por afiliación tengan que ser compensados por medio de otras vías: los Presupuestos Generales del Estado y negocios privados.

Al observarse una retroalimentación entre los tres elementos más arriba señalados, la consecuencia más directa es que cuando se opta por evaluar las reglas electorales, es decir, la arquitectura electoral, se tiene que tener en cuenta cómo impactan tanto sobre el entramado institucional como en el futuro sistema de partidos. Una aporía queda en el aire: el aumento de actores producto del pluralismo social conlleva un reparto más atomizado de los recursos del erario público. Por ende, imperativos democráticos colisionarán con imperativos electorales a nivel sistémico. La LOREG opta por los segundos en aras de una mayor funcionalidad y operatividad institucional, con lo que gobierno y/o parlamentos constituidos legítimamente podrían definirse como un acumulado final y minimalista de intereses plurales (eso sí, reducidos a una expresión puramente orgánica y procedimental).

4.2. La LOREG y el pluralismo como valor supremo del ordenamiento jurídico

Por tanto, el pluralismo, como uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico, aunque esté consagrado en el art. 1 CE, no tiene por qué implicar una representación plural. Esto es, no cabe fusionar en sinonimia los conceptos “pluralismo” y “pluralidad”. De hecho, lo que por un lado facilita la LOREG en términos de derecho electoral, lo resta de forma muy amplia en lo referente a las reglas electorales pragmáticamente establecidas. Es más, como actores más que privilegiados que *“concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular”*, los partidos políticos sufren una alteración sustancial en el rol que les concede el diseño constitucional. ¿Cómo? Al reducirse el pluralismo como valor a la pluralidad como resultado de la aplicación de un conjunto de mecanismos electorales, la voluntad popular, en su ámbito de manifestación, se encuentra inexorablemente sometida a las posibilidades de formación de la misma, que quedan en manos de las formaciones con más capacidad de penetración en el cuerpo electoral mediante el dominio y/o hegemonía de diversos tipos de vías e instrumentos.

Dicho de otra forma mucho más sencilla, aquellas formaciones que disponen de recursos más amplios son las que están en condiciones de disfrutar de las ventajas del poder durante bastante más tiempo, circunscribiendo el pluralismo político a una alternancia de marcas cartelizadas. La consecuencia se visualiza con enorme prontitud: si la LOREG, y los Decretos que la precedieron, fueron concebidos para restringir la contienda electoral y si en España los partidos políticos necesitan de manera desesperada las subvenciones públicas para sobrevivir (y éstas por sí solas se muestran parcas para la demanda de fondos que exigen formaciones con una extensa y/o intensa implantación territorial), entonces el precio a pagar por llegar y mantenerse en el poder tendría que ser transitar por el filo de la navaja, o bien pactar con otros terceros actores. Si esto llegase a ocurrir, ¿dónde queda el interés general? Los casos que hoy saltan a la luz y que nos sonrojan no son más que consecuencias anticipadas del marco legal establecido, ya que al excudriñar el devenir histórico de los sistemas consagrados tanto por la LOREG como por las distintas leyes electorales autonómicas se extrae con facilidad la impronta de que incorporan más incentivos para la transgresión que estímulos disuasorios frente a la estricta legalidad²³. ¿Se ha generado un marco crimínogeno?

²³ Vid. Los interesantes trabajos de Jana Kunicova y Susan Rose-Ackerman, “Electoral Rules as Constraints on Corruption: The Risks of Closed-List Proportional Representation”, *Leitner Program Working Papers*, Yale University, 2001 (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download>).

Aún así, y sin perder de vista lo dicho, la prudencia debe primar sobre el ímpetu a la hora de plantear reformas y de llevarlas a cabo. En términos más laxos, ¿cuántos actores van a resultar agraciados y cómo se verá afectado el funcionamiento de las instituciones? El porqué resulta más que evidente: conceder justicia a la representación política es algo muy diferente al principio de gobernabilidad. De nada sirve diseñar un sistema electoral que asegure una representación muy proporcional de las fuerzas políticas en contienda si se dibuja en escenario políticamente insostenible²⁴. Una y otra vez, bajo esa dinámica, los mandatos no se agotarían y sería prácticamente inviable el ejercicio del gobierno. Por ello, cabría incluso cuestionar, desde la óptica del propio Tribunal Constitucional, la constitucionalidad de un sistema electoral que elevase en exceso la proporcionalidad, dificultando y/o impidiendo la gobernabilidad²⁵. La “legitimidad de la representación” se debate en un equilibrio inestable entre cómo plasmar la pluralidad social en la bancada parlamentaria y la formación de ejecutivos estables capaces de gobernar. En escenarios bastante atomizados, es posible vaticinar que se alimentaría la lucha partidista sobre el interés general por hacer primar la “proporcionalidad en abstracto”²⁶. Precisemos esto último. La lucha partidista en una demo-

load? doi=10.1.1.24.5821&rep=rep1&type=pdf); Torsten Persson, Guido Tabellini y Francesco Trebbi, “Electoral Rules and Corruption”, *Journal of the European Economic Association* 1, 4, 2003, pp. 960-980; y Chang, Eric y Miriam Golden, “Electoral Systems, District Magnitude and Corruption”, *British Journal of Political Science*, vol. 37, num. 1, 2006, pp.115-137, que analizan cómo la presencia de incentivos o de estímulos disuasorios correlacionan los distintos modelos de sistemas electorales con la corrupción política.

²⁴ Esta es una circunstancia que nuestro Tribunal Constitucional ha defendido prácticamente desde sus inicios una postura que podría denominarse “doctrina de la razonabilidad”. Así en la STC 16/1984, de 6 de febrero, MP: Manuel Díez de Velasco, FJ 6, se advierte:

“Junto al principio de legitimidad democrática de acuerdo con el cual todos los poderes emanan del pueblo –art. 1.2 de la C.E.– y la forma parlamentaria de gobierno, nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de esta forma que, entre otros objetivos, trata de impedir las crisis gubernamentales prolongadas.”

²⁵ En la misma dirección, podemos invocar el ATC 240/2008, de 22 de julio, FJ 2, con remisión a STC 75/1995, de 17 de mayo, FJ 5, MP Rafael Mendizábal Allende:

“El mandato de proporcionalidad puede, pues, ser legítimamente conjugado con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos.”

²⁶ Vid. STC 75/1985, de 21 de junio, MP Ángel Escudero del Corral, FJ 5:

“La proporcionalidad es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre mediante su puesta en práctica quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concepción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa ‘pureza’ de la proporcionalidad abstractamente considerada.”

cracia electoral siempre existe, pero la degeneración de la misma en la tosca e impúdica búsqueda del poder concita que el interés general y la vocación de servicio público se supediten a los intereses de las distintas formaciones en liza. En el más benigno de los supuestos, se conciliaría la supervivencia de las formaciones con sus ingentes redes clientelares, su verdadero “interés general”. Pero aunque el sentido común más elemental nos conduce hacia una réplica teñida de rechazo, la realidad de los hechos apunta a inicuas servidumbres.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: LLUEVE SOBRE MOJADO

Teniendo presente el marco analizado, la pregunta que podemos hacernos es la de si estamos condenados a repetir una y otra vez la lógica del mismo error. Obviamente, sí. ¿Y por qué se puede asegurar esto con toda rotundidad? Tan sólo tenemos que recurrir a los informes de la *OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights* para pasar con enorme rapidez de la sospecha a la incuestionable certeza. Veamos cómo.

Partiré del hecho de que la imagen que un Estado tiene en el exterior, sobre todo entre los miembros del selecto club de la OCDE, en torno a cómo celebra sus convocatorias electorales, y con especial énfasis aquellas en las que se dirime el futuro Gobierno del país, se torna un indicador imprescindible para evaluar la salud de su sistema político (y que contribuyen decisivamente a su “marca”). Las democracias más consolidadas también se someten voluntariamente a la visita de observadores internacionales, una tarea encomendada a la OSCE/ODIHR, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 8 de la declaración conocida como “*Documento de Copenhague*”²⁷. Cada equipo ha de emitir un Informe acerca de la elección objeto de la misión. España, desde 2004, año del primer informe disponible, no es hoy día una excepción a dicho compromiso.

Si rastreamos lugares comunes a través de los distintos Informes sobre las elecciones generales españolas desde entonces, tendremos la oportunidad de localizar qué recomendaciones han venido siendo sugeridas por los observadores y cuáles han sido asumidas por las autoridades españolas en el tiempo para eliminar o minimizar los problemas que se pudiesen haber detectado.

²⁷ <http://www.osce.org/odihr/elections/14304?download=true>

Bien, en primer lugar advertir que la OSCE sólo dispone, en los instantes de la redacción de este trabajo, de tres informes sobre el Reino de España, correspondientes a los comicios de 2004, 2008 y 2011. Sin embargo, ya en 1990 nuestro país aceptó y se adhirió a las conclusiones del grupo de trabajo del Consejo de Seguridad y Cooperación en Europa, celebrado en Copenhague del 2 al 29 de Junio. Es interesante que los lectores recurran al arriba mencionado *Documento de Copenhague* para comprender por qué los observadores de la OSCE insisten una y otra vez en aspectos que ya deberían estar superados, pues explícitamente nuestros representantes en aquella conferencia internacional los aceptaron. Bien es cierto que la implementación no tenía que ser inmediata, aunque de esto hace ya más de dos décadas. Quizá no se “haya encontrado el momento oportuno” en todo este tiempo. Pero es la esencia jurídica de dicha declaración la que impera, por lo que los observadores únicamente pueden acreditar o no a la adecuación de los procesos electorales a los principios del texto citado. Por esa razón, las fórmulas de expresión elegidas por los observadores, aun dejando al descubierto y señalando las fallas de nuestro sistema electoral, no pueden adquirir el nivel de denuncia sino simplemente el de consejo y el de invitación.

Sin embargo, se observa la remisión continuada al *Documento de Copenhague* como referente político a satisfacer. Justamente es el impacto en el reparto de escaños, en virtud del grado de desproporcionalidad observable o *malapportionment*, la circunstancia más destacada que se pone de manifiesto, la cual hace incumplir parte del articulado del Documento suscrito hace ya veinticuatro años, y que incide sobremanera en el artículo 68 de nuestra Carta Magna a la hora de interpretar qué se ha de entender por “voto igual”, esto es, igualdad en el voto (*equal voting rights*) o mismo valor de cada voto (*equal voting power*). Y no es una distinción baladí, ya que la primera acepción apela a la dimensión jurídica del estatus del votante, mientras que la segunda a su equivalencia cuantitativa. En otras palabras, aunque sea in cuestionable el reconocimiento y garantías del derecho de sufragio, otra cosa muy distinta es la incidencia de cada voto tomado aisladamente a la hora de constituir representación²⁸. Ahora bien, de acuerdo con el art. 68.2 CE y

²⁸ Ahondando en la vía de la razonabilidad, vid. STC 19/2011, de 3 de marzo, FJ 7, MP: Elisa Pérez Vera, en la que se reafirma de nuevo la doctrina más clásica de nuestro Alto Intérprete:

“Así pues, resulta claramente insuficiente la mera denuncia de la sobrerrepresentación de las circunscripciones con menor población y la infrarrepresentación de las circunscripciones con mayor población en la distribución de escaños entre las circuns-

con el art. 161.1 de la LOREG, en los que se consagra a la provincia como circunscripción, no sería difícil zanjar esta polémica en virtud de la libertad de residencia de cada elector, que tendría que asumir un coste de oportunidad en términos electorales.

¿Qué dicen los Informes? Reproduzco literalmente:

14 de marzo, 2004²⁹.- *"While it is quite reasonable for an electoral system to be based on provincial boundaries and therefore to have slight variations in the weight of each vote, the discrepancy in the value of each vote for elections to the Chamber of Deputies is unusually large and raises an issue of the equality of the vote. This is especially true since the constitution stipulates that deputies should be elected by equal suffrage [...] The authorities may wish to evaluate whether the current distribution of seats in the Chamber of Deputies meets the constitutional stipulation and international standards on the equality of votes.*

The electoral system works to the advantage of large parties and regionally-based parties. The electoral system has had the intended effect of enhancing stability in the Chamber of Deputies by assuring dominance by large national parties. A possibly unintended result of system is that small, regionally-based parties often control the balance of power in the Chamber and therefore may wield power far out of proportion to the population they represent".

9 de marzo, 2008³⁰.- *"The system used for the election of the Chamber of Deputies is designed to balance stability and inclusiveness in a relatively complex, decentralized state. It gives an advantage to parties which obtain strong support at the State level, as well as to parties with support concentrated in provinces and regions, as it provides such parties with shares of seats in the Chamber of Deputies that could exceed their respective share of the vote nationally. However, the system can have the reverse effect on political parties whose support is more limited and dispersed across the territory of Spain, as these may not obtain seats in proportion to their overall vote tally."*

20 de noviembre, 2011³¹.- *"Within each constituency, seats are allocated proportionally to the votes cast for the respective lists using the method of*

cripciones electorales para estimar que esa desviación de la proporcionalidad es en sí misma inadmisibles desde una perspectiva constitucional o para afirmar que traspasa los límites de lo constitucionalmente tolerable."

²⁹ <http://www.osce.org/odihr/elections/spain/3102>, págs. 3-4.

³⁰ <http://www.osce.org/es/odihr/elections/88488>, pág.7.

³¹ <http://www.osce.org/odihr/elections/Spain/88222?download=true>, pág.7.

the largest quotients. This ensures proportionality between eligible lists province-wide. In this context, the electoral system for the Chamber of Deputies generally stimulates parties of considerable influence state-wide and province-based parties.

Some parties of moderate influence state-wide to date expressed concerns that the current electoral system provides regionally based parties with a disproportionately high number of seats. In general, any electoral system in line with international standards for democratic elections would be based on a broad agreement, but not necessarily a consensus, with regard to the specific balance between inclusiveness of opinions and stability of government."

Más allá del toque de atención que suponen estos Informes, todo se ha evidenciado en nuestro país desde antes de 2004. ¿Y qué decir de la reciente convocatoria prenavideña de 2015? Permítame el lector que me tome la licencia que al alberga la expresión francesa *Déjà vu*. Una simple repetición. Entonces, la eterna cuestión reside en conocer por qué no se ha puesto solución a una anomalía tan conocida, cuando el artículo 7.3 del Documento de Copenhague señala expresamente:

"In order to strengthen respect for, and enjoyment of, human rights and fundamental freedoms, to develop human contacts and to resolve issues of a related humanitarian character, the participating States agree on the following:

[...] (7) To ensure that the will of the people serves as the basis of the authority of government, the participating States will

(7.3) – guarantee universal and equal suffrage to adult citizens".

Pero dejando de lado respuestas demasiado fáciles, podemos constatar, desde un punto de vista documental y a efectos probatorios, una redundancia continua de tópicos en los diversos Informes consultados, que acaban en un mismo punto de desenlace: todas las fallas del sistema electoral español lesionan el principio de la igualdad de voto, entrando en contradicción flagrante con la materialidad expresada en el arriba expuesto artículo 7.3. Desde un punto de vista más politológico, parece que precisamos de un *sheriff* menos desigualitario, con menos "efecto varianza", pero desde la óptica jurídica, como ya se ha tenido la oportunidad de comprobar, la desproporcionalidad por sí misma no es causa de inconstitucionalidad. Dicha circunstancia demanda una interpretación mucho más pormenorizada y consistente del imperativo de "voto igual" por parte de nuestro

Tribunal Constitucional³² o, en su defecto, la corrección pertinente desde el Legislador.

En suma, y como cierre a estas páginas, es innegable el hecho de que por todos son más que conocidas las debilidades que han de atenderse. Sin embargo, la voluntad de solucionarlas con intención decidida es más que dudosa. Quizá el momento verdaderamente propicio sea el coincidente con la previsible reforma del modelo territorial del Estado para evitar ahondar en las fallas electorales que, hoy por hoy, son insufribles de sostener técnicamente y aún más de justificar como promocionadoras de derechos y valores constitutivos de nuestra democracia.

JUAN JESÚS MORA MOLINA
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

³² Ahora bien, no es posible recurrir al Alto Tribunal con la finalidad de solicitarle su opinión cualificada en términos de *lege ferenda*. Vid. STC 12/2008, de 29 de enero, MP Elisa Pérez Vera, FJ 8:

"[...] no corresponde a este Tribunal efectuar pronunciamientos preventivos sobre legislaciones hipotéticas [...]".

LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE DERECHOS HUMANOS PARA LOS NIÑOS, CON O SIN DISCAPACIDAD*

THE CONSTRUCTION OF A HUMAN RIGHTS MODEL FOR CHILDREN,
WITH OR WITHOUT DISABILITIES

IGNACIO CAMPOY CERVERA
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 13-2-17
Fecha de aceptación: 30-3-17

Resumen: *En este artículo se expone por qué los modelos actuales del proteccionismo “renovado”, que consagró la Convención sobre los Derechos del Niño, y social de la discapacidad, que consagró la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, si bien han supuesto un enorme avance en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, en general, y de los derechos de los niños con discapacidad, en particular, resultan finalmente inadecuados conforme al actual modelo de los derechos humanos. Y en esa línea, también se apunta cómo habría que entender un sistema de reconocimiento y protección de los de-*

* Para la elaboración de este trabajo fueron muy importantes el Proyecto Consolidar-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”, CSD2008-00007, y el Proyecto de Investigación “Los derechos de los niños con discapacidades”, dentro del Programa de “Estancias de movilidad de profesores e investigadores sénior en centros extranjeros de enseñanza superior e investigación excepcionalmente españoles, incluido el programa “Salador de Madariaga”, 2010-2011, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, referencia PR2010-0112, gracias al cual pude realizar una estancia de investigación en el Centre for Disability Law and Policy -National University of Ireland Galway- y beneficiarme de las sabias enseñanzas del Director del Centro, el profesor Gerard Quinn. En dicha estancia impartí la conferencia “Rethinking the Concept of “Best Interests” of Children, a radical by-product of the UN Disability Convention”, origen remoto de este artículo y que en una primera versión se dejó ese año 2010 para una posible publicación dirigida desde el Centre for Disability Law and Policy. Por otra parte, agradezco los valiosos comentarios que los dos evaluadores externos realizaron en sus respectivos informes anónimos conforme al proceso de publicación de este artículo en la Revista *Derechos y Libertades*.

rechos de los niños, con o sin discapacidad, que resultase satisfactorio conforme al actual modelo de los derechos humanos.

Abstract: *This article explains why the current models of “renewed” protectionism, which enshrined the Convention on the Rights of the Child, and social, which enshrined the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, although has been a great advance in the recognition and protection of the rights of children, in general, and the rights of children with disabilities, in particular, are, finally, inconsistent with the current model of human rights. And in that line, it is also pointed out how must be understood a system of recognition and protection of the rights of children, with or without disabilities, that would be consistent with the current model of human rights.*

Palabras clave: derechos de los niños, niños con discapacidad, derechos humanos.
Keywords: children’s rights, children with disabilities, human rights.

INTRODUCCIÓN

En nuestras actuales sociedades podemos identificar ciertos grupos de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Las personas que pertenecen a estos grupos, por poseer ciertas características personales que conforman las señas de identidad del grupo, se sitúan, debido a la existente estructura política, jurídica y social, en una situación de marginación o exclusión social, de desventaja respecto al resto de los actores sociales para poder participar eficazmente en las relaciones sociales, para poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y, por consiguiente, para poder conseguir con las mismas posibilidades de éxito la realización de sus planes de vida, y, así, el libre desarrollo de sus propias personalidades, que es lo que ha de garantizar, precisamente, un adecuado sistema de reconocimiento y protección de derechos humanos. En este sentido, se entiende que los derechos humanos son los instrumentos político jurídicos idóneos para que el mayor número de personas posible pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución y, con ello, alcanzar el máximo desarrollo posible de sus diferentes personalidades¹.

¹ Vid. la justificación de esta idea en I. CAMPOY CERVERA, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXI, 2004, recientemente traducido al inglés en una nueva versión en I. CAMPOY CERVERA, “A review of the idea of human dignity and the values of freedom, equality and solidarity in relation to

Los niños con discapacidad se encuentran en esa situación de marginación social en nuestras actuales sociedades; en las que, cuando menos, sufren una doble marginación: en cuanto niños y en cuanto personas con discapacidad².

La solución respecto a esa situación de marginación social pasa, pues, por ser capaces de estructurar y hacer efectivo un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, conforme al modelo de los derechos humanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este trabajo pretendo dar pautas para ello.

Con ese fin, en el primer apartado analizo brevemente los dos modelos actualmente vigentes: el proteccionismo “renovado”, respecto de los niños, y el modelo social de la discapacidad, respecto de las personas con discapacidad. Para ello, primero explico que ambos modelos surgieron ante la necesidad de superar los modelos anteriores: el proteccionismo “tradicional” –respecto a los niños– y el modelo médico de la discapacidad –respecto a las

the foundation of rights”, en R. DE ASÍS ROIG y F. J. ANSUÁTEGUI ROIG (dirs.), *Essays on Human Rights*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 117-139.

² En todo caso, es claro que otras condiciones personales, culturales, económicas o sociales que afecten al niño con discapacidad pueden ser tenidas en cuenta para realizar otras discriminaciones, que serán otras tantas fuentes de marginación, y, así, hacer más profunda su marginación social real. Así, la discriminación respecto al sexo femenino supone que a las niñas con discapacidad les afectan tres fuentes de marginación social, y la discriminación por razón de religión supone que a las niñas con discapacidad pertenecientes a una religión discriminada en una sociedad les afectan cuatro fuentes diferentes de marginación social, etc. Además, hay que tener en cuenta que, como señala Palacios, “...de esa combinación de factores, se genera una nueva condición, distinta de los [sic] anteriores y más compleja que su simple sumatoria” (A. PALACIOS, “Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad”, en S. E. FERNÁNDEZ (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 2936).

En este sentido, es claro que no ignoro la especial situación de marginación social que afecta en nuestras sociedades a las niñas y, por consiguiente, a las niñas con discapacidad, pero su especificación no forma parte de este trabajo, pues en él pretendo tratar la cuestión genérica de los derechos de los niños a partir de su relación con los derechos de las personas con discapacidad y, por consiguiente, de los niños con discapacidad; por lo que utilizo los términos niño y niños como términos neutros, con los que aludo, pues, tanto al sexo femenino como al masculino.

En todo caso, un análisis de los principales problemas que afectan a los niños y las niñas con discapacidad en la sociedad española actual (aunque, en realidad, son problemas que afectan de una manera u otra a todas las sociedades contemporáneas) lo realizo en I. CAMPOY CERVERA, *Estudio sobre la situación de los niños y las niñas con discapacidad en España*, UNICEF Comité Español, Huygens Editorial, Madrid, 2013.

personas con discapacidad–; y después, a través de un análisis centrado en los dos principios básicos de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN): la protección del interés superior del niño y la protección de la participación del niño en la toma de decisiones sobre todos los asuntos que le afecten, expongo la unión que puede realizarse entre los dos modelos actuales, así como señalo el importante avance que han supuesto para el reconocimiento y protección efectivos de los derechos de los niños, con y sin discapacidad. No obstante, también justifico la necesidad de superar ambos modelos, pues conforme a ellos se sigue permitiendo la práctica de un paternalismo injustificado, que puede afectar al libre desarrollo de las personalidades de los niños.

Y en el segundo apartado expongo las principales consideraciones que entiendo que han de ser tenidas en cuenta a la hora de articular un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que sea conforme con el modelo de los derechos humanos y el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, expongo como dichas consideraciones encuentran su respaldo en la interpretación que habría que hacer de los dos principios básicos de la CDN, en una línea de continuidad con la que viene apuntando el Comité de los Derechos del Niño y a la que, en todo caso, obliga el nuevo paradigma del modelo de derechos humanos que para las personas con discapacidad abrió la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD).

1. EL PROTECCIONISMO “RENOVADO” Y EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

1.1. La superación de los modelos del proteccionismo “tradicional” y médico de la discapacidad

Nuestro actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos responde a una superación de dos modelos: el del proteccionismo “tradicional”, respecto a los niños, y el médico, respecto a las personas con discapacidad³. Modelos que, siempre teniendo en cuenta lo complicado que supone esta-

³ Para un estudio en profundidad de los modelos de los derechos de los niños a los que me refiero en este artículo (así como del modelo anterior al proteccionismo “tradicional”), puede verse I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006; en concreto, el análisis del modelo pro-

blecer fechas concretas de inicio y final de movimientos culturales, políticos y jurídicos tan amplios y complejos, puede entenderse que tuvieron una vigencia predominante desde el siglo XVII –el proteccionismo– y desde principios del siglo XX –el médico– hasta los años 60 y 70 del siglo XX. En esas décadas del siglo XX, fundamentalmente en las sociedades anglosajonas, ambos modelos fueron criticados de una forma abierta y empezaron a ser superados, para lo que resultó decisiva la posterior aprobación de las respectivas Convenciones de la ONU: la CDN (1989) y la CDPD (2006).

El modelo proteccionista está basado en una concepción del niño conforme a la cual se le considera como un ser indefenso, imperfecto e incapaz. En este sentido, se entiende que esas características son consustanciales a todo ser humano durante el tiempo que dura su formación como persona independiente; es decir, hasta que la persona alcance su madurez con la edad adulta. Es, pues, esa madurez adulta la que se entiende que ha de permitir a la persona ser capaz de valerse por sí misma en la sociedad y desarrollar una vida autónoma y plena. Mientras tanto se hace necesario proteger al niño, tanto frente a las posibles acciones de terceras personas como frente a las suyas propias.

Desde el proteccionismo “tradicional” se entiende que, dadas esas incapacidades consustanciales a la edad, las medidas que se han de adoptar para proteger al niño las debe de adoptar la persona capacitada para ello sin necesidad de atender a los deseos u opiniones que el niño pudiera manifestar. Y en este sentido, se entiende que son los propios padres, en principio, las personas idóneas para ejercer esa protección y, así, quienes en primera y decisiva instancia han de tomar las decisiones sobre la vida del niño, sin necesidad de contar con su participación para ello⁴.

teccionista, que abarca tanto este proteccionismo que denomino “tradicional” como el que denomino “renovado”, lo realizo en el capítulo III, pp. 421-600.

Y respecto a los modelos de los derechos de las personas con discapacidad, puede verse el excelente libro A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008.

⁴ Un planteamiento que ya podemos ver en el pensamiento de Locke, a quien podemos considerar como el principal antecedente de este sistema de protección de los niños. Vid. un pasaje muy significativo respecto a todas estas ideas, en J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1998, § 58, pp. 172-173. Al análisis de los planteamientos de Locke como antecedentes del modelo proteccionista dedico el capítulo II del libro ya citado I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit., pp. 275-420.

Conforme a esos planteamientos, también se construirá la idea, que finalmente se convertirá en la pieza clave de justificación del modelo proteccionista, de que con las medidas adoptadas para conseguir esa protección se ha de estar siempre actuando para conseguir realizar lo mejor para el niño, su mejor interés. Aunque, en realidad, la protección del interés del niño sin necesidad de atender a sus deseos y opiniones haría que fuese la voluntad de terceros, principalmente la de los padres, la que dirigiese completamente, conforme a sus propios deseos y opiniones, la vida del niño. Y así, pese a lo expresamente manifestado, el interés del niño siempre podía (y solía) quedar relegado, incluso sacrificado, frente a los otros posibles intereses en conflicto, como podían ser los del poder político o, principalmente, los de sus propios padres.

Por su parte, desde el modelo médico se concibe a las personas con discapacidad (o “minusválidos”, como se les solía denominar conforme a este modelo) como personas enfermas, también de alguna manera imperfectas e incapaces, que sufren su situación debido a sus problemas físicos, sensoriales o mentales, por lo que deben superar sus carencias y deficiencias a fin de adaptarse lo mejor posible a la sociedad existente, para lo que se les ofrece el adecuado tratamiento médico o, en su caso, las debidas prestaciones económicas o sociales, que en algunas ocasiones llegan a ser entendidas casi como beneficencia⁵.

Como es fácil concluir, ambas concepciones casaban bien para la concepción del niño con discapacidad como persona imperfecta, indefensa e incapaz, que sufre una enfermedad y que ha de ser objeto de una especial y constante protección proveniente de terceras personas, de sus padres principalmente. Y de esta manera, se producía una mayor subestimación de las auténticas capacidades del niño con discapacidad y un trato diferente del proporcionado a otros niños.

Conforme a estos modelos, se reconocía al niño, con o sin discapacidad, como titular de derechos, pero no de todos, y no se le reconocía capacidad de obrar, capacidad de ejercitarlos libremente. Se procuraba resaltar la necesidad de ejercitar los derechos en beneficio del niño, con o sin discapacidad, pero sin ninguna participación del mismo en ese ejercicio, sin que sus deseos u opiniones fuesen tomados siquiera en consideración. Se entendía que las medidas que se habían de adoptar respecto al niño se habían de centrar en su formación y, en su caso, en su rehabilitación, conforme al ideal que se tenía del niño y del adulto. Por consiguiente, se estimaba que había que articular

⁵ Un ejemplo en este sentido lo podemos encontrar en la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos*, especialmente en los artículos 7.1 y 18.1.

un sistema que permitiese la adopción constante de medidas de protección y paternalistas, con las que, además de impedir el perjuicio a terceros y por terceros, también se protegiese a los niños de sí mismos, de sus propias actuaciones inconscientes; manteniéndose, así, un paternalismo constante, injustificado, ilegítimo y dañino para los niños, con o sin discapacidad⁶. Aunque es necesario resaltar que los niños con discapacidad, debido a la mayor subestimación de sus capacidades y a que se entendía que adolecían de una mayor imperfección –conforme al ideal que se proponía de perfección–, estaban más indefensos y necesitaban una especial protección; lo que se traducía en que debían recibir una especial asistencia médica, una educación especial o un trato especial en una institución habilitada al efecto; y así, se producía una mayor limitación de sus derechos y su mayor discriminación y marginación social, con la ausencia de una igualdad real de condiciones, respecto del resto de niños, en la consecución de sus propios planes de vida, del libre desarrollo de sus propias personalidades.

1.2. La construcción de los modelos del proteccionismo “renovado” y social de la discapacidad

Como antes apuntaba, será a partir de las décadas de los años 60 y 70 del siglo pasado que los modelos del proteccionismo “tradicional” y médico

⁶ Es evidente que el término paternalismo está dotado de una gran vaguedad y que existe una consiguiente importante discusión doctrinal no sólo sobre su posible justificación sino también sobre su propia definición. En los capítulos III y VI de mi libro I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit., analizo el concepto y su posible justificación respecto a los modelos de reconocimiento y protección de los derechos de los niños. No obstante, puede resultar conveniente señalar aquí la definición concisa del concepto que nos ofrece el profesor Manuel Atienza: “La definición de conducta o norma paternalista de que parto es la siguiente: “Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): a) Con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas; y b) Sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma.)””. Aunque, para mí, esa definición todavía sería incompleta, pues, conforme a lo que después argumentaré en el texto principal, resulta necesario añadir que la conducta o norma se realiza sin contar con la aceptación *expresa o manifiesta* de la persona o personas afectadas. (Puede verse la definición de Atienza en M. ATIENZA, “Paternalismo y consenso”, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 82). También puede verse un interesante análisis del paternalismo y su compatibilidad con los derechos humanos en el modelo del Estado de Derecho en M. A. RAMIRO AVILÉS, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, *Derechos y Libertades*, núm. 15, Época II, junio 2006, pp. 211-256.

empezaron a verse como obsoletos e injustificados. Un cambio al que contribuyeron, de una forma decisiva, los planteamientos impulsados por movimientos que se desarrollaron, fundamentalmente, en los Estados Unidos y Gran Bretaña, de manera que empezaron a tomar forma los dos modelos que los sustituirían: el que he denominado como proteccionismo “renovado”⁷ y el modelo social⁸.

Conforme al proteccionismo “renovado”, el niño se concibe como una persona que tiene sus capacidades –entre las que destacan las cognitivas– en una continua evolución y desarrollo, existiendo distinciones relevantes entre las diferentes etapas vitales por las que pasa⁹; de manera que solo paulatinamente irá adquiriendo la suficiente experiencia y madurez de juicio como

⁷ De hecho, la superación del proteccionismo “tradicional” se debe también al impulso dado por la denuncia que del fracaso de dicho modelo realizaron autores que podría considerarse que conforman otro modelo diferente, el del denominado movimiento liberacionista. He analizado en extensión el modelo liberacionista en el Capítulo V de I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit., pp. 769-974.

⁸ Aunque resulta muy complejo hablar de un modelo social. En la doctrina especializada se distinguen distintos tipos de modelos y a veces a los mismos modelos se les da denominaciones diferentes. En todo caso, un interesante artículo sobre ese surgimiento del movimiento social de las personas con discapacidad en las décadas de 1960 y 1970, especialmente en Estados Unidos y Gran Bretaña, y lo que implica atendiendo a una teoría de los movimientos sociales y su comparación con otros movimientos sociales de la época (aunque sin alusión al de los niños), puede verse en T. SHAKESPEARE, “La autoorganización de las personas con discapacidad: ¿Un nuevo movimiento social?”, en L. BARTON (comp.), *Superar las barreras de la discapacidad. 18 años de Disability and Society*, Ediciones Morata, Madrid, 2008, pp. 68-85.

⁹ Así, en esta línea, en el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 (A/RES/66/138), se reafirma “la condición del niño como sujeto de derechos y ser humano con dignidad y con capacidades en evolución”. Aunque también a este respecto se pueden señalar diferencias en la doctrina. Y así, si algunos autores distinguen distintas etapas evolutivas en el perfeccionamiento de las capacidades de los individuos y, aun refiriéndose sólo como datos indicativos generales, señalan edades concretas para cada etapa; otros, sin embargo, procuran poner el acento en la percepción del desarrollo evolutivo como un proceso continuo en el que no se pueden establecer separaciones nítidas. En este sentido, puede verse una opinión en la primera línea en M. D. A. FREEMAN, “Taking children’s rights more seriously”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 58-59; y una en la segunda en L. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “La intimidación de los niños: un test para el derecho a la intimidad”, en J. M. SAUCA (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 383.

para poder distinguir cuál es su auténtico interés y cómo poder darle una adecuada satisfacción. En todo caso, en este modelo no se termina de superar la influencia del mito proteccionista¹⁰, entendiéndose que, como norma general, la infancia se caracteriza principalmente por su inocencia, indefensión y carencias morales e intelectuales relevantes que le impiden, en principio, realizar actos auténticamente conscientes y responsables. Por lo que si bien ya se entiende que es necesario que el niño tenga asegurada su participación en la toma de decisiones que se realice en todos aquellos asuntos que le afecten, también se entiende que la opinión del niño al respecto ha de ser necesariamente valorada, en función de su edad y madurez, por terceros capacitados, que habrán de tomar las decisiones para la protección de su interés superior¹¹.

De esta manera, desde el proteccionismo “renovado” se plantea que en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños hay que considerar dos ideas esenciales: que a través del Derecho se han de proteger ciertos aspectos básicos de la vida del niño, precisamente aquellos que se estimen necesarios para su correcto desarrollo como persona, lo que podría llegar a entenderse que constituye “el interés superior del niño”¹²; y que el niño debe

¹⁰ Un estudio sobre los principales mitos que históricamente se han construido sobre la infancia y han sido elementos estructuradores de los modelos más acabados que han existido en relación con el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, lo realizo en I. CAMPOY CERVERA, “La necesidad de superar los mitos sobre la infancia”, en M. C. BARRANCO AVILÉS y J. J. GARCÍA FERRER (coords.), *Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños*, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Madrid, 2006, pp. 29-55.

¹¹ Puede verse un ejemplo en la doctrina de esos planteamientos, propios del proteccionismo “renovado”, en C. A. J. COADY, “Theory, rights and children: a comment on O’Neill and Campbell”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, cit., pp. 49-50; y en los organismos internacionales en OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos del niño: creación de una cultura de los derechos humanos*, Todos los derechos humanos para todos. Cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948-1998. Carpeta de información básica nº 3, 1998, p. 15.

¹² En este sentido, resulta muy clarificadora la Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño. En la que, si bien se señala en el párrafo 6 que el interés superior del niño es un concepto triple (pues es a la vez un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento), establece explícitamente en el párrafo 4 que “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Observación General Nº 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14 (2013)).

participar, en función de su edad y nivel de madurez, en la toma de decisiones que se realice en todos aquellos asuntos que le afecten¹³.

Conforme al modelo social, se produce el trascendental cambio de entender que la discapacidad, que afecta a ciertas personas de la sociedad, es reconducible a una desventaja o restricción en su plena participación en la sociedad y en la toma de decisiones sobre su vida y que es debida a la forma en que ha sido concebida y desarrollada la correspondiente sociedad, que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen ciertas “deficiencias”¹⁴, y por ello las excluye socialmente. Se establece, en este sentido, la necesidad de actuar, además de sobre las “deficiencias”, sobre todo sobre las causas sociales, a fin de garantizar la plena inclusión social de las personas con discapacidad.

1.3. La unión de ambos modelos: la especial protección del niño con discapacidad y el reconocimiento y protección al niño con discapacidad de los mismos derechos y de su ejercicio en igualdad de condiciones con el resto de los niños

En ambos modelos, el del proteccionismo “renovado” y el modelo social de la discapacidad, se superan, de forma decisiva, los anteriores modelos; se comparte una concepción común del niño y de la persona con discapacidad –y, por consiguiente, de los niños con discapacidad–, como personas que tienen el mismo valor y dignidad que el resto; y, así, se defiende la inclusión social de los niños, de las personas con discapacidad y de los niños con discapacidad, desde el adecuado reconocimiento y protección de todos los derechos y actuando

¹³ Para el Comité de los Derechos del Niño, los términos de edad y madurez, a los que se refiere el artículo 12 CDN para regular la participación del niño en la toma de decisiones que se realice en todos los asuntos que le afecten, “hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio” (Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 28).

¹⁴ Utilizo aquí el término que utiliza la propia CDPD para definir, en su artículo 1, a quienes hemos de considerar como personas con discapacidad; aunque el término es muy criticado, por una buena parte de la doctrina especializada, por las connotaciones negativas que tiene para las personas con discapacidad. Vid. en este sentido, por ejemplo, en A. PALACIOS y J. ROMANACH, *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas 2007, p. 35 y A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., p. 34.

sobre las causas sociales que producen la discapacidad e impiden que se dé la igualdad de condiciones para el libre desarrollo de sus propias personalidades.

Así, de acuerdo con el proteccionismo “renovado”, en el artículo 23.1 de la CDN se establece muy claramente que “Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”¹⁵. Y, por su parte, en la CDPD se establece, en el artículo 3, como uno de sus ocho Principios Generales, “El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”; y en el primer apartado del artículo 7 –dedicado a los “Niños y niñas con discapacidad”– que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, lo que supone una cláusula general de igualdad de derechos con el resto de los niños que es acorde con las premisas

¹⁵ El Comité de los Derechos del Niño señalaría que es este párrafo el que “debe considerarse el principio rector para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad” y que su mensaje principal “es que los niños con discapacidad deben ser incluidos en la sociedad”. Y en esta línea, Maya Sabatello, con un análisis comparado de la CDN y la CDPD, señalará que la segunda Convención ayuda a mejorar la primera para la protección de los derechos de los niños con discapacidad, destacando, precisamente, que con ella se hace necesaria la utilización de ciertas “tecnologías de asistencia” (que constituiría un derecho propio) para promover esos derechos, y principalmente el derecho a la inclusión, que considera que trasciende todos los demás derechos (vid. Observación General N° 9, *Los derechos de los niños con discapacidad*, CRC/C/GC/9 (2006), párr. 11; y M. SABATELLO, “Children with Disabilities: A critical Appraisal”, *International Journal of Children's Rights*, num. 21, 2013, pp. 464-487, especialmente pp. 465 y 484).

Por otra parte, no deja de ser interesante, para comprender la evolución de los modelos, notar que en 1989 los redactores del texto de la Convención en español todavía hablaban de “niños impedidos” e incluso en el artículo 2 se señalaba, como una de las causas que no podían tenerse en cuenta para hacer distinciones en la aplicación de la Convención, “los impedimentos físicos”; mientras que en el texto en inglés, con mayor corrección, se hablaba ya de “disabled children” y de “disability”. No obstante, también hay que resaltar la importancia que en su momento tuvo ese artículo 2; como se reconocía en dicha Observación General N° 9 (párr. 8), “El artículo 2 requiere que los Estados Partes aseguren que cada niño sujeto a su jurisdicción disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención sin discriminación alguna. Esta obligación exige que los Estados Partes adopten las medidas apropiadas para impedir todas las formas que discriminación, en particular por motivo de la discapacidad. Esta mención explícita de la discapacidad como ámbito prohibido para la discriminación que figura en el artículo 2 es única y se puede explicar por el hecho de que los niños con discapacidad pertenecen a uno de los grupos más vulnerables de niños...”.

del modelo social de discapacidad en esta materia: igualdad de condiciones en el ejercicio de todos los derechos¹⁶.

Ambos modelos han supuesto avances muy importantes respecto a los derechos de los niños, con o sin discapacidad. No obstante, conforme a ambos modelos, se sigue entendiendo que los niños, sin y, sobre todo, con discapacidad, son personas caracterizadas, fundamentalmente, por una especial indefensión y por unas deficiencias que, por una parte, les hace merecedores de una especial protección y, por otra, les impide, en general, tomar decisiones sobre sus vidas en el libre ejercicio de sus derechos¹⁷.

1.4. La decisiva importancia de dos principios básicos comunes: la protección del interés superior del niño y el derecho de participación del niño en todos los asuntos que le afecten

La especial protección del niño, con o sin discapacidad, y el reconocimiento de su igual dignidad, de su consideración de sujeto de derecho con el debido respeto a la evolución de sus facultades, responden, en realidad, de

¹⁶ De hecho, la unión de ambos modelos queda apuntada también en la redacción de los apartados segundo y tercero de ese mismo artículo 7 de la CDPD, a los que después me referiré, así como en el párrafo (r) de su Preámbulo, donde se hace una explícita referencia a la CDN: “*Reconociendo también* que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

¹⁷ En este sentido, es interesante la manifestación que haría el International Disability Caucus, a propósito de la discusión mantenida sobre la pertinencia de incluir un artículo específico sobre los niños con discapacidad en la CDPD, sobre la especial protección debida a los niños, con o sin discapacidad, “En el contexto de esta convención, también es importante reconocer que los niños, con o son discapacidades, tienen una condición diferente a los adultos. Ellos no tienen autonomía y no se les reconoce como poseedores de capacidad jurídica. Tienen derecho a protecciones adicionales asociadas con su juventud y vulnerabilidad. Estas protecciones no son y no pueden ser abordadas plenamente en el cuerpo principal de un texto que está principalmente dirigido hacia los derechos de los adultos con discapacidades. Hay asuntos específicos de los niños que sólo pueden abordarse en un artículo específico para los derechos de los niños con discapacidad” (*UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee - Daily Summaries*, Daily summary of discussion at the sixth session, Volume 7, #2, 02 August 2005 –la traducción es responsabilidad mía–). Y en esa línea, puede verse también un análisis de las dos Convenciones, atendiendo a los derechos de los niños con discapacidad, que responde a los dos modelos (proteccionismo “renovado” y social), en G. LANSDOWN, *See me, Hear Me. A guide to using the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities to promote the rights of children*, Save the Children, London, 2009.

una manera importante, a dos principios básicos sobre los que se sostiene el proteccionismo “renovado”, y que el modelo social de la discapacidad también ha hecho suyos: la protección del interés superior del niño y el derecho del niño a participar en todos los asuntos que le afecten¹⁸.

Ambos principios tuvieron su correspondiente reconocimiento en las respectivas Convenciones.

Así, en la CDN se establece, en el artículo 3.1, que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 12.1, que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Por su parte, en el artículo 7 de la CDPD, que es el que la Convención dedica de forma singular a los niños y niñas con discapacidad, se establece, en sus dos últimos apartados, que “2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

Aunque en el siguiente apartado volveré sobre la interpretación de estos artículos decisivos, es conveniente señalar ahora que el contenido del artículo 12.1 de la CDN ha tenido un desarrollo importante, como resultado de una interpretación extensiva del mismo por parte de la doctrina y del propio Comité de los Derechos de Niño, que resulta crucial para la unificación de ambos modelos: el del proteccionismo “renovado” y el social de la discapacidad¹⁹.

¹⁸ En esta línea, Jorge Cardona considera a estos dos principios-derechos como ““revolucionarios” en relación con la situación anterior” y como “eje central del cambio de paradigma” (en J. CARDONA LLORENS, “El interés superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista española de desarrollo y cooperación*, nº extraordinario, otoño de 2014, p. 23).

¹⁹ En este sentido, cabe señalar tres consideraciones importantes para comprender esa interpretación extensiva del contenido del artículo 12.1 de la CDN.

En todo caso, queda por aclarar un punto decisivo, y es la relación que cabe entender que existe entre estos dos principios básicos que están en la base del sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad: el de la protección del interés superior del niño y el derecho de participación del niño en la toma de decisiones que se realicen sobre todos aquellos asuntos que le afecten.

Y en relación con ese punto, se observa fácilmente que la redacción de la normativa internacional, tanto de los artículos 3.1 y 12.1 de la CDN como del artículo 7 -párrafos 2 y 3- de la CDPD, adolece de una gran vaguedad; de manera que, más allá del núcleo de certeza que se pueda observar, dichos artículos son susceptibles de muy diferentes interpretaciones, tanto respecto a su significado cuanto respecto a la determinación de la manera en que han de ser aplicados²⁰.

En primer lugar, que, aunque el derecho que explícitamente se reconoce en el artículo 12.1 de la CDN es el derecho del niño a expresar su opinión libremente, desde un primer momento se interpretó que este derecho incorporaba el derecho del niño a participar en aquellos asuntos que le afecten; entendiéndose que esa participación supone garantizar que el niño pueda tomar parte activa en los diferentes procesos de toma de decisiones que se realicen en esos asuntos que le afecten (vid. Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 3).

En segundo lugar, que la participación en los asuntos que afectan al niño ha de entenderse en el sentido más amplio posible. Si en un principio podría plantearse la duda de si sólo había que garantizar que el niño pudiese participar en la toma de decisiones que se realicen sobre aquellos asuntos que directamente le afecten, claramente esa interpretación ha quedado ya deslegitimada por el propio Comité de los Derechos del Niño (vid. Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 27). Aquella sería una interpretación excesivamente restrictiva de la norma, ya que, si parecía permitir un atisbo de inclusión social, el niño, en realidad, estaría excluido socialmente, al apartarse de los procesos de toma de decisiones sobre asuntos que afectan a otros muchos ámbitos de la sociedad en la que vive. Con esta interpretación extensiva de la debida participación del niño, se estaría entendiendo, por una parte, que el niño ha de poder participar en la toma de decisiones sobre todos aquellos asuntos que le afecten, directa o indirectamente, en su vida personal, familiar, jurídica, política, económica, social o cultural; y, por otra, que al niño le pueden afectar todos esos asuntos tanto de una forma individual como colectiva (vid. Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 87).

Y en tercer lugar, es interesante resaltar que el artículo 7 de la CDPD establece explícitamente que para valorar la participación de los niños con discapacidad se han de tener en cuenta los mismos elementos de juicio que para cualquier otro niño: la edad y la madurez. Es decir, que explícitamente se excluye la posibilidad de tener en cuenta el criterio de la discapacidad (vid. A. PALACIOS, "Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad", cit., pp. 2941-2942). Lo que también tiene una decisiva importancia desde la visión de la unificación de los modelos del proteccionismo "renovado" y social de la discapacidad.

²⁰ En este sentido, puede verse, respecto al artículo 3.1, P. ALSTON y B. GILMOUR-WALSH, *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los Valores*

En un primer momento podría entenderse que ambos principios responden a fundamentos diferentes, que no siempre resultan compatibles²¹. La protección del interés superior parece conectarse con una base paternalista: la defensa del interés del niño no sólo frente a las acciones y omisiones de terceros sino también frente a las que el propio niño pueda realizar, debido a sus “incapacidades”, contra él mismo. Mientras que el reconocimiento y protección del derecho del niño a participar en la correspondiente toma de decisiones sobre todos los asuntos que le afecten conectaría directamente con el valor fundamental de la libertad: también el niño ha de poder ejercer su libertad, en la medida de lo posible, en la pertinente toma de decisiones.

Sin embargo, es evidente la necesidad de compatibilizar ambos principios. En este sentido, desde el proteccionismo “renovado”, algunos autores ya lo han intentado señalando, por una parte, que la participación del niño es necesaria para determinar cuál es el interés superior del niño y cómo satisfacerlo, y, por otra, que el propio respeto por la participación del niño tiene su límite, precisamente, en la protección de su interés superior. De esa manera, se entiende que la participación del niño forma parte de lo que cabe considerar como el propio interés del niño y sirve para hacer eficaz ese interés del niño²². Esa forma de compatibilizar ambos principios se sigue moviendo dentro del esquema proteccionista porque la idea central sigue siendo que hay que proteger a los niños en aspectos básicos para su adecuado desarrollo, también frente a sus propias decisiones, haciendo que sean terceros “capaces” los que tomen esas decisiones por ellos. Y por ello resulta insatisfactoria, porque no da la adecuada relevancia jurídica a la voluntad del niño, independientemente de su edad, en la toma de decisiones que le afectan.

No obstante, el propio Comité de los Derechos del Niño también ha tratado de compatibilizar en la misma línea ambos principios, llegando incluso a negar que exista una auténtica tensión entre ellos: “No existe tensión entre

Culturales, trad. C. Wagner en colaboración con el “Grupo de Traducción Alhambra”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Comité Español de UNICEF, Madrid, 1999, pp. 27 y 33; y respecto al artículo 12, S. DETRICK (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, pp. 224-229.

²¹ También Archard señala esa clara tensión entre ambos principios en D. ARCHARD, *Children. Rights and childhood*, 3ª ed., Routledge, London & New York, 2015, pp. 119-120.

²² En esa línea puede verse, por ejemplo, entre otros muchos autores, en L. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista de Educación*, núm. 294, Enero-Abril, 1991.

los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida²³. Pero, de la misma manera, también este planteamiento del Comité resulta en última instancia insatisfactorio. Y es que, al tratar de señalar la vía de compatibilidad de ambos principios, finalmente no aporta la necesaria claridad sobre los conceptos y la forma de resolver los posibles conflictos que surjan entre los dos principios, y tampoco termina de superar –al menos permite que no se tengan que superar– los planteamientos ya avanzados desde la doctrina del proteccionismo “renovado”.

Con todo, hay que destacar el enorme avance que supuso la Observación General N° 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. En ella se dan pasos muy significativos para que se reconozca y garantice el adecuado protagonismo del niño en la determinación de sus planes vitales, mediante los que desarrollar su propia personalidad, a través del respeto a sus opiniones en toda la toma de decisiones que le afecten, incluyendo de forma muy específica los que afectan a la evaluación y determinación de su interés superior²⁴. En este sentido, hay que entender que una interpretación de estas ideas que resulte adecuada conforme a los planteamientos que en este trabajo trato de justificar, también permitiría llegar a las conclusiones que apuntaré en el siguiente apartado²⁵. Y así, respecto al tema específico que nos ocupa en este artículo, resulta muy significativa la explícita mención que respecto a los niños con discapacidad se hace en el párrafo 54, cuando, al establecer la opinión del niño como uno

²³ Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 74; que es reiterado en Observación General N° 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14 (2013), párr. 43.

²⁴ Un buen y autorizado análisis de la Observación General N° 14 y, en este sentido, de “la naturaleza, alcance, significado y aplicación de este derecho, a la luz de dicha Observación General” puede verse en J. CARDONA LLORENS, “El interés superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25° aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, cit., cita en p. 25.

²⁵ Puede verse especialmente en esta línea en los párrafos 43, 53, 82, 83 y 89 de dicha Observación General N° 14.

de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Comité reconoce que “El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables y prestar de [sic] apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior”²⁶.

1.5. La necesidad de superar los actuales modelos

Conforme a lo expuesto en los puntos anteriores, se entiende que en las soluciones ofrecidas desde el proteccionismo “renovado” y el modelo social de la discapacidad para resolver el conflicto entre la protección del niño (de su interés superior) y la pretensión de darle mayor relevancia jurídica a la voluntad del niño a través de la protección de su derecho a participar en la toma de decisiones sobre todos los asuntos que le afecten, siguen prevaleciendo las ideas, propias del modelo proteccionista, de que el niño, debido a sus inherentes incapacidades, no puede ejercer libremente sus derechos –con todas las importantes excepciones que en los textos jurídicos actuales se establecen, en las que los niños sólo de manera gradual, cuando van adquiriendo edad y madurez, van adquiriendo la capacidad jurídica para ejercitar sus propios derechos–, y que, por ello, su voluntad –aunque sea merecedora de una adecuada atención conforme a la edad y madurez del niño– no puede ser jurídicamente vinculante, pues se entiende que el que el niño pudiese

²⁶ Y en la misma línea resulta también significativa la expresa unión que el Comité señala (párrafo 75) que se debe de hacer entre las dos Convenciones a la hora de evaluar el interés superior de los niños con discapacidad: “Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como tener alguna discapacidad [...] etc. El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad [...] entre otros instrumentos”.

ejercitar sin control sus derechos constituiría un peligro tanto para terceros cuanto para él mismo.

Sin embargo, esas ideas básicas no son compatibles con la construcción de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, en general, y de los niños con discapacidad, en particular, que se encuadre en el modelo de los derechos humanos. Y no lo son en la medida en que no se da una adecuada solución a la necesidad de compatibilizar, por un lado, la consideración del niño, con o sin discapacidad, como persona de la que es predicable su igual dignidad, a la que se le ha de respetar, pues, la posibilidad de diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución en igualdad de condiciones con los demás, y, por otro, la adopción de medidas paternalistas justificadas, las cuales implican negar –en los casos que se trate– vinculatoriedad jurídica a la voluntad manifestada por el niño de tomar un determinado curso de acción. Pues, conforme a los planteamientos proteccionistas, pese a la gran trascendencia que se pueda reconocer y proporcionar (lo cual está todavía muy lejos de ser una realidad) a la participación del niño en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten –y así también en la determinación tanto de cuál es su auténtico interés como de cuál ha de ser la manera de satisfacerlo–, se sigue dejando que, en general, sean las voluntades de otros, las de los padres fundamentalmente, las que tomen las correspondientes decisiones sobre sus vidas, de manera que se siguen imponiendo medidas paternalistas que limitan de manera injustificada la libertad de los niños, con o sin discapacidades, y así, en última instancia, el libre desarrollo de sus propias personalidades²⁷. Este resultado será inevitable siempre que, pese a que se reconozca a los niños como titulares de todos los derechos, no se articulen los mecanismos que les permitan ejercerlos libremente, conforme a sus propios deseos y opiniones, conforme a lo que podría considerarse que es su “auténtica” voluntad. En el siguiente apartado expondré lo que todo esto supone.

²⁷ Vid. así en I. CAMPOY CERVERA y A. PALACIOS, “Niños y niñas con discapacidad: reflexión general y concreción en España”, en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 552-553; y el análisis que en ese capítulo se realiza al respecto, que también está en la base de lo que aquí se expone en el texto principal.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, CON O SIN DISCAPACIDAD

En el apartado anterior analicé los modelos del proteccionismo “renovado” y del modelo social en relación con los derechos de los niños, con y sin discapacidad, y señalé que, pese al enorme avance que a favor de ellos habían supuesto ambos modelos, éstos seguían adoleciendo de problemas básicos que los hacían insatisfactorios. En este último apartado trataré de ofrecer algunas claves que permitan entender cómo se ha de construir un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, que resulte satisfactorio conforme al modelo de los derechos humanos y el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁸.

En ese sentido, es necesario tener presente que los límites de ambos modelos, tanto del proteccionismo “renovado” como, sobre todo, del social, se encuentran actualmente difusos y en proceso de transformación, tanto en el pensamiento jurídico-filosófico cuanto en la propia regulación jurídica de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad. De manera que en nuestras sociedades se puede observar la posible construcción de un nuevo paradigma, que viene fundamentalmente dirigido por la extensión de dos aspectos esenciales: el de la participación del niño en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten, por un lado, y el del ejercicio efectivo de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de las personas de la sociedad, por otro²⁹. Como se ve, en ambos casos las dos perspectivas convergen en un mismo punto básico: la necesidad de articular un adecuado sistema de reconocimiento y protección de la capacidad jurídica de obrar de la persona, es decir, de la vinculatoriedad jurídica de su voluntad en el ejercicio de sus derechos. Es, pues, en esa línea en la que se debe profundizar. En ella encontraremos el marco adecuado para la construcción de un modelo de derechos humanos de los niños, con o sin discapacidad; y así, tenemos que entender que el sistema que

²⁸ Muchas de las ideas centrales que explico en este apartado ya las había apuntado en el Capítulo III y, sobre todo, en el Epílogo de mi libro, ya citado, I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit. (pp. 339-350 y 384-420, del Capítulo III, y pp. 977-1026, del Epílogo). No obstante, es muy importante el apoyo que para la justificación de dichas ideas ha supuesto, conforme explico en el texto principal, la aprobación de la CDPD y la encomiable labor que viene realizando el Comité de los Derechos del Niño.

²⁹ Vid. en esta línea J. CARDONA LLORENS, “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n° 2, 2012, pp. 50-51.

se ha de establecer para el reconocimiento y protección de sus derechos ha de garantizar el libre desarrollo de sus propias personalidades a través del libre ejercicio de sus derechos, de la misma manera que lo entendemos respecto del resto de las personas.

2.1. La interpretación, conforme al modelo de los derechos humanos, de los principios de la protección del interés superior del niño y derechos de participación del niño en todos los asuntos que le afecten

En el primer apartado analicé la interpretación que se realiza, desde el proteccionismo “renovado” y el modelo social de la discapacidad, de los principios de la protección del interés superior del niño y derecho de participación en todos aquellos asuntos que le afecten, y señalé por qué esa interpretación no resulta satisfactoria. Ahora trataré de encontrar una interpretación de ambos principios que sea más acorde con un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, conforme al modelo de los derechos humanos.

Así, si pretendemos dar un sentido objetivo al término interés del niño, con o sin discapacidad, en el discurso de los derechos humanos, no creo que, esencialmente, deba buscarse otro que el mismo que se puede predicar del interés de cualquier otra persona: alcanzar el libre desarrollo de su propia personalidad, la posibilidad de diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución³⁰. Atender, pues, a la necesidad de proteger el interés superior del niño supone entender que hay ciertas medidas que se han de tomar para conseguir proteger el libre desarrollo de su propia personalidad³¹.

³⁰ Una comprensión que se mueve, pues, dentro del marco de lo que entiendo que es la cultura de los derechos humanos. Desde la óptica de otras culturas es claro que el concepto del interés superior del niño puede ser interpretado de forma muy diferente. En este sentido, ya nos avisaba hace tiempo Philip Alston de la diferente comprensión que del principio del interés superior del niño se podía hacer en las distintas culturas, en P. ALSTON, “The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights”, en P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 5. En todo caso, la Observación General N° 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1) señala claramente que la interpretación del interés superior del niño debe de realizarse dentro de la cultura de los derechos humanos, no de cualquier otra cultura (vid. en esta línea párrs. 5 y 57).

³¹ En esta línea, Elizabeth Salmón, tomando en consideración la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos plasmada en las Sentencias de los Casos *Bulacio Vs.*

Por su parte, la participación del niño en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten resulta básica porque se parte de la idea de que el libre desarrollo de la personalidad de cada persona sólo se logra si ésta es libre en el diseño de sus propios planes de vida y en la actuación para su efectiva realización. Es la propia persona, pues, la única que puede determinar la forma de llevar a cabo el libre desarrollo de su personalidad. Y es precisamente para ello para lo que se le protege en el libre ejercicio, conforme a su voluntad, de sus derechos. Atender, pues, a la necesidad de proteger la participación del niño supone entender también que hay ciertas medidas que se han de tomar a fin de conseguir garantizar que es el propio niño el que actúa para conseguir alcanzar el libre desarrollo de su propia personalidad. Y para ello se ha de garantizar que se le protege en el libre ejercicio, conforme a su voluntad, de sus derechos.

De esta manera, el posible conflicto entre los dos principios se daría cuando el niño, con o sin discapacidad, en el libre ejercicio –conforme a su voluntad– de sus derechos estuviese actuando en contra de la consecución del libre desarrollo de su propia personalidad. Lo que no deja de ser la manifestación de una aparente incoherencia lógica, que supone observar que si bien la única manera de alcanzar el libre desarrollo de nuestra propia personalidad es actuando conforme a nuestra voluntad, en ocasiones es precisamente la acción tomada conforme a nuestra voluntad la que va en contra del libre desarrollo de nuestra propia personalidad. Una aparente incoherencia que nos mete de lleno en el ámbito del paternalismo, justificado e injustificado. Por lo que, en este punto, sería importante intentar determinar cuáles son los criterios que permiten justificar la aplicación de adecuadas medidas paternalistas.

No obstante, como antes apunté, el tema del paternalismo es de una gran amplitud y complejidad, por lo que en lo que sigue sólo pretendo señalar, muy someramente, cuáles serían esos criterios principales que habría que considerar para determinar la existencia de un paternalismo que resultase justificado conforme al fin del respeto al libre desarrollo de la personalidad de los individuos –incluidos, evidentemente, los niños, con o sin discapaci-

Argentina y Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, afirmaría que “como podemos apreciar de las definiciones brindadas, el principio del interés superior del niño vela por el libre desarrollo de la personalidad del niño y la niña” (E. SALMÓN, *Los derechos de los niños y las niñas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*, Cooperación Alemana al Desarrollo, Lima, 2010, p. 43).

dad- y, así, para la construcción de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, conforme al modelo de los derechos humanos³².

Así, en primer lugar, habría que entender que las medidas paternalistas justificadas hacen referencia a aquellas situaciones en las que estaría justificado actuar en contra de lo que expresamente manifiesta una persona que quiere realizar en uso del libre ejercicio de su voluntad, por considerarse que si se le permitiese realizar dicha acción se estaría permitiendo que se produjese un perjuicio importante en el libre desarrollo de su propia personalidad³³. Y la aparente contradicción que parece plantearse entre la actuación en contra de la voluntad manifestada por la persona y el respeto por los propios planes de vida que la persona libremente se haya dado en el ejercicio de su libre voluntad, se resuelve entendiendo que ese respeto supone dar primacía a lo que constituye la “auténtica” voluntad de la persona frente a lo que sería su voluntad manifiesta. Es decir, que se admite que en ocasiones la voluntad expresamente manifestada por una persona no se corresponde con lo que ha de considerarse que constituye su “auténtica” voluntad, aquella cuyo ejercicio permite el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

Este tipo de paternalismo queda justificado, pues, porque el fin al que ha de tender quien haya de actuar paternalistamente consiste, en todo caso, en respetar y hacer efectiva la “auténtica” voluntad de la persona a la que se le aplica la medida paternalista. Por eso, considero que esta forma de entender

³² Puede verse un desarrollo de las principales ideas que aquí se exponen, en relación con la educación de los niños, en I. CAMPOY CERVERA, “La educación de los niños en el discurso de los derechos humanos”, en I. CAMPOY CERVERA (ed.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 149-201; y, en relación con el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, en I. CAMPOY CERVERA, “La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978”, en I. CAMPOY CERVERA y A. PALACIOS (eds.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 145-207. En todo caso, mis planteamientos han sido estudiados por algunos autores con distintos resultados. Así, un análisis de las mismas que llega a consecuencias que me parecen acertadas, puede verse en R. DE ASÍS ROIG, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 54-59; mientras que un análisis crítico con las mismas, por interpretarse en desacuerdo con un discurso “emancipador” de los derechos de los niños y las niñas, puede verse en M. CORDERO ARCE, *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*, Ifejant, Lima 2015, pp. 203-206.

³³ En esta línea, y respecto a los derechos de los niños en concreto, resultan interesantes los planteamientos de Freeman en M. D. A. FREEMAN, “Taking children’s rights more seriously”, cit., pp. 64-69.

el paternalismo se puede denominar, con propiedad, como paternalismo de la voluntad. Por lo que habrá que explicar mejor cómo podremos determinar esa “auténtica” voluntad del individuo.

En ese sentido, habría que tener presente que la falta significativa de alguno de estos tres elementos: posibilidad de utilizar las facultades de la razón, información suficiente sobre las circunstancias relevantes para la decisión que se ha de tomar y experiencia para poder valorar convenientemente esa información, puede viciar la voluntad de la persona, modificando, así, su “auténtica” voluntad. Lo que permite entender que la realización, en esas ocasiones, de la voluntad expresamente manifestada por el individuo puede producir un perjuicio significativo en el adecuado desarrollo de sus propios planes de vida, y que eso puede justificar que se adopte una medida paternalista, actuando en contra de lo expresamente manifestado por la persona. O dicho de otra manera, podríamos entender que son esos tres elementos los que permiten a la persona ejercitar su “auténtica” voluntad, tomar decisiones juiciosas, ser consciente de las consecuencias del acto que va a realizar u omitir y aceptarlas. En todo caso, habrá que tener siempre en cuenta que cuanto más rigurosas sean las condiciones que se consideren necesarias para entender que la persona tiene esa capacidad para tomar decisiones juiciosas, más cerca se estará del paternalismo injustificado, y que, por eso, esas condiciones no han de ser interpretadas de manera rigurosa.

En este punto es muy importante observar, respecto a los derechos de los niños, que esos elementos, que conforman esa capacidad para tomar decisiones juiciosas, puede entenderse que igualmente constituyen lo que tanto la CDN como la CDPD denominan la “madurez” del niño. De hecho, el propio Comité de los Derechos del Niño aclarará que ““Madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”³⁴.

En todo caso, tomarnos en serio que siempre se ha de respetar la “auténtica” voluntad de la persona –del niño, con o sin discapacidad–, significa que cuando actuemos contra la voluntad manifestada por ella debemos de poder justificar muy claramente que esa voluntad manifestada no se corresponde

³⁴ Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 30.

con su “auténtica” voluntad y que las consecuencias de su acción han de perjudicar significativamente la consecución de sus propios planes de vida. Y esto, a su vez, significa: primero, que el perjuicio que se ha de derivar del curso de acción tomado conforme a la voluntad manifestada por la persona ha de ser claramente contrario a lo que podemos presuponer que sería aceptable por esa persona de tener la posibilidad de utilizar las facultades de la razón, la información y la experiencia adecuadas (la suficiente “madurez”)³⁵; y segundo, que ese perjuicio ha de ser probable y de importancia³⁶. En este sentido, cuanto menos le afecten las consecuencias de la acción manifiestamente querida al desarrollo presente y futuro de sus probables planes de vida, menos justificada estará la acción paternalista en contra de esa voluntad expresamente manifestada.

No obstante, a la hora de juzgar en casos reales si está justificada o no una determinada medida paternalista, es fácil que la respuesta no sea sencilla. Habrá que aclarar en cada caso cómo se compaginan esos dos elementos:

³⁵ El planteamiento que defiende sobre las medidas paternalistas justificadas supone, pues, que la acción paternalista nunca puede tener su justificación en el consentimiento que sobre la misma manifieste posteriormente la propia persona objeto de la acción paternalista, lo que, en este sentido, podríamos denominar como paternalismo *a posteriori*. En primer lugar, porque no es en una hipotética voluntad futura con la que se está justificando la medida paternalista, sino con una hipotética voluntad presente, que la persona, el niño, no puede hacerla manifiesta exclusivamente porque no tiene la posibilidad de usar las facultades de la razón, la información o la experiencia adecuadas (la suficiente “madurez”). Y en segundo lugar, porque la voluntad futura del sujeto puede verse modificada precisamente por la propia realización de la medida paternalista, por lo que al cambiar la voluntad del sujeto estaríamos actuando injustificadamente desde dos puntos de vista: primero, porque se produciría el daño que precisamente tratábamos de evitar con la toma de la medida paternalista (que se produjese un perjuicio en el desarrollo de los planes de vida que la persona libremente se hubiese dado); y segundo, porque no se puede considerar que queda justificada una acción (la medida paternalista) con su aceptación por una voluntad transformada precisamente por la realización de esa acción. También desde el proteccionismo “renovado” se critica ese paternalismo *a posteriori*. Así, por ejemplo, en T. D. CAMPBELL, “The rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, cit., pp. 20-21; y C. LOWY, “Autonomy and the appropriate projects of children: a comment on Freeman”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, cit., pp. 73-74.

³⁶ Es interesante, en este sentido, la reflexión de Gerald Dworkin cuando apunta que para el paternalismo justificado en el “consentimiento hipotético” resulta tan necesario constatar que se da un defecto en la competencia de la persona para tomar decisiones racionales y sensatas, como que la decisión es de gran trascendencia, potencialmente peligrosa e irreversible (vid. en G. DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988, pp. 124-125).

la probabilidad de que el perjuicio en los planes de vida de la persona efectivamente se produzca y la importancia de ese perjuicio³⁷.

Finalmente, la traslación de todos estos planteamientos al ámbito de los derechos del niño, con o sin discapacidad, nos permite apuntar cinco conclusiones importantes:

³⁷ En este sentido, para ayudar a decidir sobre la justificación o no de la medida paternalista a adoptar, entiendo que resulta necesario atender a tres consideraciones estrechamente vinculadas entre sí.

La primera sería entender que la medida paternalista sólo se justificaría cuando se pueda establecer que hay una alta probabilidad de producir un perjuicio grave en los planes de vida que legítimamente se puede presuponer que son conformes con la voluntad que la persona, el niño, con o sin discapacidad, manifestaría en ese momento de tener la suficiente disponibilidad de uso de las facultades la razón, información y experiencia, es decir, la suficiente "madurez". Y en esta línea, cuanto más probable y más grave sea el perjuicio que se ha de derivar de la permisón de la actuación conforme a la voluntad manifestada por el sujeto, menos exigentes hemos de ser en la toma de datos que nos permitan determinar si la voluntad manifestada coincide con su "auténtica" voluntad para ejecutar la medida paternalista, porque más fácilmente se estará actuando de forma peligrosa contra los planes de vida de esa persona de no adoptar la medida paternalista (aunque si se demostrase fehacientemente que la persona es plenamente consciente de las consecuencias de su acción u omisión y las acepta tras la pertinente deliberación –es decir, que se corresponde con su "auténtica" voluntad–, no sería una medida paternalista justificada la que le impidiese realizar ese curso de acción, por muy graves y probables que a los demás les puedan parecer las consecuencias que del mismo se han de derivar para la vida de esa persona); y cuanto menos probable y grave sea el perjuicio de realizarse la acción conforme a la voluntad manifestada por la persona, más exigente tenemos que ser a la hora de tomar los datos que nos permitan determinar que no coincide con su "auténtica" voluntad para ejecutar la medida paternalista, porque será más difícil que se esté actuando de forma peligrosa contra los planes de vida de esa persona de no adoptarse la medida paternalista.

La segunda consideración a la que habría que atender es que la probabilidad y la gravedad funcionan aquí en un sentido inversamente proporcional: cuanto más grave sea el perjuicio que se ha de producir de no ejecutarse la medida paternalista, menos necesaria es la exigencia de probabilidad de esa consecuencia perjudicial; y cuanto más probable es que se produzca un perjuicio en los planes de vida de la persona, menos necesario es que se exija la gravedad de ese perjuicio (entendiendo que nunca se ha de considerar un perjuicio nimio o banal, pues entonces estaríamos incumpliendo lo establecido en la primera consideración).

Y la tercera consideración es que, en ese cálculo de probabilidades y perjuicios que se ha de realizar a fin de considerar la justificación o no de la ejecución de la medida paternalista, ha de considerarse no sólo lo que perjudicaría en el desarrollo de la personalidad del individuo el que se realice o no el curso de acción que se fuese a tomar conforme a su voluntad expresamente manifestada, sino también lo que puede perjudicar en ese desarrollo de su personalidad las consecuencias derivadas de la ejecución de la propia medida paternalista.

La primera es que una forma de deshacer el conflicto de fondo que pudiera existir entre los dos principios fundamentales de la protección del interés superior del niño y la protección del derecho del niño a participar en todos aquellos asuntos que le afecten, es entendiendo que tanto con uno como con otro lo que en realidad se ha de hacer es proteger lo que se ha de considerar que constituye la “auténtica” voluntad del niño.

La segunda es que el posible conflicto que puede surgir en la aplicación práctica de los dos principios se puede resolver con los mismos criterios de justificación de medidas paternalistas que se puede considerar necesario adoptar respecto a la decisión de cualquier persona (independientemente de cuáles sean sus condiciones personales).

La tercera es que siempre hemos de respetar la voluntad expresamente manifestada por el niño, con o sin discapacidad, ante una decisión a tomar en el ejercicio de sus derechos (como se ha de hacer respecto de cualquier persona, independientemente de su condición personal), salvo cuando existan sólidas razones que permitan presuponer justificadamente que el niño, por no tener la posibilidad de usar las facultades de la razón, por falta de información o de experiencia para poder procesar adecuadamente esa información, es decir, por falta de “madurez”, no sea realmente consciente de las consecuencias que se van a derivar del curso de acción que expresamente manifiesta querer realizar o no realizar en ese ejercicio de sus derechos, y, además, exista una considerable probabilidad de que como resultado de esas consecuencias no previstas se impida o dificulte la consecución de sus planes de vida, del libre desarrollo de su personalidad (o, evidentemente, se dañe, en ese mismo sentido, ilegítimamente a terceros).

La cuarta es que en el caso de tomarse la correspondiente medida paternalista, al actuar para la consecución del libre desarrollo de la personalidad del niño (aunque se haga diciéndose que se actúa para proteger el interés superior del niño) a pesar de lo manifestado por el niño (la participación para expresar sus opiniones al respecto siempre es exigible), habrá que tomar la decisión que cabe presuponer que el niño, con o sin discapacidad, tomaría, en el caso que se trate y en ese momento concreto de su vida, de tener la suficiente “madurez”. Es decir, habrá que atender a las particulares condiciones personales del niño y actuar de forma coherente con lo que hasta ese momento ha sido el diseño y desarrollo de sus planes vitales, el desarrollo de su propia personalidad. Es decir, habrá que actuar conforme a lo que cabe entender que en ese momento y respecto a esa decisión concreta es la “au-

téntica” voluntad del niño. De esta manera, es importante observar que estas consideraciones se realizan respecto a cualquier niño, con o sin discapacidad, cualquiera que sea su condición personal o edad³⁸.

Y la quinta es que, de esta manera, los criterios de la edad y la discapacidad no pueden ser criterios generales de limitación de la capacidad de obrar. Aunque es posible utilizar dichos criterios para limitaciones puntuales en la capacidad de obrar, su utilización ha de ser siempre la mínima posible y ha de estar claramente justificada. En este sentido, se entiende que la edad y la discapacidad pueden ser, en ocasiones, criterios suficientes para presuponer que el niño, con o sin discapacidad, adolece de la falta de “madurez” suficiente para ejercitar libremente alguno de sus derechos. Pero para ello habrá que aportar sólidas razones, respecto al derecho concreto que se trate (pues el legislador habrá de hacer un estudio individualizado de esos criterios respecto de cada derecho³⁹), que permitan presuponer justificadamente que el niño por debajo del límite de edad propuesto o con una determinada discapacidad adolece de la suficiente “madurez” para poder ejercitar libremente ese derecho, existiendo, pues, una considerable probabilidad de que como resultado de las consecuencias del libre ejercicio de ese derecho se impidiese o dificultase de forma relevante la consecución de sus planes de vida, del libre desarrollo de su personalidad (o se dañase, en ese mismo sentido, ilegítimamente a terceros). En todo caso, la reducción de esos criterios de la edad y la discapacidad a la mínima presencia posible también supone que la necesaria discrecionalidad que la fijación de todo límite conlleva deberá atenderse convenientemente articulando el sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños de una forma abierta; es decir, de forma que si se demostrase que un niño, con o sin discapacidad, independientemente de su edad o discapacidad, tiene la exigida “madurez” para el libre ejercicio del derecho que se tratase, entonces pudiese disponer de los medios necesi-

³⁸ En esta línea es interesante la opinión del Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 7 (2005), *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7, párr. 14.

³⁹ En este punto resulta de interés la propuesta que realizasen Foster y Freed sobre la necesidad de superar el establecimiento de un criterio general de la mayoría de edad para el reconocimiento de derechos (que resulta arbitrario y caracterizado por excepciones que muestran la falta de un criterio racional en su reconocimiento) y sobre la necesidad del mantenimiento de diferentes límites de edad para el reconocimiento de la capacidad de ejercitar los diferentes derechos (vid. H. H. FOSTER, Jr. y D. J. FREED, “A Bill of Rights for Children”, *Family Law Quarterly*, vol. 6, 1974, pp. 367 y 375).

rios para que, de forma sencilla, se le reconozca la capacidad jurídica para el libre ejercicio de ese derecho; del mismo modo que si se demostrase que una persona carece de la suficiente “madurez” para el libre ejercicio del derecho que se tratase habría de poder contar, de forma sencilla, con las medidas de apoyo necesarias para ejercitar adecuadamente ese derecho conforme a lo que habría que considerar que constituye su “auténtica” voluntad⁴⁰.

La aplicación de estas conclusiones en la construcción de un adecuado sistema de reconocimiento y protección de derechos de los niños, con o sin discapacidad, supondría salir de los límites a los que hemos visto que los reconducían los actuales modelos del proteccionismo “renovado” y social de la discapacidad y establecer un sistema acorde con el modelo de los derechos humanos. En este sentido, la consideración primordial a la que se ha de atender es a la libertad del niño, como a la de cualquier persona; y, por consiguiente, a la vinculatoriedad jurídica de su voluntad en el ejercicio de sus derechos. La implantación de ese sistema supone entender que los niños, con o sin discapacidad, no es que sean titulares de derechos que les protegen de los posibles daños de terceros (como se establecía conforme al proteccionismo “tradicional” y al modelo médico); no es que sean titulares de todos (o casi todos)⁴¹ los derechos y tengan reconocida la capacidad jurídica para ejercitar algunos de ellos y, en todo caso, sea exigible

⁴⁰ También en este punto resulta relevante la opinión manifestada por el Comité de los Derechos del Niño, al señalar que “Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso” (Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 29).

De hecho, en España, por ejemplo, los notarios, como funcionarios encargados de garantizar la seguridad jurídica, han de atender al caso concreto para determinar la capacidad del niño o de la persona con discapacidad en ciertos supuestos. Como recuerda García Pons, “La capacidad de obrar de las personas menores de edad o con discapacidad será apreciada por el notario mediante el examen personal y directo de la persona, emitiendo bajo su responsabilidad el pertinente juicio de capacidad, la cual juzgará suficiente o no en relación, no sólo con las facultades intelectivas o capacidad natural de entender y querer que tenga el interesado, sino también con referencia a la naturaleza del acto o contrato que pretenda realizar” (A. GARCÍA PONS, “Algunas consideraciones a propósito del vigésimo aniversario de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y su relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consecuencias en la actuación notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, num. 72, 2009, p. 195).

⁴¹ Algunos derechos, como, el derecho al sufragio, activo y pasivo, se les sigue negando.

su participación en la toma de decisiones sobre todos los asuntos que les afecten, aunque siempre bajo la supervisión de los padres o un tercero habilitado para ello (como ocurre conforme al proteccionismo “renovado” y al modelo social de la discapacidad); sino que han de ser reconocidos como titulares de todos los derechos y tener reconocida y protegida la capacidad jurídica de ejercerlos en igualdad de condiciones con el resto de las personas de la sociedad (lo que sería conforme con el modelo de los derechos humanos).

2.2. La trascendencia de la CDPD y la correspondiente interpretación de la CDN en la construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad

Tomarse en serio todas las consideraciones y conclusiones que he expuesto en el punto anterior supone entender que es necesario articular un nuevo sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, que sea conforme al modelo de los derechos humanos. Y, como en este punto expongo, ello es posible realizarlo conforme al vigente Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque éste no surgiese pensando en ello.

En el anterior apartado se observó cómo la CDPD suponía un gran avance respecto de los derechos de los niños con discapacidad, al establecer explícitamente que los niños con discapacidad han de gozar plenamente de todos los derechos humanos en igualdad de condiciones con el resto de niños, debiendo entenderse que queda prohibida la utilización de la discapacidad como causa de exclusión para la titularidad o el ejercicio de los derechos. La remisión que se hace a la CDN, tanto en el artículo 7 –dedicado a los niños y las niñas con discapacidad– como en el apartado r) del Preámbulo, obliga a considerar que los niños con discapacidad quedan amparados por el mismo sistema de reconocimiento y protección que el resto de los niños. No obstante, si sólo nos quedásemos en esa remisión de la CDPD a la CDN, y concretamente a los decisivos artículos 3.1 y 12.1 de la misma, conforme han venido siendo éstos interpretados y aplicados, estaríamos dando por válidos los planteamientos del proteccionismo “renovado” respecto a todos los niños, con o sin discapacidad, y con ello también les estaríamos excluyendo del enorme potencial que para la construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad, supone la CDPD.

De hecho, la construcción de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, que sea conforme al mo-

delo de los derechos humanos, se puede producir a través de una adecuada interpretación de la CDN, que cobra fuerza con la evolución seguida en la interpretación que de la misma viene realizando el Comité de los Derechos del Niño y, sobre todo, con la aprobación de la CDPD. En este sentido, una adecuada interpretación de ambas Convenciones permite entender que existe la obligación por los Estados Partes de garantizar que los niños, con o sin discapacidad, puedan ejercitar de forma efectiva todos sus derechos, directamente –sin o con asistencia– o a través de sus representantes (terceros habilitados a esos efectos), siempre, en este último caso, garantizando tanto la debida asistencia al niño como su participación y tomando la decisión que mejor se corresponda con lo que se considere que es su “auténtica” voluntad.

En esa línea de interpretación, resultan muy importantes los propios principios generales que la CDPD establece en su artículo tercero (que han de servir para interpretar el resto de la Convención), especialmente el primero y el último: “a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; (...) h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”. Y es que, conforme a lo antes señalado, el objetivo básico del nuevo sistema de reconocimiento y protección de derechos de los niños, con o sin discapacidad, conforme al modelo de los derechos humanos, sería, precisamente, ese respeto a la dignidad inherente del niño, con o sin discapacidad, a su autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y su independencia; para lo que se considera necesario respetar la evolución de sus facultades y su derecho a preservar su identidad, finalmente, a conseguir, en la mayor medida posible, el libre desarrollo de su propia personalidad.

Y también es en esa línea de interpretación donde hay que situar las consideraciones y conclusiones que antes he apuntado. Así, tanto respecto a las que hacía sobre cómo conseguir proteger el interés superior del niño y garantizar su efectiva participación en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten, cuanto respecto a las que hacía para entender que los criterios de la edad y la discapacidad no pueden ser razones ni para la exclusión en el reconocimiento de los derechos humanos ni para la limitación en el ejercicio de esos derechos.

En este punto resultará decisivo el artículo 12.2 de la CDPD, que establece: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos

los aspectos de la vida". Es decir, que todas las personas con discapacidad, también, pues, los niños con discapacidad, tienen reconocida la capacidad de ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás. Y la extensión a los niños con discapacidad de esta consideración obliga a extenderla al resto de los niños, por la misma razón antes apuntada de que la CDPD hace explícito que los niños con discapacidad ejercerán los derechos en igualdad de condiciones con el resto de niños⁴². Todos los niños, con o sin discapacidad e independientemente de su edad, tienen reconocida, así, la capacidad de ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

En todo caso, como queda dicho, sí que es posible exigir un requisito de "madurez" para el libre ejercicio de cada derecho. En este sentido, la discapacidad y la edad pueden ser tenidas en cuenta para establecer un límite en el ejercicio de un derecho por el niño siempre que se pueda conectar directamente con la falta de "madurez" exigida para el ejercicio del derecho concreto que se trate; pero entonces se ha de garantizar la debida asistencia al niño, así como su participación, de manera que se tome la decisión que mejor se corresponda con su "auténtica" voluntad. De nuevo resulta esclarecedor el artículo 12 de la CDPD, que, en sus párrafos tercero y cuarto, establece: "3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente

⁴² En esta línea resulta muy esclarecedora la apreciación que hizo la presidencia, durante la fase de elaboración de la CDPD, en el debate sobre la conveniencia de dedicar un artículo específico a los niños en la CDPD, aclarando que si respecto a los niños la CDPD es, como debe ser, más exigente que la CDN, los Estados que sean Partes de ambas Convenciones, estarán obligados por los estándares de mayor exigencia establecidos en la CDPD (vid. *UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee - Daily Summaries*, Daily summary of discussion at the sixth session, Volume 7, #2, 02 August 2005).

e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Es decir, que, conforme al art. 12 CDPD, se ha de establecer un modelo de apoyo en la toma de decisiones, en el ejercicio de los derechos, conforme al cual se han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona –también, lógicamente, del niño⁴³– cuyo derecho se va a ejercer, y, por consiguiente, se ha de proscribir el modelo de sustitución de la voluntad⁴⁴. Y es en esta línea que habría que interpretar el final del artículo 7.3 de la CDPD, que, muy significativamente, establece que los Estados Partes deben garantizar el derecho de los niños con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten “y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”. La asistencia apropiada es particularmente importante para el ejercicio del derecho de participación por toda la trascendencia que ya hemos visto que este derecho (y principio) tiene en el sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños; pero es evidente que la asistencia apropiada no se ha de limitar a ese derecho de participación, sino que, en realidad, se ha de proporcionar al niño, siempre que éste la necesite, en el ejercicio de cualquier derecho⁴⁵.

Ese modelo de apoyo conlleva el reconocimiento de la vinculatoriedad jurídica de la “auténtica” voluntad del niño, con o sin discapacidad, esto es, su voluntad manifiesta cuando se considere que tiene la suficien-

⁴³ En la misma línea Palacios afirma: “Si bien los sistemas de apoyo se encuentran previstos en el art. 12 de la CDPD que regula la garantía de igualdad en materia de capacidad jurídica, entiendo que son plenamente aplicables al contexto de la infancia, sobre todo en lo que atañe al proceso de participación y toma de decisiones de niños, niñas y adolescentes con discapacidad” (A. PALACIOS, “Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad”, cit., pp. 2954-2955).

⁴⁴ Respecto a este cambio fundamental que representa el artículo 12 CDPD, puede verse, por ejemplo, R. DE ASÍS ROIG, M. C. BARRANCO AVILÉS, P. CUENCA GÓMEZ y A. PALACIOS RIZZO, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español”, en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, cit., p. 28.

⁴⁵ En este sentido, pueden verse, por ejemplo, los artículos 16, 24 y 30 de la misma CDPD, que versan, respectivamente, sobre la protección contra la explotación, la violencia y el abuso; la educación; y la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

te “madurez” para el ejercicio del derecho que se trate o la que se considere que sería su voluntad de tener en ese momento esa “madurez” requerida; y, así, el rechazo de que se pueda imponer la voluntad del que, en su caso, haya de ejercer el derecho por él (aunque se pretenda justificar arguyendo que se actúa para proteger su interés superior⁴⁶). Lo contrario supondría entender que el artículo 12 de la CDPD establece el modelo de apoyo en vez del modelo de sustitución de la voluntad para todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y condición, pero que excluye (sin justificación) a los niños de ese concepto de persona, permitiendo que sólo para ellos siga rigiendo el modelo de sustitución de la voluntad. Ese modelo antes iba en contra de un adecuado sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños⁴⁷, pero ahora va en contra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al contradecir abiertamente el espíritu que anima una norma de tanta trascendencia como es la CDPD⁴⁸.

⁴⁶ En este punto resultan interesantes los planteamientos que Eekelaar desarrolla y la exposición de su interesante concepto de *dynamic self-determinism* en J. EEKELAAR, “The Importance of Thinking that Children have Rights”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, cit., p. 230; y J. EEKELAAR, “The interests of the child and the child’s wishes: the role of dynamic self-determinism”, en P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling Culture and Human Rights*, cit., especialmente pp. 46-48, 53-54 y 57-58.

⁴⁷ Como he expuesto en diferentes trabajos; así, por primera vez, en el ya citado Epílogo de I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit.

⁴⁸ En esta línea se puede entender que apuntan también las reflexiones de García Pons, que en un primer momento señala (aunque referido al Ordenamiento jurídico español, sus reflexiones se pueden generalizar) que “Cabe esperar que serán objeto de revisión también los sistemas de sustitución y complemento de la capacidad de obrar de la persona, constituidos actualmente por las instituciones de la representación legal (patria potestad, tutela), y la curatela, que implican en su mayoría la incapacitación judicial. La tendencia legislativa es a la implementación de un sistema de ayuda o apoyos a la capacidad de obrar que no implique dicha incapacitación de la persona y evite en lo posible el sistema de sustitución”; después señalará que a partir de la CDPD “el tema de las personas menores de edad con discapacidad debe contemplarse, también, desde la óptica de la no discriminación, igualdad de oportunidades y accesibilidad universal, como principios básicos que establece la expresada Convención de 2006”; y finalmente vinculará esas salvaguardias del art. 12 CDPD precisamente con el principio del interés superior del niño, señalando que éste es “perfectamente subsumible dentro de lo que el artículo 12 de la Convención de 13 de diciembre de 2006 denomina “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”” (A. GARCÍA PONS, “Algunas consideraciones a propósito del vigésimo aniversario de la Convención

En ese sentido, hay que entender que la CDPD va más allá del modelo social de la discapacidad (y también del proteccionismo “renovado”), apuntando la construcción de un modelo de los derechos humanos⁴⁹, que debe ser válido también para los niños, con o sin discapacidad. Por eso, ya no se puede seguir pensando que el modelo de sustitución de la voluntad, que no es válido para las personas con discapacidad, sí que lo puede ser para los niños. Seguir con un sistema de reconocimiento y protección de los derechos del niño basado en la interpretación y aplicación que se viene realizando desde el proteccionismo “renovado” de los principios del interés superior y de la participación del niño supone, en realidad, volver a realizar una exclusión injustificada de los niños del modelo de los derechos humanos. Por el contrario, integrar a los niños, con o sin discapacidad, en el modelo de los derechos humanos supone reconocer que también ellos tienen garantizada la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida y que, así, también para ellos habrá que encontrar un sistema que atienda a su “auténtica” voluntad para el adecuado ejercicio de sus derechos.

De esta manera, conforme al modelo de los derechos humanos, habrá de atenerse a las siguientes dos consideraciones generales para garantizar ese adecuado sistema de reconocimiento y protección del ejercicio de los derechos por los niños, con o sin discapacidad:

La primera es que se parte de que el niño, con o sin discapacidad, puede ejercitar todos los derechos humanos libremente (es decir, conforme a su voluntad manifiesta). Cualquier limitación en el ejercicio de sus derechos habrá de estar previamente justificada.

La segunda es que cuando se entienda que un niño no tiene la suficiente “madurez” exigida para ejercitar libremente algún derecho –lo que puede ir

Internacional de los Derechos del Niño, y su relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consecuencias en la actuación notarial”, cit., pp. 189-190, 191 y 195).

⁴⁹ Así se señala, por ejemplo, en el *Study of Disability in EC Development Cooperation*, en el que se diferencia la evolución que se ha producido a través de cuatro paradigmas, el de la caridad, el médico, el social y el de los derechos humanos, señalando que “La CDPD está basada en el enfoque de los derechos humanos, el cuál ha sido también adoptado por la UE” (*Study of Disability in EC Development Cooperation*, Framework contract commission 2007 Lot nr 4, Contract Nr 2009/223185, Final report Draft, September 29th 2010, Experts: Peter Coleridge, Claude Simonnot and Dominique Steverlynck, p. 29 –la traducción es responsabilidad mía–).

vinculado a un límite de edad o a un tipo de discapacidad-, habrá de procurarse siempre que el ejercicio del derecho se corresponda con lo que sería la “auténtica” voluntad del niño⁵⁰.

Esta segunda consideración afecta a dos posibles situaciones.

Una se daría cuando se considere que el niño, con o sin discapacidad, no puede ejercer libremente el derecho que se trate, pero que sí lo podrá hacer una vez que haya recibido el apoyo necesario. En este caso deberá de contar con todas esas medidas de apoyo y después poder ejercer su derecho libremente.

La otra posible situación se daría cuando se considere que el niño, con o sin discapacidad, no puede ejercer libremente el derecho que se trate ni aún recibiendo el apoyo necesario. En este caso el derecho en cuestión se ejercerá por una tercera persona habilitada al efecto, tras la debida participación del niño y tras recibir éste el apoyo necesario, procurando siempre que ese ejercicio se corresponda con lo que cabe entender que en ese caso sería la “auténtica” voluntad del niño, con o sin discapacidad, titular del derecho.

IGNACIO CAMPOY CERVERA

Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: ignacio.campoy@uc3m.es

⁵⁰ Esto supone que nunca se ha de sustituir la “auténtica” voluntad del niño, con o sin discapacidad, por la de quien tome la decisión última respecto al ejercicio del derecho (tampoco con la antigua justificación de estar actuando para proteger su “interés superior”).

CAPACIDAD JURÍDICA Y APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES. ENSEÑANZAS DE LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EN ARGENTINA E IRLANDA

LEGAL CAPACITY AND ASSISTED DECISION-MAKING. LESSONS FROM THE RECENT LEGAL REFORMS IN ARGENTINA AND IRELAND

ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ
Universidad Miguel Hernández

Fecha de recepción: 6-2-17

Fecha de aceptación: 8-4-17

Resumen: *El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reclama una profunda revisión de las legislaciones nacionales, para reconocer a las personas con discapacidad el derecho a gozar de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, y a recibir los apoyos que precisen para su ejercicio. El presente estudio examina, concretamente, las reformas legislativas en el ámbito de la capacidad jurídica recientemente aprobadas en Argentina e Irlanda, evaluando su conformidad con la Convención. El análisis realizado demuestra que ambas reformas suponen un sustancial avance y muestran a otros Estados el camino a seguir, si bien no resultan plenamente satisfactorias.*

Abstract: *Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities calls for a thorough review of State legislations, to recognise persons with disabilities the right to enjoy legal capacity on an equal basis with others, and to receive the support they need for its exercise. The present study examines, in particular, legislative reforms in the area of legal capacity adopted recently in Argentina and Ireland, assessing its conformity with the Convention. The analysis reveals that both reforms mean a substantial advance and show the way for other States to follow, although they are not fully satisfactory.*

Palabras clave: discapacidad, capacidad jurídica, toma de decisiones.

Keywords: disability, legal capacity, decision making.

1. INTRODUCCION: EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como han señalado ya muy diversos autores, el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención) contiene una de las innovaciones jurídicas más significativas de las últimas décadas, que está llamada a ejercer potencialmente un notable impacto sobre los ordenamientos nacionales, y que obliga a un profundo replanteamiento de instituciones jurídicas tradicionales que han sido asumidas pacíficamente durante siglos¹. En efecto, al obligar a los Estados a reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, y afirmar que “los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, la Convención desautoriza todas aquellas regulaciones legislativas –que son las existentes en la actualidad en la práctica totalidad de los Estados– que permiten privar a las personas con discapacidad de su capacidad jurídica (expresión que, en la Convención, ha de entenderse como comprensiva de la “capacidad de obrar” –como se desprende claramente de la alusión al “ejercicio de la capacidad”–, esto es, no se refiere tan sólo a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, sino que incluye la capacidad de realizar actos jurídicos o la capacidad para el ejercicio de los derechos²), y que establecen un sistema de representación legal que implica la sustitución de las

¹ Cfr. vg. T. RECOVER, “Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad” en M.C. GARCIA GARNICA (ed.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 22-23; L. C. PEREZ BUENO, “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones” en L. C. PEREZ BUENO (ed.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 147-155, que llega a hablar del “enorme desafío que plantea el intrépido paso dado por el artículo 12 de la Convención” (p. 150; el subrayado es nuestro).

² Cfr. R. DINERSTEIN, “Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making”, *Human Rights Brief*, núm. 19, 2012, pp. 1-5; F. J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, prólogo de F. Mariño y presentación de J. M. Fernández, Cinca, Madrid, 2014, pp. 301-306; COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general n° 1*, 2014, n. 11.

personas con discapacidad en la toma de decisiones. No se trata, por lo demás, de un aspecto menor de la Convención, pues el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye, por el contrario, la condición básica para hacer posible el pleno ejercicio de sus derechos por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ha tenido que referirse a esta cuestión en la práctica totalidad de sus Observaciones Finales a los Estados³. Es más, sobre la base de los primeros informes iniciales de los Estados que fue examinando, el Comité constató “que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”. Esta convicción le llevó a formular la primera de sus Observaciones Generales, en la que trata de proporcionar una interpretación del artículo 12 y de precisar las obligaciones generales que surgen de este precepto para los Estados Partes⁴.

La interpretación de la expresión “capacidad jurídica” como comprensiva de la “capacidad de obrar” resulta indiscutible, asimismo, a la luz de los debates producidos sobre la cuestión durante los trabajos preparatorios de la Convención: cfr. A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, prólogo de R. de Asís, Cinca, Madrid, 2008, pp. 417-462.

³ Por citar sólo alguna de las más recientes, en las Observaciones Finales a Bolivia se indica que “preocupa al Comité que persistan en el Estado parte los regímenes que limitan parcial y totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, así como la inexistencia de medidas para derogar dichas figuras jurídicas” (n. 27), y en sus Observaciones Finales a Italia el Comité expresa su preocupación por que “se siga practicando la sustitución en la toma de decisiones a través del mecanismo de apoyo administrativo llamado “*Amministrazione di Sostegno*” (n. 27). Estas Observaciones Finales fueron aprobadas, respectivamente, el 30 de agosto y 1 de septiembre de 2016. En las Observaciones Finales a España, de 23 de septiembre de 2011, se señala por su parte: “Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”.

⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general n° 1*, 2014; la cita textual es del n. 3.

Nos encontramos, en efecto, ante un cambio de paradigma que sin exageración cabe calificar de revolucionario, y que exige una revisión a fondo de las legislaciones nacionales, que los Estados se muestran sin embargo reacios a realizar⁵, tanto por la dificultad en la configuración del nuevo régimen legal, como por la resistencia de ciertos sectores jurídicos, especialmente en el ámbito del Derecho Privado, a la supresión de instituciones jurídicas consolidadas. Sin embargo, algunos Estados, como es el caso de Irlanda y Argentina, se han atrevido recientemente a llevar a cabo profundas modificaciones legislativas con el objeto de adecuar sus ordenamientos jurídicos al artículo 12 de la Convención. Pues bien, el propósito de este trabajo es examinar a la luz de la Convención las nuevas regulaciones jurídicas de los dos países señalados, tratando de dilucidar en qué medida pueden constituir un modelo para los cambios legislativos que han de llevarse a cabo en los restantes Estados, entre ellos el nuestro.

Antes de proceder a este análisis, parece oportuno, sin embargo, ofrecer previamente una breve síntesis de las exigencias del artículo 12 de la Convención, que serán el parámetro desde el que valorar las nuevas legislaciones nacionales de los dos países mencionados⁶. Concretamente, cabe

⁵ Concretamente en España, la disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, dio al Gobierno un plazo de seis meses para remitir a las Cortes un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial para su adaptación a las previsiones de la Convención; y posteriormente la disposición adicional 7ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, confirió un nuevo plazo de un año, precisando que el nuevo proyecto de Ley “establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”. Lo cierto es, sin embargo, que ambos plazos quedaron sucesivamente incumplidos, y han pasado cerca de nueve años desde la entrada en vigor de la Convención sin que se conozca propuesta legislativa alguna.

⁶ No llevo a cabo un detenido análisis de los complejos problemas que plantea el artículo 12, pues excedería de los propósitos del presente trabajo, y es una materia sobre la que se han publicado ya excelentes estudios, a los que remito: cfr. vg. P. CUENCA, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, prólogo de R. de Asís, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, especialmente pp. 200-215; F. J. BARRIFL, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, cit., especialmente pp. 289-398. Asimismo, se abordan con extensión esos problemas en la Observación General nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, que proporciona una “interpretación auténtica” del artículo 12.

definir tres principios básicos que conforme al artículo 12 han de inspirar la regulación legal de la capacidad jurídica:

- 1) Los ordenamientos jurídicos han de reconocer la plena capacidad de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos (lo que en Derecho español se denomina “capacidad de obrar”), excluyéndose por tanto de plano cualesquiera figuras –como la tradicional tutela o “guardianship”– que supongan la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones. Como se ha señalado, “el modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción”⁷.
- 2) Los ordenamientos jurídicos han de instituir los mecanismos de apoyo que puedan resultar precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, basados siempre en el respeto a su voluntad y sus preferencias y encaminados a facilitarles el proceso de adopción y expresión de sus decisiones, y que deberán ser suficientemente amplios y flexibles para ser capaces de adaptarse a la situación, circunstancias y necesidades de cada persona. Podemos encontrarnos, con todo, ante situaciones en las que no sea posible conocer de ningún modo la voluntad de la persona y ésta no sea capaz de hecho de prestar su consentimiento, y sea preciso sin embargo adoptar una decisión o concluir un acto jurídico; en tales casos extremos, el apoyo consistirá en realizar la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona, basada por ejemplo en su historia de vida, en sus deseos y preferencias anteriores, o en su expresión de confianza a determinadas personas, lo que podrá llevar en la práctica a otorgar un consentimiento por representación para determinados actos jurídicos, que, no obstante, se distancia netamente de la sustitución en la toma de decisiones prohibida por el artículo 12 de la Convención⁸.

⁷ P. CUENCA, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., p. 212.

⁸ Cfr., en este sentido, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general n° 1*, cit., n. 21; A. ARSTEIN-KERSLAKE – E. FLYNN, “The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities; a roadmap for equality before the law”, *The International Journal of Human Rights*, núm. 20, 2016, pp. 471-490; P. CUENCA, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., pp. 212-213. En contra, F. J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, cit., pp. 383-385, quien sostiene “que existe incompa-

- 3) Finalmente, los ordenamientos jurídicos han de establecer las oportunas salvaguardas –que habrán de ser más intensas en la medida en que lo sean los apoyos– para garantizar que los mecanismos de apoyo respeten efectivamente los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona apoyada y para evitar cualquier abuso, entre las que se incluye su revisión periódica por la autoridad judicial.

2. LA NUEVA REGULACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA EN ARGENTINA

La nueva regulación de la capacidad jurídica en Argentina forma parte de una reforma legislativa mucho más ambiciosa: en efecto, Argentina cuenta desde fecha reciente con un nuevo Código civil y comercial, que fue aprobado por el Congreso el 1 de octubre de 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de 2015⁹. Es de destacar que, durante su elaboración, se contó con la participación de la sociedad civil, y particularmente, en lo que se refiere a la materia abordada en el presente estudio, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad.

El régimen jurídico instituido por el nuevo Código Civil y Comercial en relación con la capacidad jurídica y su ejercicio puede resumirse en los siguientes aspectos esenciales:

- a) Se afirma expresamente la *capacidad jurídica de toda persona*, que se refiere tanto a lo que el Código denomina “capacidad de derecho”, que puede ser definida como la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, como a la “capacidad de ejercicio”, que es la capacidad para ejercer por uno mismo los derechos reconocidos por el ordenamiento (artículos 22 y 23). En consecuencia, la capacidad siempre se presume (artículo 32 a), y las limitaciones a la capacidad

tibilidad absoluta entre el modelo de los apoyos y cualquier tipo de representación legal, incluso aquella de tipo específico y excepcional”, y considera sin embargo compatible con la Convención la declaración de incapacidad de la persona y su sujeción a un curador, siempre que se realice fuera del modelo de los apoyos y el motivo no sea la discapacidad.

⁹ El anteproyecto fue elaborado por una Comisión de expertos, la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, creada por Decreto de la Presidenta de la República de 23 de febrero de 2011. Culminado el anteproyecto el 27 de febrero de 2012, inició su tramitación parlamentaria el 8 de junio siguiente, que concluyó con su aprobación por el Congreso el 1 de octubre de 2014.

- sólo pueden acordarse de modo excepcional, tras un proceso judicial en el que se lleve a cabo una evaluación individualizada de la situación de la persona, y siempre en su beneficio (artículo 32 b), es decir, con la finalidad de promover sus derechos y proteger su autonomía personal, como precisa el artículo 43 en su párrafo segundo.
- b) El Código prevé, no obstante, que puedan establecerse *restricciones a la capacidad*. Concretamente, el párrafo primero del artículo 32 dispone que “el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. Como puede observarse, la situación habilitante de la restricción de la capacidad queda configurada por la concurrencia simultánea de dos presupuestos: en primer lugar, es necesario que la persona tenga una adicción o alteración mental grave permanente o prolongada; pero no basta con ello, sino que es preciso además que se prevea que de la conservación de la plena capacidad de ejercicio pueda resultar un daño a su persona o bienes. La restricción de la capacidad se acuerda sólo respecto de actos determinados –que deben precisarse en la sentencia–, de modo que, respecto de aquellos actos sobre los que la sentencia no se haya pronunciado, rige la regla general de presunción de la capacidad de ejercicio; el artículo 38 ordena además “que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”, por lo que el alcance de la restricción habrá de ser el mínimo imprescindible.
- c) El efecto principal de la restricción de la capacidad es la *provisión de medidas de apoyo*, que el artículo 43 configura de forma muy flexible, pues se trata de “cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”. Como se ha señalado, “en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades, debiendo diseñarse a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona. Puede ser singular o plural. Conformarse con familiares, operadores externos, trabajadores sociales, instituciones, o bien

una o varias de estas opciones”¹⁰. Ello significa, por tanto, que la naturaleza, alcance y efectos de los mecanismos de apoyo deberán precisarse de forma individualizada en la sentencia. No obstante, la regulación contenida en el Código permite delinear algunas características generales. En primer lugar, como muestra con claridad el inciso inicial del artículo 43, los mecanismos de apoyo no se proyectan únicamente en el estricto ámbito de los actos jurídicos, sino que están encaminados a facilitar la toma de decisiones en todos aquellos aspectos de la vida en que la persona pueda precisarlos, pudiendo abarcar, pues, tanto aspectos personales como patrimoniales. En segundo lugar –y esta es quizás la característica más relevante de los mecanismos de apoyo–, la intervención principal del prestador de apoyos no se produce sustituyendo o completando la capacidad de la persona para la adopción de decisiones con eficacia jurídica y para la celebración de actos jurídicos –como sucede en las instituciones tradicionales reguladas por nuestro Código civil, la tutela y la curatela–, sino con carácter previo, en el proceso de formación de la voluntad: el apoyo está orientado a que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisión, informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias¹¹. Así lo indica con toda claridad el segundo párrafo del artículo 43: “las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”. En tercer lugar, el incumplimiento de los mecanismos de apoyo establecidos puede afectar a la validez de los actos jurídicos de la persona con capacidad restringida,

¹⁰ S. FERNANDEZ, “Comentario al artículo 43”, en M. HERRERA – G. CAMELO – S. PICASSO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojús, Buenos Aires, 2015, p. 113.

¹¹ Cfr. en este sentido F. J. BARIFFI, “Restricción a la capacidad y capacidad civil. Tensiones constitucionales y Código Civil y Comercial”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 77, 2016, pp. 65-66. Es, en cambio, la incorrecta comprensión de los mecanismos de apoyo lo que lleva a algunos autores a entender como tales las tradicionales instituciones de la tutela y la curatela: cfr. en este sentido C. MARTINEZ DE AGUIRRE, “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en S. DE SALAS (ed.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40 (especialmente pp. 32-35).

si bien tampoco en este ámbito se establece una regla general, pues el artículo 38 se remite nuevamente a la sentencia, que habrá de “señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”. Una vez más, cabe aquí una amplia gama de posibilidades: la sentencia puede establecer, por ejemplo, que los actos jurídicos concluidos por la persona con discapacidad sean plenamente válidos, siempre que haya contado con la ayuda del apoyo designado antes de la adopción de la decisión; puede exigir para su validez que cuenten también con el consentimiento del prestador de apoyo; o podría incluso otorgar validez a actos relativos a la persona o bienes del apoyado que cuenten únicamente con la manifestación de voluntad expresa del prestador de apoyo (lo que tiene sentido sobre todo si el apoyado no tiene forma alguna de comunicar su voluntad), como admite de forma explícita el artículo 101 en su inciso c) al prever que los apoyos puedan tener funciones representativas respecto de determinados actos previstos en la sentencia. Naturalmente, esta representación no cabe en relación con los actos de naturaleza personalísima, para los que en principio se encuentra excluido el consentimiento por representación¹²; y, aun-

¹² En este sentido, debe tenerse en cuenta el régimen específico establecido por el Código para determinados actos jurídicos de naturaleza personalísima. Así, por ejemplo, en relación con el matrimonio, los artículos 403 y 405 prevén que, cuando la persona se encuentre en una situación de falta permanente o transitoria de salud mental que impida el discernimiento para el acto matrimonial, ya tenga la capacidad restringida o no, sólo podrá contraer matrimonio con autorización judicial, que requerirá previamente el dictamen de un equipo interdisciplinar “sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada”, y la entrevista personal del juez con los futuros contrayentes. Por su parte, en el campo de las decisiones acerca de la salud sólo cabe el consentimiento por representación “si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente”, y media una “situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida y salud” (artículo 59, párrafo final). Respecto de otro derecho personalísimo como el derecho al voto, el artículo 3 a) del Código Electoral excluye del mismo a “los dementes declarados tales en juicio”, pero debe entenderse que esta norma ha quedado derogada por el nuevo régimen establecido por el Código Civil y Comercial, dado que éste ha suprimido la categoría jurídica de demente, y así lo ha señalado el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema en dictamen de 6 de abril de 2016, por lo que, de aceptarse esta tesis, hoy no existiría en Argentina la posibilidad de privar del derecho de sufragio a las personas con discapacidad, que como es lógico sólo podrían ejercerlo de forma personal, aun cuando cuenten para ello con los debidos apoyos.

que el Código no lo indica expresamente, debe entenderse que es de aplicación al apoyo con funciones representativas la exigencia de autorización judicial para la celebración de determinados actos que impone el artículo 121 al tutor de los menores de edad, pues parece lógico que, si se requiere esa autorización para una figura de representación que goza de más amplios poderes, deba exigirse con mayor motivo para una representación con poderes más limitados. Por supuesto, la sentencia puede establecer distintos regímenes y designar diversas figuras de apoyo en relación con los diferentes actos jurídicos. Finalmente, y como indica el artículo 32 en su párrafo tercero, todos los mecanismos de apoyo deben favorecer siempre las decisiones que respondan a las preferencias de la persona apoyada. Por lo que se refiere a la designación de los mecanismos de apoyo, el último párrafo del artículo 43 prevé que “el interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”, si bien la decisión corresponde al juez, que ha de “procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida”.

- d) El Derecho argentino mantiene, no obstante, un supuesto residual de *incapacitación* tradicional: concretamente, el último párrafo del artículo 32 del Código dispone que “cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad”. El efecto de esta declaración de incapacidad es la provisión de una figura, a la que el Código civil argentino denomina “curador”, que tiene las mismas funciones que el tutor de los menores de edad (artículo 138, párrafo primero), ostentando por tanto la plena representación legal del incapaz en las cuestiones de carácter patrimonial (artículo 117) y sustituyéndole pues en la adopción de decisiones, con las limitaciones establecidas por los artículos 120 a 127, que, comportan, por ejemplo, la exigencia de autorización judicial para ciertos actos jurídicos; respecto del curador, se precisa que su función principal es “cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud” (artículo 138, párrafo segundo). La persona capaz puede designar al curador mediante una directiva anticipada, pero la decisión corresponde al juez, que puede aprobar o no esta designación (artículo 139).

- e) Finalmente, debe reseñarse que el Código civil argentino, en sus artículos 31 a 40, rodea el proceso de restricción de la capacidad de un conjunto riguroso de *garantías*, encaminadas a que la decisión judicial sea la más adecuada para la persona con discapacidad y la que en mayor medida promueva su autonomía personal. Pueden destacarse, en este sentido, tres aspectos fundamentales. En primer lugar, se reconoce el derecho de la persona interesada a participar en el proceso (artículo 31 e), otorgándole incluso el carácter de parte (artículo 36, párrafo 1º), lo que implica que puede aportar todas las pruebas que estime oportunas, ya sea en defensa de su capacidad o para solicitar determinadas restricciones o medidas de apoyo. El interesado debe comparecer además con asistencia letrada, “que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios”, de suerte que, si comparece sin abogado, el juez debe nombrarle uno de inmediato (artículo 36, párrafo segundo). El Código exige además (artículo 36) que se garantice la inmediatez con el interesado durante el proceso, de suerte que el juez no podrá tomar su decisión con base únicamente en determinados dictámenes externos, sino que habrá de tener un conocimiento directo de la situación de la persona que le permita comprender sus habilidades, aptitudes y necesidades; se obliga además al juez a celebrar una entrevista personal con el interesado antes de adoptar resolución alguna, en la que deberán estar presentes el abogado que le preste asistencia y el Ministerio Público. Para lograr que la participación del interesado en el proceso sea plenamente efectiva, se exige asegurar su accesibilidad (no solo física, sino también comunicacional o cognitiva), realizando los ajustes razonables que resulten oportunos, y garantizando el derecho del interesado a recibir información “a través de medios y tecnologías adecuados para su comprensión” (artículo 31, letra d). Una segunda garantía de extraordinaria relevancia es la interdisciplinariedad, que se traduce concretamente en que, previamente a dictar la sentencia que pone fin al proceso de restricción de la capacidad, el juez ha de contar con el dictamen de un equipo interdisciplinar (artículo 37 *in fine*), es decir, la evaluación de la persona no puede ser únicamente médica, sino que exige la intervención de otros profesionales como psicólogos o trabajadores sociales, lo que resulta coherente con un enfoque de la discapacidad propio del modelo social y no del modelo médico-rehabilitador. Finalmente, el artículo 40 ordena

la revisión periódica de las restricciones a la capacidad, que puede ser solicitada en cualquier momento por el interesado, y ha de realizarse imperativamente en el plazo de tres años, revisión que habrá de incluir nuevos dictámenes interdisciplinarios y una nueva audiencia personal con el interesado; para reforzar el deber del juez de proceder de oficio a la revisión, se establece además el deber del Ministerio Público de instarla si el juez no la hubiere efectuado. Como consecuencia de tal revisión, puede decretarse el cese de la incapacidad o de las restricciones a la capacidad (artículo 47), o bien reducirse los actos jurídicos para los que la persona tiene su capacidad restringida, o cualquier otra modificación en las medidas de apoyo o en su alcance y efectos.

Procede ahora confrontar esta nueva regulación legislativa con las disposiciones de la Convención. En este sentido, el primer aspecto que salta a la vista es que el Código civil y comercial argentino continúa hablando de restricciones a la capacidad; es más, al definir la situación que habilita para una restricción de la capacidad sigue haciéndose referencia a la discapacidad –a una alteración mental permanente o prolongada–, aun cuando no es éste el único requisito, sino que se exige además la previsión que del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar un daño a la persona o bienes. Pero, en definitiva, nos encontramos con que a las personas con discapacidad –y sólo a éstas– se les puede privar de su capacidad jurídica, aunque sea sólo parcialmente, respecto de actos específicos y con carácter excepcional, lo que implica que no se les reconoce “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, como reclama el artículo 12 de la Convención en su apartado segundo. Resulta indudable, por supuesto, que la provisión de apoyos a la toma de decisiones puede incidir, como se ha mostrado, en la validez de los actos jurídicos, que en determinados casos requerirán contar con el consentimiento del prestador de apoyo, e incluso, en situaciones extremas, podrán concluirse únicamente con su consentimiento, lo que permite afirmar que ciertos efectos jurídicos de la provisión de apoyos pueden ser similares a los de una restricción de la capacidad. No se trata, sin embargo, de una cuestión meramente terminológica. En primer lugar, porque es necesario eliminar por completo la sospecha, que se encuentra tan profundamente anclada en la mentalidad común –y que, en cierto modo, el artículo 32 del Código Civil y Comercial argentino perpetúa–, de que la protección de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial requiere restringir su capacidad jurídica. Pero, sobre todo, porque un correcto entendimiento del modelo de apoyos exi-

ge comprender que éstos constituyen ayudas precisamente para que la persona pueda adoptar sus propias decisiones y ejercer su capacidad jurídica, y por tanto no parece necesario ni razonable que hayan de tener como presupuesto una restricción de la capacidad. Por supuesto, valga la insistencia, la ausencia de una restricción formal de la capacidad es plenamente compatible con que se establezca, en su caso, como condición para la validez de los actos jurídicos, el cumplimiento de los mecanismos de apoyo establecidos. En definitiva, el paradigma al que apunta la Convención nos obliga a huir del rígido esquematismo de los regímenes jurídicos tradicionales, que asociaban una figura de protección a una previa declaración de incapacidad, y diseñar un modelo que ofrece una solución individualizada para la situación de cada persona, con el fin de hacer posible el pleno ejercicio de sus derechos, lo que sin duda es enormemente más complejo.

En esta misma línea, el reparo más grave que, desde mi punto de vista, cabe hacer a la nueva regulación legislativa argentina es que se haya mantenido una figura que supone la privación completa de la capacidad jurídica y la sustitución en la toma de decisiones. Es cierto que se trata de un supuesto residual, y que la circunstancia habilitante de la declaración de incapacidad no es la discapacidad de la persona, sino una situación de hecho –la absoluta imposibilidad fáctica de interaccionar con el entorno–; pero, por las razones apuntadas más arriba, se trata en mi opinión de una previsión radicalmente incompatible con el artículo 12 de la Convención, y que, dado que con toda probabilidad se aplicará principalmente a personas con discapacidad, constituye una discriminación por motivos de discapacidad prohibida por el artículo 5. Se trata, además, de una previsión que no resultaba en absoluto necesaria, pues, como se ha indicado, el modelo de apoyos previsto por el Código permite expresamente que los apoyos puedan ejercer funciones representativas, y adoptar por tanto decisiones con eficacia jurídica cuando la persona apoyada se encuentra imposibilitada de adoptarlas.

El modelo de apoyos es, sin duda, el aspecto más innovador de la nueva legislación, y el que merece en cambio una valoración más positiva. Resulta particularmente encomiable la notable flexibilidad con la que se han configurado las medidas de apoyo, permitiendo una gran variedad de modalidades y una amplia diversidad de efectos jurídicos, lo que hará posible su diseño y aplicación individualizada en atención a las circunstancias de cada persona¹³.

¹³ Cfr. en este sentido L. PAGANO, “El papel de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción a la capacidad”, *Derecho de Familia. Revista*

El Código insiste además, reiteradamente, en que las medidas de apoyo han de favorecer la voluntad y las preferencias de la persona, mostrando de este modo con claridad el fin que cualquier prestador de apoyos ha de perseguir, que, como explícitamente ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no es la protección del “interés superior” de la persona con discapacidad, sino el respeto de su voluntad y sus preferencias, que incluyen “el derecho a asumir riesgos y cometer errores”¹⁴. Resulta incoherente, sin embargo, que no se respete esa voluntad en cuanto a la propia designación de las figuras de apoyo, pues el Código permite al juez apartarse de la propuesta realizada por el interesado; en mi opinión, sería más correcto establecer como regla general la sujeción del juez a la designación efectuada por el interesado, de tal forma que sólo pueda prescindir de ella en casos graves y por causas justificadas.

Por lo que se refiere, finalmente, a las salvaguardas para garantizar que los apoyos respeten la voluntad de la persona y evitar los abusos, podemos incluir en esta categoría la regulación de las garantías del procedimiento judicial, que resulta muy acertada y completa, en particular en lo que se refiere al derecho del interesado a participar con asistencia letrada y a la exigencia de que la evaluación de la persona sea realizada por un equipo interdisciplinar. Pero sin duda la más importante y valiosa es la revisión periódica de los mecanismos de apoyo por la autoridad judicial, siempre que lo solicite el interesado y en todo caso cada tres años; no obstante, quizás debería haberse ampliado la legitimación para solicitar la revisión antes de cumplirse el plazo citado de tres años, al menos al Ministerio Público, a los propios prestadores de apoyo y a los familiares que conforme al artículo 33 pueden solicitar la restricción de la capacidad, pues nos encontramos ante la vía más eficaz para poner fin al posible abuso, conflicto de intereses o influencia indebida por parte de alguna de las figuras de apoyo. En aquellos supuestos de apoyos más intensos motivados por la imposibilidad de la persona de dar a conocer su voluntad, constituye también una salvaguarda eficaz la exigencia de autorización judicial para determinados actos jurídicos, entre ellos todos los actos de disposición, que establece el artículo 121; no obstante, pienso que, para estos casos, el Código debería haber recogido también explícitamente

Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, núm. 77, 2016, pp. 113-125, que examina diversas Sentencias judiciales posteriores a la promulgación del nuevo Código que han hecho uso de esa variedad de modalidades de apoyo.

¹⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general n° 1*, cit., nn. 21-22.

el criterio formulado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General n° 1 (n. 21), que obliga a la figura de apoyo a actuar de acuerdo con la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona apoyada, lo que es sustancial para distinguir estos apoyos intensos de la sustitución en la toma de decisiones.

La nueva regulación legislativa de la capacidad jurídica en Argentina presenta, pues, en síntesis, luces y sombras. Sin lugar a dudas, el diseño del sistema de apoyos representa un sustancial avance respecto de los modelos tradicionales del Derecho privado –y, concretamente, respecto de las figuras de la tutela, la curatela y la prórroga de la patria potestad contempladas por el Código civil español–, pues con toda claridad el centro de atención se desplaza de la protección del supuesto “interés superior” de la persona con discapacidad sustituyéndole en la toma de decisiones a la protección de su libertad facilitándole la toma de decisiones. Nos encontramos, pues, ante una regulación que puede servir como pauta de inspiración para otras reformas legislativas, como también lo es la del procedimiento judicial para la determinación de apoyos. Debe evitarse, sin embargo, la asociación entre la provisión de apoyos y la restricción de la capacidad. Y, por supuesto, no es oportuno que permanezca en los ordenamientos jurídicos –ni siquiera para casos extremos y excepcionales– figura alguna que responda al tradicional paradigma de la toma de decisiones sustitutiva. No está de más recordar en este contexto un principio general de política legislativa, muy útil para el Derecho de la Discapacidad, que es la conveniencia de evitar la elaboración de normas legales para casos-límite, que más tarde tenderán inevitablemente a ser objeto de una interpretación extensiva¹⁵.

3. LA LEY IRLANDESA DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES

Irlanda, aunque firmó prontamente (el 30 de marzo de 2007) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no la ha

¹⁵ Como se ha señalado, “los casos-límite podrán ser resueltos con más eficacia por instancias judiciales, capaces de apreciar en miniatura posibles circunstancias agravantes, atenuantes o incluso eximentes. La ley, por el contrario, se ve obligada a plantear situaciones generales, como si pintara con brocha gorda; aplicada a casos estadísticamente atípicos, tenderá a convertir la excepción en regla con efectos tan imprevisibles como arriesgados” (A. OLLERO, “Política legislativa”, en C. ROMEO CASABONA (ed.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, vol. II, Comares, Granada, 2011, p. 1282). En relación con la cuestión examinada en el presente trabajo, el caso-límite puede ser perfectamente atendido con las amplias facultades conferidas a la autoridad judicial para el diseño de los apoyos.

ratificado hasta el momento, siendo el único Estado miembro de la Unión Europea que no es parte en el Tratado (y dándose además la curiosa circunstancia de que sí lo es la Unión Europea en su conjunto). Este retraso en la ratificación se encuentra motivado por el deseo, reiteradamente expresado por el Gobierno, de llevar a cabo las reformas legislativas necesarias para dar cumplimiento a la Convención antes de proceder a su ratificación. De las distintas reformas programadas por el Gobierno, sin duda la más importante era la relativa a la capacidad jurídica y los mecanismos de guarda legal, materia regida hasta ahora en Irlanda por una normativa obsoleta, contenida en la llamada “Ley de Regulación de la Locura” –*Lunacy Regulation Act*– de 1871. La nueva Ley, denominada “de Apoyo en la Toma de Decisiones” –*Assisted Decision Making (Capacity) Act*– fue promulgada el 30 de diciembre de 2015, si bien al cierre de estas páginas todavía no han entrado en vigor más que algunas disposiciones menores de naturaleza básicamente administrativa¹⁶, relativas concretamente a la creación del nuevo Servicio de Apoyo a la Toma de Decisiones, al que más adelante se hará referencia.

Probablemente el aspecto más relevante de la nueva Ley irlandesa es la pretensión de que sea la propia persona la que adopte las previsiones necesarias acerca del ejercicio de su capacidad. Para ello contempla tres instituciones fundamentales –la toma de decisiones con apoyo, la codecisión y el apoderamiento preventivo (*enduring powers of attorney*):

- a) Por un lado, una persona mayor de 18 años que considere que su capacidad para la adopción de decisiones sea dudosa o pueda serlo en el corto plazo puede nombrar –a través de un acuerdo de apoyo en la toma de decisiones– a una o varias personas de apoyo, que le ayudarán en la adopción de las decisiones en aquellos asuntos personales y/o patrimoniales que se contemplen en el acuerdo (artículo 10). La persona de apoyo no tomará las decisiones en lugar de la persona apoyada, ni siquiera las complementará, sino que las decisiones se considerarán como adoptadas únicamente por ésta; las funciones de la persona de apoyo se circunscriben, tal y como las expresa el artículo 14, a ayudar a la persona apoyada a obtener la información relevante para las decisiones, aconsejarle, verificar su voluntad y sus preferencias y ayudarle a comunicarlás, ayudarle

¹⁶ Como es bien sabido, en el Derecho anglosajón normalmente la entrada en vigor de las leyes no aparece datada en la ley, sino que se remite a una posterior orden –u órdenes– del Ministro competente.

- a adoptar y expresar su decisión y esforzarse para asegurar que sus decisiones son llevadas a efecto. En caso de que las personas de apoyo sean varias, el acuerdo deberá especificar si actuarán conjunta o solidariamente.
- b) En segundo lugar, en las mismas circunstancias la persona puede también optar por nombrar, a través de un acuerdo de codecisión, un codecisor, es decir, una persona que adopte con él las decisiones en los asuntos personales y/o patrimoniales a que se refiere el acuerdo, si bien en este caso ha de tratarse necesariamente de un familiar o amigo que esté unido con quien le designa por una relación de confianza (artículo 17). Para la validez de un acuerdo de codecisión se requiere un dictamen médico que declare que la persona que nombra al codecisor tiene capacidad de adoptar la decisión de concluir el acuerdo, y tiene capacidad de adoptar las decisiones a las que éste se refiere con el apoyo del codecisor (artículo 21.4, letra f). Las funciones del codecisor incluyen las de la persona de apoyo mencionadas en la figura anterior, pero además el codecisor ha de tomar la decisión conjuntamente con la persona que le ha designado, es decir, ha de prestar su consentimiento, y, en caso de que la decisión dé lugar a un acto jurídico, este será nulo si no cuenta con el consentimiento de ambos (con la firma de ambos si se formaliza en un documento escrito). Pueden existir también varios codecisores, pero –a diferencia de lo que ocurría con la primera de las instituciones examinadas– habrán de ser nombrados en acuerdos de codecisión distintos y respecto a materias o decisiones diferentes. Finalmente, es relevante señalar que existe un límite objetivo del alcance de la codecisión, pues ésta no podrá incluir actos de disposición de los bienes a título gratuito (artículo 17.4).
- c) Por último, cualquier persona mayor de 18 años, en previsión de una futura falta de capacidad para la adopción de decisiones, puede designar un mandatario o apoderado al que confiera un poder general respecto de su patrimonio o un poder específico para determinados asuntos personales o patrimoniales, poderes que no entrarán en vigor hasta tanto el poderdante carezca de capacidad para adoptar esas decisiones (artículo 59)¹⁷. Existen algunas limitaciones res-

¹⁷ Se trata de una institución semejante a la contemplada en nuestro Derecho por el artículo 1732.2 del Código Civil, en su segundo inciso: cfr. al respecto M. J. GARCIA ALGUACIL,

pecto del contenido de estos poderes: en relación con la esfera personal, el poder no puede comprender decisión alguna relacionada con el rechazo de los tratamientos necesarios para el mantenimiento de la vida, ni tampoco las que hayan sido objeto de directivas médicas anticipadas preexistentes –además, el apoderado nunca podrá hacer uso de la fuerza sobre el poderdante (imponiendo, por ejemplo, un internamiento involuntario o cualquier otra medida coercitiva), salvo en circunstancias de emergencia excepcional, y siempre y cuando la medida sea necesaria y proporcionada (artículo 62); por su parte, en relación con la esfera patrimonial la Ley dispone que el apoderado no podrá realizar actos de disposición a título gratuito salvo que se encuentren expresamente autorizados por el poder, e, incluso en este caso, habrán de limitarse a regalos a personas relacionadas con el poderdante en ocasiones acostumbradas, o donaciones a entidades sin ánimo de lucro de una cuantía razonable en relación con el valor de los bienes y las obligaciones financieras del poderdante (artículo 63). Un poderdante puede designar varios apoderados, debiendo el poder establecer si actuarán mancomunada o solidariamente; en defecto de disposición expresa, se entenderá que actúan mancomunadamente.

Puede suceder, sin embargo, que una persona que no haya adoptado previsión alguna devenga en la práctica incapaz de adoptar decisiones. En tal caso, puede ser declarado incapaz judicialmente en relación con una o más decisiones en la esfera personal y/o patrimonial, existiendo dos modalidades de esta incapacidad: el órgano judicial puede declarar que la persona es incapaz a menos que cuente con la asistencia de un codecisor, o que es incapaz aun cuando pudiera contar con la asistencia de un codecisor (artículo 37). En el primero de los casos, el órgano judicial concederá un plazo al interesado para adoptar un acuerdo de codecisión; en el segundo de los casos –y también en el primero, si transcurre el plazo sin que se haya concluido el acuerdo de codecisión– el órgano judicial nombrará un representante en la toma de decisiones. Para determinar la capacidad de la persona, el artículo 3 de la Ley ordena una evaluación funcional, señalando concretamente que una persona será considerada incapaz para tomar una decisión

“Algunos instrumentos de asistencia al discapacitado: la guarda de hecho y los apoderamientos otorgados antes o en atención a la discapacidad”, en M. C. GARCIA GARNICA (ed.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad...*, cit., pp. 136-145.

si no puede entender la información relevante para adoptar la decisión, retenerla el tiempo suficiente para hacer una elección voluntaria, usarla como parte del proceso de adopción de la decisión o comunicar su decisión por cualquier medio. El representante tomará las decisiones a que se refiere su representación en nombre de la persona declarada incapaz, si bien deberá, en la medida de lo posible, verificar la voluntad y las preferencias de aquélla y ayudarle a comunicarlas (artículo 41). Por lo demás, se aplican al representante, respecto del contenido de su poder, los mismos límites señalados más arriba respecto del apoderado –si bien podrá realizar actos de disposición a título gratuito con autorización judicial–, y se prevé asimismo que podrán designarse varios representantes, debiendo la resolución judicial especificar si actuarán mancomunada o solidariamente. La declaración de incapacidad y, por tanto, la designación del representante deberán ser revisadas judicialmente en cualquier momento en que lo solicite la persona declarada incapaz, y de oficio cada 12 meses, o cada 3 años si el órgano judicial estima que no es probable que la persona recupere su capacidad (artículo 49).

Es preciso destacar que todos los mecanismos de intervención en relación con la capacidad jurídica de las personas a que se acaba de hacer referencia –desde el apoyo en la toma de decisiones a la representación– están sujetos a los principios generales que define el artículo 8 de la Ley, que naturalmente son más relevantes en la medida en que la intervención es más intensa. En primer lugar, no podrá considerarse que una persona es incapaz para tomar una decisión a menos que se hayan dado todos los pasos viables para ayudarle a hacerlo, y no podrá ser considerada incapaz sólo por el hecho de que haya adoptado o sea probable que adopte una decisión errónea. En segundo lugar, la intervención sólo se llevará a cabo si resulta necesaria, y deberá hacerse de la forma menos restrictiva de la libertad de la persona, y con respeto a su integridad corporal, privacidad y autonomía. Finalmente, al adoptar cualquier decisión, la persona que realiza la intervención deberá poner en práctica, siempre que sea viable, la voluntad y preferencias actuales y pretéritas de la persona afectada que sean verificables, y deberá tener en cuenta sus creencias y valores. En caso de que sea probable que la persona pueda recuperar su capacidad, sólo se realizará la intervención si existe una razón de urgencia.

Por lo que se refiere a las salvaguardas destinadas a evitar los abusos y conflictos de intereses, la Ley contiene un amplio conjunto de medidas con esta finalidad. Además de los principios y límites ya señalados respecto del

contenido de las intervenciones, es relevante mencionar, por ejemplo, que se establecen un conjunto de causas de inidoneidad para asumir cualquiera de las figuras de apoyo reguladas por la Ley. No pueden ser designados para tales funciones, entre otros, los menores de 18 años; quienes hayan sido condenados por un delito contra la persona a la que se debe prestar apoyo o contra su patrimonio; o los propietarios, responsables o empleados de un Centro para personas con discapacidad en el que resida el interesado, salvo que sean sus familiares inmediatos. Asimismo, si la persona de apoyo es cónyuge o pareja de hecho de la persona apoyada o convive con ésta, incurre en inidoneidad sobrevenida si se disuelve el matrimonio o pareja de hecho, si se produce su separación legal o las partes firman un acuerdo de separación, o si las partes cesan en su convivencia durante más de 12 meses. Otro de los aspectos más relevantes de la Ley es, igualmente, la creación de un organismo administrativo –denominado Servicio de Apoyo en la Toma de Decisiones (*Decision Support Service*)–, ante el que cualquier persona puede denunciar que una figura de apoyo no está cumpliendo adecuadamente sus funciones; si el Director del Servicio estima que la denuncia es fundada, podrá solicitar judicialmente que estas funciones le sean retiradas. Asimismo, las figuras de apoyo deberán remitir al citado Servicio informes periódicos acerca del cumplimiento de sus funciones, y se atribuye al Servicio una competencia general de evaluación y supervisión.

Una vez expuestos de un modo sintético los aspectos sustanciales de la nueva regulación legislativa irlandesa, procede ahora examinar su acomodación a las disposiciones de la Convención. En primer lugar, debe destacarse que la orientación principal de la Ley es el respeto a la voluntad de la persona que pueda tener dificultades en relación con la adopción de decisiones, ofreciéndole incluso un variado elenco de posibilidades para que ella misma pueda establecer las previsiones adecuadas acerca del ejercicio de su capacidad jurídica; concretamente, pienso que las figuras del acuerdo de apoyo en la toma de decisiones y el acuerdo de codecisión pueden ofrecer una respuesta satisfactoria a la mayor parte de las situaciones en las que pueden encontrarse las personas con discapacidad intelectual o psicosocial. En este sentido, cabe afirmar sin duda alguna que el modelo irlandés –que, como recomienda el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, abandona por completo el criterio del “interés superior” para sustituirlo por el criterio de la “voluntad y preferencias” – constituye un trascendental avance en la dirección adecuada.

Asimismo, parecen suficientes las salvaguardas encaminadas a garantizar el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona apoyada y a evitar los abusos; pueden encuadrarse en esta categoría, por ejemplo, los mecanismos de supervisión administrativa y judicial de las diversas figuras de apoyo instituidos por la Ley, las limitaciones respecto de los actos que pueden ser objeto del acuerdo de codecisión o de los poderes del representante o apoderado o, en el caso de una incapacidad declarada judicialmente, la obligación de revisar de oficio la declaración cada tres años. Se echan en falta, en cambio, salvaguardas más rigurosas que garanticen en lo posible la adopción de la decisión más adecuada en los procedimientos judiciales relativos a la capacidad jurídica –como las establecidas por el Código civil y comercial argentino–, asegurando concretamente la plena participación del interesado en el proceso, con las medidas de apoyo y ajustes razonables que sean necesarios, la audiencia directa del órgano judicial al interesado, y la puesta a disposición del órgano judicial de toda la información necesaria, incluyendo una evaluación interdisciplinar de la persona cuya capacidad se cuestiona (la Ley irlandesa ni siquiera requiere que el órgano judicial cuente con un dictamen médico antes de la declaración de incapacidad, que el artículo 50 prevé únicamente con carácter facultativo, mientras que no hace mención alguna a informes de otros profesionales como psicólogos o trabajadores sociales).

La principal sombra de la nueva Ley irlandesa es, sin embargo, una vez más, la posibilidad de que pueda declararse judicialmente la incapacidad de una persona, declaración que lleva necesariamente aparejada la designación de un representante que le sustituya en la toma de decisiones, permaneciendo por tanto inalterado, en este aspecto, el modelo tradicional: como se ha dicho, nos encontramos con que “la premisa básica de la nueva legislación es que un cierto estándar de capacidad mental es un requisito previo para el reconocimiento de la capacidad jurídica del individuo”¹⁸, lo que obviamente vulnera el artículo 12 de la Convención, que exige que se reconozca a las personas con discapacidad la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás (una consecuencia particular de la mencionada premisa básica, residuo del modelo médico de la discapacidad, es la exigencia de un dictamen médico

¹⁸ E. FLYNN – A. ARSTEIN-KERSLAKE, “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?”, *Berkeley Journal of International Law*, núm. 32, 2014, p. 134. Los autores hacen esta valoración respecto del Proyecto de Ley, que fue presentado en 2013, pero naturalmente puede aplicarse al texto legal finalmente aprobado, que no ha sido objeto de modificación en este aspecto.

para poder formalizar un acuerdo de codecisión, lo que me temo que dificultará notablemente la aplicación de una figura potencialmente tan fecunda¹⁹). Llama además la atención –frente a la flexibilidad del modelo argentino que hemos examinado previamente– la rigidez de la Ley irlandesa, que, como se acaba de señalar, asocia inexorablemente a la declaración de incapacidad la designación de un representante, sin permitir la opción por modelos menos intensos de intervención, como el apoyo en la toma de decisiones o la codecisión (la codecisión sólo cabe si la declaración judicial ha establecido que la persona es incapaz a menos que cuente con la asistencia de un codecisor, y la persona adopta libremente el acuerdo de codecisión; dándose la paradoja de que el juez puede designar una persona que sustituya a la persona declarada incapaz en la toma de decisiones, pero no puede designar una persona que realice una intervención menos intensa). Por lo demás, en la designación del representante el órgano judicial tiene la obligación de tener en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona que ha sido declarada incapaz, pero no se encuentra en absoluto vinculado a ellas; para el representante en cambio esa vinculación es algo mayor, pues el principio general establecido en el párrafo séptimo del artículo 8 para todas las modalidades de intervención le obliga a poner en práctica, siempre que sea viable, la voluntad y preferencias actuales y pretéritas de la persona afectada que sean verificables. No obstante, habría sido deseable sin duda un modelo más flexible, en el que, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad, se pudieran establecer judicialmente los mecanismos de apoyo necesarios para la toma de decisiones por una persona que tenga dificultades para adoptarlas o comunicarlas –y que no haya efectuado las previsiones necesarias por sí misma a través de las distintas figuras previstas en la Ley–, adecuados a las específicas circunstancias de cada persona, que, sólo en los casos en que la persona esté absolutamente imposibilitada de comunicar su voluntad y sea necesario tomar una decisión, permitirían tomar la decisión por ella, actuando siempre de acuerdo con la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias, criterio este último que no aparece contemplado en la Ley.

¹⁹ Asimismo, se ha criticado la limitación consistente en que el codecisor deba ser un familiar o amigo de quien lo designa, lo que deja fuera de esta previsión a personas que pudieran no contar con una red de apoyo familiar, y vulneraría el artículo 12.3 de la Convención, que ordena a los Estados adoptar todas las medidas pertinentes “para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Cfr. K. HEALY, “The Assisted Decision-Making (Capacity) Bill 2013: A step in the right direction, but does it go far enough?”, *Cork Online Law Review*, núm. 14, 2015, pp. 22-36.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

El examen que se acaba de hacer de los nuevos regímenes legales de la capacidad jurídica en Argentina e Irlanda pone de manifiesto, en primer lugar, la dificultad objetiva que sin duda entraña el diseño de un modelo plenamente acorde con el exigente estándar fijado por el artículo 12 de la Convención. Esta dificultad se refleja en que, incluso cuando se llevan a cabo ambiciosas iniciativas legislativas orientadas explícitamente por el objetivo de dar cumplimiento a la Convención, esta acomodación no se produce plenamente, y las nuevas disposiciones continúan vulnerando la Convención, como se ha podido constatar en los dos casos examinados en estas páginas. Ahora bien, que la tarea sea ardua no justifica que no se aborde, y que se opte por seguir dejando las cosas como están, pues lo que desde luego han demostrado Argentina e Irlanda (e igualmente algún otro país que ha emprendido reformas legales análogas, como la República Checa) es, cuando menos, que es posible instituir regímenes que favorezcan en mayor medida el ejercicio de la capacidad jurídica y que sean, por tanto, sustancialmente más acordes con la Convención que las legislaciones civiles tradicionales.

En este sentido, la principal aportación de los modelos examinados, y la razón por la que constituyen un decisivo paso adelante en la buena dirección, radica en mi opinión en que reflejan un cambio de perspectiva, que ha de ser la principal orientación de cualquier innovación legislativa en este ámbito. En efecto, el criterio rector de todas las instituciones de asistencia jurídica a las personas con discapacidad no puede ser ya, como se ha indicado reiteradamente, el “interés superior” de la persona asistida, ni siquiera un supuesto beneficio de la persona determinado heterónomamente, sino que ha de ser la protección de su libertad, que incluye, por supuesto, el derecho a adoptar decisiones equivocadas. En este sentido, resulta acertada la insistencia del Código civil y comercial argentino en que las figuras de apoyo “deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”, como indica expresamente el párrafo tercero del artículo 32; insistencia que se refleja también en la Ley irlandesa de Apoyo en la Toma de Decisiones, en la que reviste particular relevancia, como ya se ha indicado, el principio general contenido en el párrafo séptimo del artículo 8, en virtud del cual toda persona que realiza una intervención deberá poner en práctica, siempre que sea viable, la voluntad y preferencias actuales y pretéritas de la persona afectada que sean verificables.

En coherencia con este cambio de perspectiva, tanto el Derecho irlandés como el argentino diseñan acertadamente el eje en torno al cual han de girar las nuevas regulaciones legislativas en materia de capacidad jurídica: el apoyo en la toma de decisiones. Lo que debe procurar el Derecho, como indica el artículo 12.3 de la Convención, es el apoyo que las personas con discapacidad puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Pero debe tenerse en cuenta que apoyar en el ejercicio de la capacidad jurídica no consiste en otorgar un consentimiento sustitutivo o complementario en los actos jurídicos, ni se produce principalmente en relación con la decisión jurídica misma, sino que se traduce sobre todo en ayudar durante el proceso de toma de decisiones, para facilitar que la persona con discapacidad pueda tomar una decisión plenamente informada y libre. En este sentido, es muy acertada la descripción del apoyo en la toma de decisiones que aparece en el artículo 14.1 de la Ley irlandesa, que señala que la persona de apoyo debe: a) ayudar a la persona apoyada a obtener la información relevante; b) aconsejarle, explicándole la información relevante y las circunstancias que afectan a la decisión; c) verificar la voluntad y las preferencias de la persona apoyada sobre la materia objeto de la decisión y ayudarle a comunicarlas; d) ayudarle a adoptar y expresar la decisión; y e) esforzarse por asegurar que la decisión de la persona apoyada sea llevada a la práctica. En algunos casos, y para evitar cualquier posible abuso, será conveniente además que el apoyo incluya el consentimiento de la persona de apoyo en la celebración de determinados actos jurídicos. Y sólo en supuestos muy excepcionales, cuando no sea posible conocer de ningún modo la voluntad de la persona ni ésta sea capaz de manifestarla o comunicarla por ningún medio, y sea preciso tomar una decisión, la persona de apoyo deberá realizar la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona, y adoptar la decisión en nombre de la persona apoyada. Lo cierto es, sin embargo, que tanto el Derecho irlandés como el argentino se quedan a medio camino. No son plenamente coherentes con la orientación fundamental que los preside, ni con el modelo de apoyo en la toma de decisiones que definen; pues, por un lado, conservan figuras que responden netamente al paradigma tradicional de sustitución en la toma de decisiones, y, por otro, permiten que pueda declararse la incapacidad parcial o total de la persona, cuando, como ya se ha señalado, no se armoniza con la nueva perspectiva señalada que la provisión de apoyos en la toma de decisiones

responda a una previa declaración de incapacidad, pues se trata, por el contrario, de ayudar para que pueda ejercerse la capacidad²⁰.

Por lo demás, un aspecto interesante de la nueva Ley irlandesa, que puede servir también de pauta para futuras regulaciones legislativas, es la previsión de que el apoyo en la toma de decisiones pueda ser establecido no sólo por resolución judicial, sino a través de un acuerdo libremente adoptado por la persona que precisa el apoyo. El acuerdo de apoyo en la toma de decisiones o de codecisión, así como el apoderamiento preventivo²¹, son, en mi opinión, figuras enteramente coherentes con el cambio de perspectiva que reclama la Convención; el que puedan existir mecanismos de apoyo sin necesidad de un previo procedimiento judicial permitirá además aliviar de algún modo la sobrecarga de trabajo que sin duda recaerá sobre los órganos judiciales con los nuevos procedimientos –que requerirán una evaluación más compleja y personalizada de las medidas de apoyo precisas, así como su revisión periódica–, y ello con independencia de que los mecanismos de apoyo que no han sido instituidos por resolución judicial deban ser objeto también de supervisión administrativa y judicial, por cauces análogos a los previstos por la Ley irlandesa y anteriormente mencionados.

²⁰ En este sentido, no aparece declaración alguna de incapacidad, sino meramente un procedimiento judicial “de provisión de apoyos en la toma de decisiones”, del que pueden ser objeto aquellas personas que “precisen acompañamiento y asistencia para la gestión de sus proyectos y elecciones vitales”, en la propuesta normativa planteada por L. PEREZ BUENO, “La capacidad jurídica a la luz de la Convención...”, cit., pp. 158-162; ni tampoco en la “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, de 13 de junio de 2012, elaborada por el Real Patronato sobre Discapacidad (puede consultarse en la página web de la Fundación Aequitas: http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ad9a08fd-4a33-49e5-b3de-5ed711e787c3&groupId=10228).

²¹ Como se ha indicado anteriormente, el apoderamiento preventivo es una institución ya contemplada por la legislación española, en el artículo 1732.2 del Código civil; ahora bien, su regulación actual resulta claramente disconforme con la Convención, tanto porque el juez puede decretar libremente su extinción al declarar la incapacidad y constituir la tutela, o bien posteriormente, a solicitud del tutor (artículo 1732.2 *in fine*), de forma que, en cualquiera de los casos, no se respetan la voluntad y las preferencias de la persona que otorgó el poder, como por el hecho de que su escuetísima regulación normativa impide verificar el cumplimiento de las salvaguardas exigidas por el artículo 12.4 de la Convención. Cfr. en este sentido I. LLORENTE, *La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*, Reus, Madrid, 2013, pp. 60-63, que examina la figura del apoderamiento preventivo a la luz de la Convención.

Finalmente, las nuevas regulaciones legislativas irlandesa y argentina muestran también qué tipo de salvaguardas pueden ser aptas para garantizar las exigencias del artículo 12.4 de la Convención, concretamente evitar los abusos y conflictos de intereses y preservar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona para la que se establecen medidas de apoyo. En las legislaciones examinadas, esas salvaguardas pueden agruparse en cinco categorías principales: a) las garantías que ha de revestir el procedimiento judicial para la determinación de apoyos, entre las que deben destacarse sobre todo la plena participación de la persona interesada –con derecho a asistencia letrada, así como a las medidas necesarias para asegurar la accesibilidad y a los apoyos y ajustes razonables que precise–, así como la exigencia de que el órgano judicial cuente con una evaluación interdisciplinar de la situación de la persona; b) la declaración de inidoneidad de ciertas personas para asumir la función de provisión de apoyos; c) la exigencia de autorización judicial para la celebración de determinados actos jurídicos; d) la supervisión administrativa y judicial del funcionamiento de los mecanismos de apoyo; y e) la revisión periódica por la autoridad judicial de las medidas de apoyo establecidas, que es sin duda, en mi opinión, la salvaguarda más relevante.

Como se ha indicado al inicio de estas páginas, son muchos los ordenamientos jurídicos que requieren una modificación sustancial de las previsiones legales relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, para acomodarlas a las exigencias de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Las nuevas legislaciones argentina e irlandesa nos muestran el camino a seguir, pero también los defectos en los que no deberíamos incurrir de nuevo.

ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ
Edificio Torrevaillio
Universidad Miguel Hernández
Avda. de la Universidad, s/n
03202 – Elche
e-mail: almart@umh.es

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA ENTRE ESTADO MONOCLASE Y ESTADO PLURICLASE*

LEGAL INTERPRETATION BETWEEN THE MONO-CLASS STATE AND THE MULTI-CLASSES STATE

MARCO COSSUTTA
Università degli studi di Trieste

Fecha de recepción: 9-6-16

Fecha de aceptación: 7-11-16

Resumen: *El trabajo examina algunas sentencias de la Corte Constitucional italiana y la doctrina que en torno a ellas se ha desarrollado con el fin de evidenciar mejor la cuestión interpretativa en el paso del Estado monoclasa al Estado pluriclasa. A lo largo de este itinerario se evidencian profundas modificaciones en las concepciones de las fuentes del Derecho, la certeza del Derecho, la división de poderes y, en fin, los derechos fundamentales.*

Abstract: *The paper examines some judgments of the Italian Constitutional Court and the doctrine that has been developed around them in order to better highlight the question of interpretation during the transition from mono-class State to that multi-classes. So we will highlight profound changes in conceptions of the sources of law, legal certainty, the division of power and, ultimately, fundamental rights.*

Palabras clave: interpretación jurídica, fuentes del derecho, certeza del derecho, división de poderes, derechos fundamentales.

Keywords: legal interpretation, sources of law, legal certainty, division of power, fundamental rights.

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

1. DOS VIEJAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

Partiré en estas breves notas sobre la interpretación jurídica de hechos relativamente remotos, que se refieren a los albores de la actividad de la Corte Constitucional italiana. Nos centraremos en dos sentencias dictadas en 1956, año de puesta en marcha de la Corte: la tercera y la octava¹.

Un análisis de tales documentos nos permitirá justificar la referencia a ellas y nos conducirá a nuestro específico discurso.

En la tercera sentencia, publicada en junio de 1956, La Corte, presidida por Enrico de Nicola (Jefe provisional del Estado desde junio de 1946 hasta 1948), examinando la eventual no constitucionalidad de entonces art. 57.1 del Código Penal y del artículo 3 de la ley 17/1948 en un tema de responsabilidad del director de una revista, establece: “si bien considera que tiene que interpretar con autonomía de juicio y de orientación y la norma constitucional que se asume como violada y la norma ordinaria que se acusa de violación, [la Corte] no puede no tener la debida consciencia de una constante interpretación jurisprudencial que confiere al precepto legislativo su efectivo valor en la vida jurídica, si es verdad, como lo es, que las normas son no como aparecen propuestas en abstracto, sino como son aplicadas en la obra cotidiana del juez, encaminada a hacerlas concretas y eficaces”.

Surge por tanto el reconocimiento de una concurrencia² entre la autoridad legislativa y la autoridad jurisprudencial en la determinación de la regla

¹ Ambas sentencias pueden consultarse en el sitio de la Corte Constitucional: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> Dado lo vasto del tema elegido y en consideración a la economía del discurso que aquí se propondrá, parece imposible ofrecer al lector exhaustivas referencias bibliográficas; para colmar, aunque sea indirectamente, esta laguna, nos permitimos reenviar, para un más amplio tratamiento del argumento, a nuestras monografías *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, EUT, 1ª ed., Trieste, 2011, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, EUT, 1ª ed., Trieste, 2011 e *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sull'interpretazione creativa nella società pluralista*, EUT, 1ª ed., Trieste, 2012; así como a la contribución “Una declinazione del sintagma / diritto sociale /: appunti per una ridiscussione della categoria della positività del diritto”, en M. COSSUTTA (ed.), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, EUT, 1ª ed., Trieste, 2012.

² De “relación de tipo concurrencial” hablará muchos decenios después la Corte de Casación en pleno con la sentencia n. 18288 del 21 de enero de 2010, que recoge la sentencia de la Corte europea de 17 de septiembre de 2009 (Scoppola vs. Italia).

jurídica mediante la cual dirimir una controversia (y, más en general, reglamentar la vida social).

Esta concurrencia no se manifiesta sólo en el hecho de que la autoridad judicial crea una *regla particular* de aplicación al caso concreto, regla deducida de aquella general y abstracta creada por el legislador (una especie de subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto, que genera la regla particular según un esquema silogístico: premisa mayor-supuesto de hecho abstracto; premisa menor-supuesto de hecho concreto; conclusión-regla particular). La Corte considera con aquella *lejana* sentencia que la autoridad judicial concurre en la determinación de la misma regla: las normas jurídicas son aquellas aplicadas por el juez, que hace concreto y eficaz lo que de otra manera permanecería abstracto. Es por tanto la actividad cotidiana del juez la que *crea* las reglas jurídicas.

De ello deriva la necesidad de distinguir entre la *disposición* (puesta en abstracto por el legislador) y la *norma* (concreta y eficaz, puesta por la autoridad judicial). Lo que llamamos *norma* es el fruto de la actividad interpretativa, que se sustancia en la atribución de un significado a un significante, que, de no llevarse a cabo tal operación, quedaría en letra muerta. La *disposición* es el objeto de la actividad interpretativa, la *norma* es su producto.

Por tanto, el conjunto de la actividad interpretativa no puede reducirse a una mera “aplicación” de la ley por parte del órgano competente, tal y como una cierta lectura del primer punto del art. 12 de las *Disposizioni sulla legge in generale* parecería sugerir³.

Recordando a Benedetto Croce⁴, casi parece que la Corte quisiera indicarnos que *el derecho no es la ley, que duerme en el código*.

³ La disposición en concreto, que de hecho reproduce el art. 3 de las *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*, preámbulo al Código Civil de 1865, recita: “al aplicar la ley no se le puede atribuir otro sentido que el evidenciado por el significado propio de las palabras de acuerdo con las relaciones que hay entre ellas, y por la intención del legislador”. Por cierto, de diferente tenor es la disposición contenida en el art. 3 del Código civil español: “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

⁴ Para una visión del problema jurídico nos remitimos al volumen, publicado en 1908, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Laterza, 8ª ed., Bari, 1963, con particular referencia a la parte tercera, titulada *Le leggi*. Al respecto, véase el estudio de V. FROSINI, *L'idealismo giuridico italiano*, Giuffrè, 1ª ed., Milano, 1978.

Por otra parte, precisamente en relación con la distinción entre disposición y norma, no se puede dejar de reconocer como la Corte, si bien de forma lata, interviene en el ámbito de las teorías y de las prácticas relativas a la separación/división de poderes, bosquejando un poder legislativo y un poder judicial no ya claramente distintos por sus fuentes (funcionarios honorarios con responsabilidad política *vs.* funcionarios profesionales sin responsabilidad política) y funciones (uno *hace* la ley, el otro la *aplica*) sino dos poderes que si bien no se superponen concurren en el ámbito de algunas funciones. El poder judicial participa en la determinación de la regla jurídica concreta: la norma, que es el resultado de su actividad.

Al poder legislativo le corresponde la competencia –de modo exclusivo– de crear la ley, pero, como ha establecido la Corte, no es la ley (o disposición) la que encuentra aplicación en la realidad social, sino que lo que se aplica es la norma producida por la jurisprudencia a partir de la disposición.

En este sentido, por decirlo con Giuseppe Capograssi⁵, *el juez completa la obra del legislador*.

Es el momento de pasar a la segunda sentencia a la que se ha hecho referencia. Si el art. 134 del texto constitucional atribuye, en su dictado, a la Corte el control de constitucionalidad “de las leyes y de los actos con fuerza de ley”, el problema que la Corte se plantea al comienzo de su actividad es el de determinar con precisión, más allá de la textualidad, el objeto sobre el que ejercer su actividad, es decir qué se puede entender en concreto con la expresión “ley”.

La sentencia nº 8 de 1956 ofrece una solución a esta cuestión en lógica consecuencia a lo establecido en la sentencia nº 3. De hecho, si la disposición legislativa “debe ser interpretada, con el fin de determinar la legitimidad constitucional, no en el sistema en el que históricamente ha nacido, sino en el actual sistema en el que vive” [aquí la Corte se refiere a la sentencia anterior], y entonces “el texto [...] podría dar lugar, por su formulación, a interpretaciones diversas a aquella considerada anteriormente [constitucionalmente legítima]; por esta razón, “la decisión de la Corte no impediría el reexamen de la cuestión de legitimidad constitucional de la norma incluida [en el artículo en examen]. En esencia, la Corte ejerce el control de constitucionalidad sobre el “significado actual de la norma” y consecuentemente se desvincula de todo vínculo

⁵ Se reenvía, entre otras muchas referencias a *Il problema della scienza del diritto*, editado en 1937, ahora en *Opere*, vol. II, Giuffrè, 1ª ed., Milano, 1959. Sobre el pensamiento de Capograssi vid E. OPOCHER, *La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, Guida, 1ª ed., Napoli, 1991.

derivado de decisiones anteriores; todo ello no en virtud de una arbitraria consideración como *ab-soluta*, sino sobre todo en razón del hecho de que el control de constitucionalidad tiene por objeto la *norma* y no la *disposición*. La norma cambia con el tiempo como consecuencia de la actividad interpretativa, que la produce; la disposición se encuentra por el contrario cristalizada (instituida) en el texto legislativo, un texto que da lugar a más interpretaciones, y por tanto a más normas: son estas (“el significado actual”) las que han de analizarse.

2. SOBRE DISPOSICIÓN Y NORMA

Las referidas sentencias dan lugar a un importante y articulado debate; sobre estas importantes contribuciones no es posible detenerse en esta ocasión⁶. Dada la economía del discurso, la interpretación entre Estado monoclasa y Estado pluriclasa, nos referiremos aquí a las reflexiones de Vezio Crisafulli y de Massimo Severo Gianinni.

Es Vezio Crisafulli, de hecho, el que *instituye* en el ámbito doctrinal la distinción entre disposición y norma a la que se ha hecho referencia y es Massimo Severo Gianinni el que, más que ningún otro, relaciona la interpretación al concreto despliegue del aparato estatal en su relación con la realidad social que pretende regular: monoclasa antes, pluriclasa después. Pero hay que proceder de manera ordenada para llegar al núcleo de nuestro discurso.

Constatamos con Crisafulli cómo “la Corte debe pronunciarse sobre la constitucionalidad *de las normas*, y no de los artículos de la ley, que son y quedan como meras formulaciones lingüísticas, cuyo significado literal puede ser incierto, por oscuridad o imprecisión de las expresiones, y puede ser sin embargo distinto del significado que la norma concretamente ha asumido en la unidad sistemática y dinámica del ordenamiento, del que forma parte”⁷. Por tanto, seguimos con Crisafulli, “no sólo las normas son diferentes al acto, del que se configuran

⁶ Recordamos, entre otras, las contribuciones de M. CAPPELLETTI, “Sentenze condizionali della Corte costituzionale”, *Rivista di diritto processuale civile*, n. 1, 1957; de T. ASCARELLI, “Giurisprudenza costituzione e teoria dell’interpretazione”, *Rivista di diritto processuale*, n. 2, 1957 (ensayo que provocó en las páginas de la misma revista un encendido debate con F. CARNELUTTI); L. MONTESANO, “Norma e formula legislativa nel giudizio di costituzionalità”, *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1958.

⁷ V. CRISAFULLI, “Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria”, *Giurisprudenza costituzionale*, num. 4-5, 1956, pp. 937-938. Sobre la obra de Crisafulli, vid. M. SIRIMARCO, *Vezio Crisafulli. Ai confini fra diritto e politica*, ESI, 1ª ed., Napoli, 2003.

como el efecto o el producto, sino que tampoco sería exacto identificarlas (como hacen muchos) con las «disposiciones»: las cuales constituyen propiamente el contenido prescriptivo del acto, lo «querido» que se manifiesta en él, y pueden verse, en un cierto sentido, como el acto mismo (o una parte suya) en su unidad dialéctica de forma y contenido”. Para Crisafulli, “las normas, por el contrario, lejos de configurarse como un elemento del acto, son externas, como entidades distintas de su fuente (del acto que las ha creado), con un significado propio, que puede variar en distinta medida, y más con el paso del tiempo, respecto a aquel expresado originariamente por las respectivas disposiciones individualmente consideradas, que se determina en función del significado en su conjunto, y sobre el que se reflejan otras normas pertenecientes a éste”⁸.

Por tanto, la ley “es fuente de las normas: una entre las posibles fuentes (de normas) del derecho objetivo”⁹. En otro lugar, Crisafulli previene respecto al vicio de vincular “las normas producidas a su fuente y a los fines originarios de la ley”, porque se incurre en una especie de “cristalización del significado normativo históricamente determinado del acto”, que se evidencia “en contraste con la más profunda naturaleza de los actos-fuente, consistente en la creación del derecho objetivo, es decir en crear normas capaces de fundirse y transfundirse en la unidad dinámica del sistema”¹⁰. Todo ello en consideración del hecho de que “la disposición contenida en el acto (como fórmula o conjunto integrado de las formulas insertas en el articulado), es por ello sólo uno de los componentes de la norma, que deriva del acto su origen y fundamento, pero sólo en parte el significado atribuible a ella en su conexión con las otras normas vigentes, en la misma manera de los principios que confieren coherencia y dignidad sistemática al Derecho objetivo”¹¹.

En las citas señaladas Crisafulli pone el acento en lo que Gianinni define el *dato técnico* de la cuestión, es decir la constatación “de que la norma es distinta del texto normativo, y que es distinta de su fuente”¹².

⁸ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La corte costituzionale*, Cedam, 5ª ed., Padova, 1984, p. 41.

⁹ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰ *Id.*, sub voce *Disposizione (e norma)*, en *Enciclopedia del diritto*, p. 204.

¹¹ *Ibidem*. Cfr. al respecto sus *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., p. 51.

¹² M. S. GIANNINI, “Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme”, *Giurisprudenza costituzionale*, num. 4-5, 1956, p. 907. Sobre la obra de GIANNINI, se reenvía a G. FERASIN, *Massimo Severo Giannini. Il diritto amministrativo nel divenire dell'ordinamento giuridico*, ESI, 1ª ed., Napoli, 2006.

Todo, como evidencia Crisafulli, se concreta en un insuprimible “margen de incertidumbre” en la determinación de la norma.

Sobre este tema interviene también Gianinni en las páginas de *Giurisprudenza costituzionale*, reconociendo que “contrariamente a la opinión corriente la norma como hecho, o mejor el hecho de la norma, dista mucho de ser una entidad segura y aprehensible; constituye uno de los hechos más inciertos que puedan subsistir en un ordenamiento”¹³. Para él, “la fuente crea la norma, pero no consigue determinar si no parcialmente el contenido; la otra parte del contenido es determinada por otras normas, de manera que cada norma, por su naturaleza sufre una enajenación”, que se manifiesta también contra la voluntad del autor de la misma norma. Gianinni nos especifica como “la existencia de la norma es determinada por el sistema, la fuente [determina] sólo el ser”; el sistema que determina la existencia de la norma, es un sistema que se está haciendo, el cual no se modifica solamente “por actos voluntarios, es decir nuevas leyes o actos normativos en general [...] sino que [...] sigue el devenir de las comunidades asociadas que emplean instrumentos positivos, mediante modificaciones, a menudo imperceptibles, inducidas por la doctrina o por la jurisprudencia”¹⁴.

Massimo Severo Gianinni, junto al análisis *técnico* de la actividad interpretativa, que nos conduciría plantear en toda su problematicidad el elemento guía de nuestro discurso (el objeto de la actividad interpretativa: texto o voluntad; el problema de los cánones hermenéuticos y su jerarquía; la cuestión del “significado propio de las palabras”, y así sucesivamente) propone al lector considerar junto a esto, también un segundo elemento –que define como *dato histórico*– que hace que la actividad interpretativa en la época contemporánea resulte radicalmente modificada respecto al modelo que la dogmática jurídica hereda de la experiencia decimonónica¹⁵.

La profunda transformación, en sentido cualitativo y no sólo cuantitativo, resulta evidente allí donde se tome en consideración, precisamente, el *dato histórico*, al que Gianinni dedica parte de su contribución de 1956. Este segundo elemento nos introduce de lleno en la cuestión de la interpretación entre Estado monoclase y Estado pluriclase.

¹³ M. S. GIANNINI, “Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme”, cit p. 906.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Me limito a señalar que de interpretación, tal y como la entendemos hoy, puede hablarse sólo a partir de 1804, antes de la codificación hay *interpretatio*, Cfr. al respecto P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, 1ª ed., Roma-Bari, 2007.

3. LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL ESTADO MONOCLASE AL PLURICLASE

Para Giannini, de hecho, se constata la modificación del aparato estatal: de un Estado (decimonónico) monoclasa se pasa a un aparato estatal pluriclasa. Para él, “se trata de esto: con la desaparición del Estado neutro (o de grupos homogéneos, o liberal puro, etc., etc., en función del orden de los conceptos) propio *-grosso modo-* del último siglo, que los constitucionalistas llaman régimen mixto, la legislación estatal ha acogido en su seno principios jurídicos contradictorios entre sí”¹⁶.

Trasladando las específicas implicaciones de todo ello a la jurisprudencia constitucional, se entiende mejor la relevancia de esta transformación para nuestro objeto de investigación: la interpretación.

Para ello es adecuado volver la mirada a otra y posterior aportación del mismo Giannini –integrándola con otras aportaciones doctrinales. Principalmente se delimitan los contornos de lo que se ha denominado Estado monoclasa. Según Giannini históricamente es aquel Estado que se forma a finales del siglo XVIII¹⁷ y que se caracteriza como Estado censitario con una “organización cohesionada”¹⁸.

En este sentido Natalino Irti nos sugiere como en el Estado monoclasa “el sentido de la seguridad nace de las estructuras profundas de la sociedad. La burguesía, salida victoriosa de la gran Revolución, es la nueva clase dirigente: *élite* portadora de una escala de valores, en la que toda la sociedad está llamada a reconocerse [...]. El valor originario y fundamental está constituido por el individuo, por su capacidad para desarrollarse sobre las cosas externas, para correr el riesgo del éxito o del fracaso [...]. En torno al individuo, fuente de iniciativas y centro de responsabilidad, se edifican todas las rela-

¹⁶ M. S. GIANNINI, “Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma”, cit., p. 908. Giannini desarrollará el tema del paso del Estado monoclasa al pluriclasa, entre otros sitios, en la monografía *Il pubblico potere. Stati ed amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, 1ª ed., Bologna, 1986.

¹⁷ Para el autor, tal denominación se refiere “al Estado que se transforma en Inglaterra, en el siglo XVIII, que nace en los Estados Unidos de América a finales de ese siglo, en Europa continental (primero como Estado, nacido posteriormente de revoluciones) definitivamente con el fin del periodo de las restauraciones”, *ibidem*, p. 35; se trata por tanto del aparato estatal decimonónico, fruto de las revoluciones burguesas.

¹⁸ “El aspecto muy positivo del estado monoclasa es el de tener una organización cohesionada: órganos políticos y órganos administrativos están fuertemente vinculados, siendo la administración (estatal) «administración del gobierno»”, *ibidem*, p. 37.

ciones sociales”¹⁹. Todo ello, –la perspectiva individualista que caracteriza el liberal-liberalismo– tiene su reflejo en el mundo del Derecho. De hecho “desde esta perspectiva se precisa ya el espacio reservado al derecho: que no es el de elegir fines –y el de ordenarlos o sugerirlos a los individuos–, sino el de predisponer los instrumentos necesarios para que cada uno pueda conseguir los objetivos deseados. Así la vida del individuo se convierte en un designio consciente, en una trama de proyectos, a cuyo servicio el derecho ofrece las formas y las modalidades apropiadas de ejecución. El individuo que decide ejercitar una actividad (industria, comercio o profesión), afrontando ventajas e inconvenientes, puede sin embargo contar con un marco, ya cierto y conocido, de garantías legales: *sabe* desde el comienzo lo que, según el derecho, debe esperarse de los otros sujetos privados y de los poderes públicos”²⁰.

¹⁹ N. IRTI, *La edad de la descodificación*, trad. de L. Rojo Ajuria, Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 17. Sobre el argumento, más allá de la voz *Decodificazione*, redactada por el mismo IRTI para el *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, véanse también las más recientes observaciones de P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 99 y ss., y pp. 140 y ss.

²⁰ N. IRTI, *La edad de la descodificación*, cit. p. 18. El análisis de Irti, junto al de Giannini, no es un hecho aislado en el panorama doctrinal. A propósito señala COSTANTINO MORTATI cómo la sociedad “surgida de la revolución francesa era expresión de un liberalismo individualista, ya que veía en el individuo la única realidad, y veía en los grupos sociales una pura suma de sujetos. Partiendo del presupuesto de las armonías preestablecidas que garantizan la confluencia en el bien común de las libres iniciativas de los sujetos, se consideraba que al Estado se le debía atribuir la única función de garantizar a cada uno la más amplia libertad de acción, en la convicción de que alejándolo de toda intervención limitadora se habría podido asegurar la máxima ventaja colectiva. En particular, en el ámbito de las relaciones de producción y del mercado se consideraba que las elecciones individuales dominadas por las leyes económicas, en sí racionales, podían, si eran libres en un régimen de plena concurrencia, realizar mecánicamente el *optimum* de bienestar social”, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 9ª ed., Padova, 1975, p. 142. Vid. Al respecto C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848-1948*, Laterza, 6ª ed., Roma-Bari, 1987, que considera que los ordenamientos constitucionales del Estado monoclasa eran “demandados por la burguesía intelectual y comercial de las diversas regiones [de Europa] en la conciencia de su instrumentalidad respecto al fin de garantizarse a sí misma un papel eminente o incluso hegemónico en la gestión del poder” (p. 27). Ha de señalarse que el autor incluye en apéndice al volumen señalado las tablas estadísticas que dan cuenta, por lo que se refiere al Reino de Cerdeña, antes, y al Reino de Italia, después, de los porcentajes del electorado activo respecto a la población residente, que explican con claridad la relevancia social del fenómeno vinculado al régimen electoral censitario. Señala, de hecho, ZAGREBELSKY, “en una sociedad política donde la hegemonía la ostentaba una sola clase, la ley reflejaba un orden simple con el que podía identificarse enteramente, expresando su intrínseca visión de la justicia. No faltaban las críticas al ordenamiento jurídico liberal burgués desde otras visiones de la justicia, pero, por definición, dada la estructura «cerrada» del Estado, tales críticas no podían ser sino externas, antijurídicas. Representaban una amenaza

La cuestión más significativa para nosotros viene determinada por la homogeneidad de los fines sociales, que, precisan los autores citados, son en realidad los fines propios de la clase dominante (la burguesía); estos son los únicos fines legitimados respecto a los cuales el Derecho se pone como regla neutral (o *regla del juego*) que permite que los vectores individuales puedan desarrollarse sin encontrarse entre ellos en el plano geométrico (el gráfico del denominado libre mercado).

Mientras se mantiene inalterada toda la problematicidad del *dato técnico* resumible como la imposibilidad lógica de poder extraer del significante un único y unívoco significado (una norma extraída de la disposición que sea idéntica a esta y de la que se pueda predicar la validez lógica –recuérdese que estamos en el ámbito de la lógica inductiva y no deductiva, de hecho se utiliza el lenguaje ordinario; como mucho sectorial, no un lenguaje formalizado), este ineliminable hiato –frente a una unidad de usuarios²¹– no causa ni preocupación práctica, ni reflexión teórica porque en la prueba de los hechos la interpretación producto tendrá lugar dentro de un marco fijo (plantada la cuestión en otros términos, cualquiera que sea el procedimiento seguido por el intérprete el significado de la disposición, es decir la norma, será con toda probabilidad consonante con los fines sociales legitimado)²². Resulta por tanto *razonable* intercambiar la ficción (el juez aplica la ley) con la realidad (el juez extrae de la ley una norma a partir del significado consonante con a los valores sociales y a los intereses dominantes). De aquí a la ya proverbial figura del *buen juez* que *humilla* su propia razón frente a la *ley*²³.

para el ordenamiento como tal, no siendo integrables en tanto la Constitución de aquel Estado siguiera siendo lo que era”, *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, trad. de M. Gascón, epílogo de G. Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, p. 96.

²¹ Comenta RENATO TREVES en el trabajo “Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen”, publicado en 1952 en el primer número de la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*: “cuando aparecieron los *Hauptprobleme*, en 1911, tras un largo período de paz y estabilidad en la vida social, se podía tener la impresión de que esta obra respondiera a las exigencias más profundamente sentidas por los juristas en el tiempo en el que concentraban su interés en la estructura lógica y formal del Derecho, prescindiendo, tanto del contenido económico y sociológico, que parecía entonces sólidamente determinado por aquella estructura, cuanto de los fines éticos y políticos en torno a los cuales parecía que los estudiosos estaban sustancialmente de acuerdo”, p. 182.

²² En esta perspectiva pueden leerse las (pocas) páginas que HANS KELSEN dedica a la interpretación en su *Reine Rechtslehre* de 1960, en particular el § 46.

²³ Vale la pena recordar el texto de Frédéric MOURLON: “cuando la ley es clara, formal, el juez la debe seguir, aunque su aplicaciónarezca poco razonable y contraria a la equidad natural: *Dura lex sed lex!* Un buen magistrado humilla su razón frente a la ley; ya que

En esencia, como observa Antonio Baldassarre, “en un sistema basado en el principio de la «libertad natural» (o negativa) la jurisdicción puede ser idealmente concebida como *bouche de la loi*, en cuanto que el mismo principio de fondo exige, para su plena observancia, jueces «no activistas» y estrechamente ligados al tenor de la ley misma”²⁴.

En este cuadro el problema de la interpretación aparece notablemente disminuido (si no infravalorado). La cuestión se presenta totalmente diferente en el interior de un aparato estatal pluriclase. Aún hacemos referencia a Gianinni para delinear sus perfiles en el momento en que se señala que “las colectividades constituyentes se presentan hoy de un modo totalmente diverso de aquel en el que se presentaban antes, existiendo hoy una participación total de las colectividades mismas en las instituciones jurídicas encaminadas a la elección y a la actuación de los planteamientos políticos. El elemento de diferenciación está constituido en todos los sitios por la introducción del sufragio universal, acompañado por la organización de los partidos y/o sindical de las clases antes excluidas del voto. Si hoy son muchos los que piensan que la introducción del sufragio universal no es sólo un hecho formal, sino que es el más importante de los cambios de estructura en la evolución de las estructuras estatales modernas, la constatación ha tardado mucho, y hay aún quien no le atribuye un papel tan importante”²⁵.

Un Estado por tanto “abierto a todas las instancias que existen en la colectividad”, que se caracteriza por su ser *procedimental*, en cuanto llamado a *mediar* entre instancias diferentes y contrapuestas.

Hay que señalar también cómo la organización pública ya no resulta tan cohesionada, los órganos del Estado son *ocupados* por funcionarios (honorarios y profesionales) que representan institucionalmente los intereses de parte²⁶.

él es nombrado para juzgar de acuerdo con ella, y no para juzgarla. Nada está por encima de la ley, y prevarica quien elude sus disposiciones, so pretexto de la resistencia de la equidad natural. En jurisprudencia, no hay, no puede haber razón más razonable, equidad más equitativa que la razón y la equidad de la ley”, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon. Tome premier*, A. Marescq Ainé, 7ª ed., Paris, 1866, pp. 58-59.

²⁴ A. BALDASSARRE, *sub voce* *Diritti sociali*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, p. 10. Apuntamos que precisamente en este ámbito puede encontrar su lugar una teoría de neta separación de poderes, aunque en la prácticas estén interconectados entre sí.

²⁵ M. S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, cit., p. 391.

²⁶ Cfr. *ibidem*.

En este contexto, la actividad interpretativa de las disposiciones recupera centralidad y se convertirá en una actividad de mediación entre una pluralidad de valores y de intereses, que pueden resultar conflictivos entre ellos. Por tanto ya no neutral aplicación de disposiciones legislativas, sino más bien ejercicio de *justicia política*. A propósito Baldassarre, constatada la vigencia “en un Estado democrático-pluralista de una «legalidad por valores» [...] que] deriva de la compleja trama social en la que descansan los órganos políticos supremos” considera cómo “se hace necesaria, para los jueces, una cotidiana obra de integración de aquellos parámetros [de razonabilidad] con el complejo sistema de los valores constitucionales”²⁷; en conclusión, “un ordenamiento basado en el balanceo del principio de libertad positiva y el de igualdad lleva inevitablemente a aumentar la importancia de la justicia política y a reconocer en vía de principio una interpretación «activista» del papel del juez, en cuanto es llamado muy a menudo a llevar a cabo balanceos de valor y, en particular, a mediar «razonablemente» entre instancias de libertad y exigencias sociales, entre derechos individuales y derechos sociales”²⁸.

4. SOBRE LA NECESIDAD DE REVISAR ALGUNOS CONCEPTOS JURÍDICOS-POLÍTICOS

Transitando hacia las conclusiones de esta aportación, que, partiendo de las primeras sentencias de la Corte Constitucional, se ha beneficiado de las reflexiones de algunos de sus más recientes jueces²⁹, son tres las cuestiones que vale la pena subrayar.

La primera –ya puesta de relieve al principio– es la relativa a la modificación de la división de poderes: ya no poderes cuyas especializaciones vienen garantizadas por compartimentos estancos que impiden que una función afecte a diversos centros, sino sobre todo concurrencia de las funciones de forma que al poder legislativo no se le reconoce el monopolio de la producción jurídica. Todo esto nos lleva a dar otro significado a la disposición contenida en el

²⁷ A. BALDASSARRE, *sub voce* *Diritti sociali*, cit., p. 9.

²⁸ *Ibidem*, p. 10.

²⁹ COSTANTINO MORTATI fue miembro de la Corte Constitucional de 1960 a 1972, VEZIO CRISAFULLI de 1968 a 1979; GUSTAVO ZAGREBELSKY de 1995 a 2004, ANTONIO BALDASSARRE de 1985 a 1995 y PAOLO GROSSI, nombrado en 2009, todavía lo es. MASSIMO SEVERO GIANNINI nunca fue miembro de la Corte, pero tuvo importantes cargos institucionales desde la Constituyente.

segundo punto del art. 101 del texto constitucional (“los jueces sólo están sujetos a la ley”)³⁰, para vislumbrar en la misma *una sujeción del juez al derecho*³¹.

Todo esto se refleja, y es la segunda cuestión, sobre la idea de certeza del derecho ya no vinculada a aquellas aspiraciones de aplicación mecanicista de la ley, que la dogmática jurídica también contemporánea ha heredado –en demasiadas ocasiones acriticamente³²– de la experiencia decimonónica.

En este sentido, sigue siendo lúcido el análisis de Zagrebelsky: “la fijeza, que es un aspecto de la certeza, ya no es, por tanto, una característica de los actuales sistemas jurídicos y el *déficit* de certeza que de ello deriva no podría remediarse con una teoría de la interpretación más adecuada. Si acaso (...) debe pensarse en organizar esa tendencia a la transformación intrínseca al ordenamiento para que no destruya otros valores, como la igualdad jurídica, la previsibilidad, la imparcialidad y el carácter no arbitrario de la actuación administrativa y judicial. (...) no sólo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable. La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas”³³.

Nos encontramos frente a un derecho *mite* o fluido, cuya presencia hacer caer otro pilar de la representación de los hechos jurídicos: el mito de los derechos fundamentales (y esta es la tercera cuestión).

La jurisprudencia (ordinaria, de casación y constitucional) es llamada constantemente a mediar entre pretensiones que se refieren a los denomina-

³⁰ Para ZAGREBELSKY, “la «sumisión del juez, sólo a la ley» el principio común de la tradición liberal que las constituciones actuales indefectiblemente proclaman, sigue siendo entendido como servicio pasivo a la voluntad del legislador, sin que se intenten interpretaciones del mismo más conformes con el sentido que hoy en día tiene el vínculo entre la ley y su aplicación jurisdiccional”, *El derecho dúctil*, cit. p. 149.

³¹ Cfr. al respecto R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Utet, 1ª ed., Torino, 2006, *sub voce* art. 101.

³² GROSSI señala cómo “tememos la infección (...) de una noción de la interpretación como actividad puramente lógica y del intérprete, como un autómatas sin voluntad y libertad propias, que comprobamos aún dominante en tantos juristas torpe y santurronamente contentos, aún hoy, de reafirmar entusiastas e inconscientes el principio de legalidad estrictísima y la imagen del *iudex* como *servus legis*, que la propaganda burguesa les ha infundido en el cerebro desde hace dos siglos”, *El orden jurídico medieval*, pról. de F. Tomás y Valiente, trad. de F. Tomás y Valiente y C. Alvarez, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 169.

³³ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., pp. 146-147.

dos derechos fundamentales (civiles y sociales como trabajo, salud, intimidad, seguridad, y la lista sería larga vista la proliferación de las *Declaraciones*). Si, como demuestra la práctica, todo derecho fundamental puede resultar ceder en la práctica frente a otro derecho fundamental, que, en ese contexto preciso, resulta *más fundamental* que el primero, pero que, en otra situación contingente, podría ser derogado en nombre del mismo derecho que antes cedió o de otros que son siempre derechos *fundamentales*, entonces nuestro sintagma ‘derechos fundamentales’ designa más que entidades jurídicas instituidas y vigentes de manera incondicional, una mera aspiración, más precisamente un elenco de principios –en sí no inamovibles, es decir no asumibles de modo a-problemático, sino que han de ser transpuestos en una perspectiva dialéctica– respecto a los cuales las pretensiones subjetivas, que animan las controversias, deben exigir una mediación cada vez.

De esta manera los derechos fundamentales (sean enunciados o reconocidos) lejos de reflejarse en la realidad social, que asistiría inerte a su vigencia (o a su violación), dirigen la actividad política y jurídica hacia la búsqueda de la justa medida entre el exceso y el defecto, a través de una experiencia dialéctica que se explica, precisamente, en la actividad de mediación, en decir, en la interpretación.

Así, partiendo de la experiencia decimonónica, donde constatamos el dominio de una clase (la burguesía) sobre toda la sociedad, llegamos, a través del reconocimiento de las modificaciones producidas en el ente estatal como consecuencia de la *apertura* a instancias e intereses no reconducibles a los encarnados en el *Estado nacional*, a reconocer como la actividad interpretativa entendida como mediación entre pretensiones diferentes resulta fundante también (y sobre todo) en el actual contexto social donde tiene lugar una pluralidad cultural, que no podría encontrar armonía fuera de dicha praxis interpretativa.

MARCO COSSUTTA
Dipartimento di Studi Umanistici –
Università degli Studi di Trieste,
Androna Campo Marzio 10,
34123 Trieste - Italia
e-mail: cossumar@units.it

CIENCIA DEL DERECHO EN LA ESCUELA HISTÓRICA Y LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

LEGAL SCIENCE IN THE HISTORICAL SCHOOL OF LAW AND THE JURISPRUDENCE OF CONCEPTS

JOAQUÍN GARRIDO MARTÍN
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción 10-1-16

Fecha de aceptado: 7-9-16

Resumen: *El presente trabajo estudia desde una perspectiva teórica los elementos esenciales de la historia de la Jurisprudencia alemana del siglo XIX. Medular para el desarrollo de la ciencia jurídica que habría de consolidarse hasta nuestros días, la Jurisprudencia alemana del siglo XIX se considera como un episodio de primer orden en la historia del derecho europeo (Pandektenwissenschaft). Su éxito se debió en primer lugar al interés por el estudio de las fuentes para trabajarlas de manera actualizada, sobre las que se construyó una dogmática jurídica (Begriffsjurisprudenz) que pretendía responder a las nuevas exigencias de la sistemática ilustrada y a las necesidades de cambio de una nueva sociedad (Heutiges Römisches Recht). Esta atmósfera de cambios propició un debate intelectual en torno al fenómeno jurídico y al concepto de Justicia que aún hoy, dos siglos más tarde, persiste en términos muy similares. Por lo demás, nuestro actual Derecho es un Derecho en crisis, y el estudio de su pasado puede aportar algo de luz para afrontar su futuro.*

Abstract: *The present work studies from a theoretical perspective the basic elements of the history of the German Jurisprudence of the nineteenth century. The nineteenth-century German Jurisprudence represents a first-order episode in the history of European law (Pandektenwissenschaft). Its success was first of all due to the interest in the study of the sources, worked in an up-to-date way, on which it was possible to construct a legal dogmatic (Begriffsjurisprudenz) that tried to respond to the new demands of the illustrated system and the needs of change of a new society (Heutiges Römisches Recht). This atmosphere of change led to an intellectual debate about the legal phenomenon and the concept of Justice that*

still today, two centuries later, persists in very similar terms. Moreover, our current law is a law in crisis, and the study of its past can provide some light to face its future.

Palabras clave: historicismo, ciencia del derecho, pandectística, Jurisprudencia de Conceptos.

Keywords: historicism, Science of Law, Pandectism, Jurisprudence of Concepts.

1. LA ESCUELA HISTÓRICA A COMIENZOS DE SIGLO

En los albores del siglo XIX nace en Alemania la Escuela Histórica del Derecho, una corriente de pensamiento jurídico liderada por F. C. Von Savigny¹ llamada a marcar desde su nacimiento el curso científico del Derecho hasta nuestros días. Como es sabido la Escuela nace en oposición al dogmatismo proclamado por las luces de la Ilustración. Su oposición a los poderes de la razón ilustrada es férrea: a una razón concebida como facultad humana a través de la cual se cree poder alcanzar la verdad de las cosas, a una razón que nos asiste de ideas claras y distintas. Esta seguridad epistemológica que anuncia la Ilustración y sobre la que se quiere cimentar todo el sistema de Justicia es la diana a la que apunta el movimiento historicista, y desde su seno filosófico, la Escuela Histórica del Derecho.

La reacción al movimiento ilustrado que representa la Escuela Histórica tiene claros nexos con el romanticismo alemán, y en general con la renovación cultural del país. Una lucha contra las ideas ilustradas que se observa en Lessing, en Herder, en el Goethe del *Sturm und Drang*, y en el propio Savigny,

¹ Sobre la vida y obra de Savigny, como se puede suponer, hay una muy abundante bibliografía; sugerimos algunas lecturas: E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Rechtsgeschichte*, Tübingen, 1963, pp. 436-507; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2, 1967, neubearbeitete Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, pp. 381-399; H. KANTOROWICZ, "Was ist uns Savigny?", *Rechtshistorische Schriften*, ed. H. Coing y G. Ismael, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1970, pp. 397-418; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Liguori, Nápoles, 1976; D. NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1994; J. RÜCKERT, "The unrecognized legacy: Savigny's influence in German jurisprudence after 1900", *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXXVII, num. 1, Winter 1989; del mismo autor, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Verlag Rolf Gremer, Edeslbach, 1984; "Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Friedrich Carl von Savigny- ein Frankfurter in Berlin", in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Grundmann, Stefan/Kloepfer, Michael/Paulus, Christoph G., Berlin, 2010, pp. 133-178.

que perteneció a ese círculo social de Weimar, aportando y nutriéndose del rico acervo artístico del contexto². El movimiento cultural que representa la Escuela Histórica del Derecho, aun con sus contradicciones, fue de tal magnitud que se cuenta junto a la filosofía hegeliana como la gran corriente intelectual alemana del siglo.

El historicismo había surgido con fuerza en el siglo inmediatamente anterior al de la Escuela de Savigny, que define su época como aquella en que el “sentido histórico ha despertado por doquiera”³. La Escuela bebe de fuentes espirituales anteriores, entre las que destacan Vico, Montesquieu, J. Möser, Voltaire y Herder⁴; común en todos ellos es el estatuto epistemológico dominante otorgado a la Historia. La importancia de la Escuela Histórica respecto de esta tradición estriba sin embargo, en haber construido el primer gran edificio teórico del Derecho sobre los pilares de la Historia, con la Historia como fundamento ontológico⁵. No fue sino hasta entonces, en la Alemania de Hugo y Savigny, que la Historia se convirtió en premisa inicial de una teoría epistemológica que adoptaba como punto de partida para dar cuenta de la realidad jurídica nuestra conexión esencial con la totalidad del proceso histórico.

Los juristas de la Escuela oponen, frente al solo entendimiento, a una razón aislada de contexto, el estudio de la historia como fuente de todo saber: ella nos proporciona las claves para entender la naturaleza de la realidad jurídica. En la formulación de Savigny, extraída de su escrito fundacional: “¿en qué relación está el pasado con el presente, el *devenir* con el *ser*?”; según respondamos sabremos “a cuál de los dos bandos se inclina su espíritu, y a quién, por tanto, ha de mirar como compañero y como contrario”.⁶ Con ello quedaba

² F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 343.

³ F. C. VON SAVIGNY, “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, en HATTENHAUER (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2. Erw. Aufl., Franz Vahlen, München, 2002, pp. 95-192. Existe traducción al español, “La escuela histórica del Derecho. para su estudio.”, trad. del alemán por Rafael Atard, Madrid, 1908.

⁴ Sobre la influencia que estos autores ejercieron sobre Savigny, véase el primero de los dos apartados contenidos en F. CONTRERAS PELÁEZ, *Savigny y el historicismo jurídico*, pról. de A. -E. PÉREZ LUÑO, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 19-63.

⁵ F. C. VON SAVIGNY, “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, en *Thibaut und Savigny: ihre programmatischen Schriften*, cit., p. 21.

⁶ F. C. VON SAVIGNY, “Sobre el fin de la revista de la Escuela Histórica”, en R. ATARD, *La Escuela Histórica del Derecho. Documentos para su estudio por Savigny*, Eichhorn, Gierke, Stammler, Librería general de Victorino Suárez, Madrid, 1908, p. 11.

definida la Escuela histórica, por oposición a la no-histórica o filosófica, como aquella para la cual los datos que proporciona la historia no conforman “una simple colección de ejemplos políticos y morales, [...] uno de tantos conocimientos auxiliares de los que el genio puede muy bien prescindir, sino el único camino para el conocimiento de nuestro propio Estado”⁷.

Expresión común de esta oposición entre las luces de la razón y la enseñanza de la Historia es la conocida disputa política⁸ que lideraron Thibaut⁹ y Savigny¹⁰. El primero había publicado en 1814 un escrito que defendía la idea de un código para toda Alemania, un código que ayudaría, en opinión de Thibaut, a acercar a los alemanes y provocar en ellos un sentimiento de unidad, en virtud del común sometimiento a un mismo texto legal¹¹ –ténga-

⁷ F. C. VON SAVIGNY, “Sobre el fin de la revista de la Escuela Histórica”, cit., p. 14.

⁸ Sobre esta polémica, vid. J. RÜCKERT, “Savigny und der Code Civil”, en *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen zwischen Frankreich und Deutschland in Recht und Philosophie*, ed. J. -F. Kervegan, H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 2001, pp. 143-176. Vid. también H. HATTENHAUER, “Einleitung”, en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programatische Schriften*, ed. Hans Hattenhauer, Franz Vahlen, München, 2002, pp. 21-25.

⁹ A. E. J. Thibaut (1772-1840), reconocido jurista, musicólogo, amigo de Goethe y de Schiller, representante del Derecho racionalista tardío e importante romanista. Fue profesor en Jena desde 1802 a 1806, y a partir de entonces en Heidelberg. Vid. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 370. Sobre este importante jurista existe en castellano una monografía a cargo de Antonio Pau, vid. A. PAU, *Thibaut y las raíces clásicas del Romanticismo*, Trotta, Madrid, 2012. Recientemente, *Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). Bürger und Gelehrter*, C. HATTENHAUER, K.-P. SCHROEDER, C. BALDUS (eds.), Mohr Siebeck, Heidelberg, 2017.

¹⁰ Las posturas de Savigny y Thibaut no fueron antitéticas: ambos estaban de acuerdo en que el material jurídico -*Rechtstoff*- era antiguo y algo caótico, pero cada uno pensó una solución diferente: Thibaut en una actividad legislativa, Savigny en la construcción de un derecho científico, “en manos de juristas”. Vid. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, p. 27. Vid. al respecto también J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Karl von Savigny*, Ebeslbach, Rolf Gremer, 1984, p. 178. En otro sugerente escrito, el mismo autor nos refiere las semejanzas entre los dos juristas, al acudir ambos a la metodología sistemática para la redacción de sus *Pandekten* (manuales de Pandectas); un recurso que empleaban para la modernización de la disciplina -Derecho Civil-, sin el cual, añade Rückert, no se entiende el curso que siguió la Pandectística desde 1800 en adelante (por ejemplo en los trabajos de Heise, Martin o Zachariä). Vid. J. RÜCKERT, “Heidelberg um 1804, oder: die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Savigny, Heise, Martin, Zachariä, u. a.”, en *Heidelberg im säkularen Umbruch*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1987, p. 92.

¹¹ A. F. J. THIBAUT, “Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland”, en F. C. v. SAVIGNY y A. F. J. THIBAUT, *Thibaut und Savigny: ihre programatischen Schriften*, cit., pp. 61-94.

se presente la fragmentación política de Alemania en una variedad de estados importante-. La promulgación de un código único tendría además un claro sentido pragmático, pues permitiría saber a los prácticos del derecho a qué normas debían atenerse, les ayudaría a situarse frente al entonces entresijo caótico de normas vigentes: Derecho Común, Derechos particulares, Código civil prusiano (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*), etc. En algunos territorios de Alemania –Austria, Prusia y Baden– las nuevas codificaciones habían desplazado el Derecho romano a fuente subsidiaria. Y en los territorios al oeste del Rin, el *Code* era como es sabido derecho vigente desde 1802¹². La idea de código que se defiende en el escrito de Thibaut tenía claras referencias a la práctica jurídica, pero se asentaba sobre raíces filosóficas e ideológicas. Su defensa expresaba el credo ilustrado de la razón: mientras que la historia, en forma de costumbre, solo nos enseñaba los errores del espíritu jurídico de los pueblos, la razón filosófica nos prescribía las normas “verdaderas”, cuya validez solo podía obtenerse haciéndose constar sus prescripciones en un nuevo texto legal. Así pues, en una actitud que se ha denominado “histórico-negativa”¹³, los ideales de universalidad propugnados por la Ilustración buscaban ahora en la defensa de Thibaut concreta materialización a través de un código. Como es bien sabido, Savigny escribe en respuesta *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Jurisprudenz*¹⁴. Un texto de naturaleza similar al de Thibaut, dirigido al gran público, con el que Savigny funda en sentido estricto las bases programáticas de la Escuela.

¹² Introducido también en el reino de Westfalia desde 1.1.1808, en el Grossherzogtum Berg desde 1.1.1810 y en el Grossherzogtum Frankfurt, desde 1.1.1811. En otros territorios como Herzogtum Arenberg, Herzogtum Anhalt-Köthen y Hansenstädten como Hamburg, Bremen o Lübeck fue también derecho positivo aunque menos tiempo (desde 20.8.1811). Se intentó introducir en el reino de Baviera, en Grossherzogtum Hessen-Darmstadt, en Grossherzogtum Würzburg, en Herzogtum Nassau, en Herzogtum Sachsen-Weimar y en Fürstentum Waldeck, sin éxito sin embargo. Vid. Introducción a F. C. VON SAVIGNY, *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum “Geist der Gesetzgebung”*, H. AKAMATSU, J. RÜCKERT (eds.), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2000, con interesante material sobre la participación de Savigny en el debate sobre la introducción del *Code*. Una panorámica de la introducción del *Code* en Alemania entre los años 1804 y 1814 se puede ver en B. DÖLEMEYER “Kodifikationen und Projekte”, *Handbuch der Quellen und Literatur* III, 2, H. COING (ed.), München, 1982, p. 1440 y ss.

¹³ F. GONZÁLEZ VICÉN, “La Escuela Histórica del Derecho”, en *De Kant a Marx (Estudio de Historia de las Ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, pp. 18 y ss.

¹⁴ F. C. VON SAVIGNY, “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Jurisprudenz”, en *Thibaut und Savigny: ihre programmatische Schriften*, cit.

La Escuela Histórica del Derecho resultó decisiva para el curso de la Jurisprudencia de su siglo, desde que se fundara en 1812 hasta que en 1900 entrara en vigor el BGB alemán, trascendiendo con mucho su término en 1848¹⁵. Su importancia se contagiaba a todos los ámbitos del Derecho, desde la dogmática y la metodología, hasta el plano filosófico –ontológico, gnoseológico y deontológico¹⁶–.

1.1. Entre Concepto e Historia

Desde muy pronto la Escuela, nacida con clara vocación histórica en consonancia con el espíritu enciclopédico reinante¹⁷, se había inclinado a trabajar el Derecho recurriendo a una metodología de tipo sistemático que chocaba con ese motivo histórico que fue causa de su fundación. Una imagen ésta de metodología sistemática que sería la base del positivismo científico, y cuya característica consiste como se sabe en derivar todos los preceptos jurídicos y resoluciones de los conceptos doctrinales elaborados en el seno del propio sistema¹⁸. La pregunta que se hace el estudioso es siempre la misma: ¿qué provocó que una teoría histórica desembocara en una sistemática? ¿Cómo es posible que el estudio histórico del Derecho acabara perfilando las bases de los grandes sistemas jurídicos de corte positivista, escindidos de toda consideración histórica?

A lo largo de los dos últimos siglos ha habido muchos intentos de dar respuesta a esta aparente paradoja. Desde los que han afirmado que esta dualidad, lejos de ser paradoja o contradicción, resulta ser nota constitutiva de la Escuela, que habría descubierto científicamente la Historia para el Derecho, y cuyos resultados los habría trabajado del único modo posible:

¹⁵ Wieacker fija en 1848 el término de la Escuela Histórica, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 416.

¹⁶ A. – E. PÉREZ LUÑO, “Aproximación a la Escuela Histórica”, en *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, num. 14, 1999, pp. 32-43.

¹⁷ Sobre la irrupción de las Escuelas, vid. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 338 y ss.

¹⁸ Según este positivismo científico, queda excluida la posibilidad de comprender en el Derecho cualquier elemento de carácter no jurídico. El jurista se distinguiría en la medida en que toda consideración ética, política o económica queda fuera de su interés. Wieacker recuerda las palabras de Windscheid al respecto, pronunciadas en 1884: “Las consideraciones éticas, políticas o económicas no son asunto del jurista como tal”, Vid. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 391.

en forma sistemática¹⁹; hasta los que ven tras esta oposición entre historia y concepto una manera de defender intereses aristocráticos, imprimiéndoles apariencia de legitimidad recurriendo a una fundamentación histórica de los mismos²⁰. Si esta dualidad es una contradicción o no, si trabajar de forma sistemática supone una negación de los principios esenciales de la Escuela, no puede responderse sin un análisis de cierta profundidad de diferentes autores pandectistas. Sin embargo, hay que decir que la Escuela histórica nace con una naturaleza heterogénea; es más, se podría afirmar que en cierto modo no se trata de una Escuela, al no darse homogeneidad de ideas entre sus miembros²¹. Concebir la Escuela en sentido amplio permite a priori entender que se trabajase de forma interdisciplinar, aunando ramas de historia y filosofía, sin implicar contradicción. De este modo se explicaría que algunos miembros de la Escuela adoptaran una metodología preferentemente histórica, como sucede con el primer Savigny, al tiempo que otros se inclinaban por una de tipo sistemático, como es el caso de su discípulo Georg Friedrich Puchta. La paradoja desaparecería en tanto las etiquetas no se atribuirían a la Escuela, sino a sus miembros, que habrían trabajado de forma científicamente independiente, compartiendo una base común²². Esto se aprecia por ejemplo en el caso concreto de Puchta, sobre todo en sus manuales sobre Pandectas, donde desarrolla un importante trabajo de sistematización del *Corpus Iuris*. De hecho, suele considerarse como punto de inflexión en la línea metodológica de la Escuela un escrito del propio Puchta en que reseña la obra de un eminente germanista, Georg Beseler²³.

¹⁹ Tesis sostenida por Paul Koschaker, quien afirma que el adjetivo que recibe la Escuela de “histórica” solo dice parte de lo que la Escuela en realidad era: junto a su faceta histórica, su gran vocación dogmática, para lo cual adoptó el Derecho Romano como base de ésta. Así, la Escuela, sostiene Koschaker, estaba tan interesada en el pasado como en su presente. De hecho fue este segundo aspecto de actualidad estudiada en la dogmática lo que le dio prestigio fuera de Alemania. Vid P. KOSHAKER, *Europa und das Römische Recht*, 4ª ed., C-H Beck, München und Berlin, 1966, p. 391.

²⁰ Esta es la explicación que ofrece F. CONTRERAS PELÁEZ, *Savigny y el historicismo jurídico*, cit., p. 80. Así lo recoge L. LLOREDO, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 256 y ss.

²¹ E. ROTHACKER, “Savigny, Grimm, Ranke. Ein Beitrag zur Frage nach dem Zusammenhang der Historischen Schule”, *Historische Zeitschrift*, Bd. 128, H. 3, 1923, p. 415.

²² Una base que responde al credo manifestado por Savigny en su escrito programático *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Jurisprudenz*, cit.

²³ G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843. Vid. F. GONZÁLEZ VICÉN, “La escuela histórica del Derecho”, cit., p. 135.

1.2. Iusnaturalismo y Escuela Histórica

La Escuela Histórica criticó las “evidencias” o “certezas lógicas” independientes de la historia, ataque que se materializó en su oposición al Derecho Natural, expresado en la caracterización a cargo de Hugo “Todschlagsrecht”²⁴. Pero esa crítica al Derecho Natural no se dirigió a todo tipo de iusnaturalismo. El enfoque heredado del iusnaturalismo racionalista resultaba inválido desde un punto de vista material, esto es, desde el punto de vista de las normas concretas que este desarrolló. En el operar deductivo de la razón no habían de ubicarse las normas que reglamentaran la vida real, puesto que esto era una falacia que atentaba contra historia. En esto consistía el rechazo de la Escuela al iusnaturalismo racionalista²⁵. Ahora bien, desde un punto de vista formal, los trabajos metodológicos del iusnaturalismo racionalista eran muy valiosos, y así eran concebidos por los miembros de la Escuela, cuyos tratados de Pandectas orientaban según el modelo iusnaturalista de sistematización. Los trabajos de Puchta constituyen en este sentido la máxima expresión del método sistemático en la Escuela Histórica. Construidos con arreglo a una fuerte lógica formal, seguían la senda metódica del iusnaturalismo racionalista, y así llegó a denominarse a su procedimiento “pirámide de conceptos” (*Begriffspyramid*), en clara alusión a una jurisprudencia que opera según un sistema puro de conceptos lógicos²⁶. Según Wieacker este procedimiento guardaba similitud con la Ciencia del Derecho Consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*)²⁷.

²⁴ G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, D. Auvermann, Berlin, 1971, p. 21. Cf. A. -E. PÉREZ LUÑO, “Aproximación a la Escuela Histórica”, cit., p. 32.

²⁵ Una lectura demorada, con importantes matices, se puede ver en WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Böhlau Verlag, 4ª ed., Wien-Köln-Graz, 1985.

²⁶ Más tarde la crítica emanada de la Jurisprudencia de Intereses denominaría a este sistema el “Método de Inversión” (*Inversionsmethode*), denominación con la que se pretendía poner de relieve el error cometido por el método de Puchta, que invertía, según esta corriente, el modo correcto de operar con los conceptos jurídicos: Heck, representante de la *Interessenjurisprudenz* acusaba a Puchta de derivar los principios doctrinales dogmáticos de los conceptos, cuando era justo al revés como había de procederse: derivando los conceptos generales del derecho de los “principios doctrinales, la tradición o las decisiones”, Vid. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit, p. 400.

²⁷ Sobre la particular lectura que del Derecho Consuetudinario hacen Savigny y sus discípulos, hay que advertir que la noción del mismo es contraria a la común: las reglas jurídicas no nacen de la repetición de determinados comportamientos, deviniendo así en pautas de conducta, o normas; según Savigny, la “relación causa efecto” es invertida cuando la entendemos de este modo, pues lo que en realidad sucede es que las conductas se repiten y se conso-

En este mismo plano se sitúan las palabras de Jhering, cuando habla del “reino de los conceptos” (*Begriffshimmel*), y de Puchta como aquél que dio vida de nuevo a ese oscuro reino tras largo tiempo en soñolencia²⁸.

De este modo hay que leer la relación de la Historia y Sistema en la Escuela Histórica. La primera nos ofrece las normas y principios doctrinales, contenidos en el *Corpus Iuris*; se rechazaba así el contenido prestado por la doctrina del Derecho Natural. La segunda, el sistema, es concebido como la perfecta herramienta con que operar científicamente, permitiendo orden y clasificación. En estos términos se expresa Savigny en su primer tratado *Metodología jurídica*: “se llama saber histórico a todo saber de algo objetivamente dado; por consiguiente, todo el carácter de la ciencia legislativa debe ser histórico [...]. Todo sistema nos lleva a la filosofía. La presentación de un sistema meramente histórico conduce a una unidad, a un ideal sobre el cual se funda. Y esto es filosofía”²⁹. De esta suma metodológica histórico-sistemática resulta una ciencia cuyo material de trabajo lo encontramos en la historia y cuya forma es la metodología sistemática de Pufendorf y Wolff³⁰. El meticoloso trabajo historicista, ahora muy perfeccionado desde el punto de vista formal, sirve a la elaboración de una ciencia jurídica de tipo conceptual³¹.

lidan como costumbre porque antes se han consolidado las normas en la conciencia popular. Primero es la génesis de la norma en el “Espíritu del Pueblo”, y después se actúa conforme a ella. Vid. F. CONTRERAS PELÁEZ, “La idea del espíritu del Pueblo en Savigny”, en *Anales de la Cátedra, Fco. Suárez*, 35, 2001, pp. 175 y 176. Puchta, en una primera etapa desarrolla el derecho consuetudinario en su famoso *Gewohnheitsrecht*, convirtiéndose en el teórico por antonomasia de esta fuente de Derecho en la Escuela Histórica. Vid. G. -F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Palmschen Verlagsbuchhandlung, Erlangen, 1828.

²⁸ R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964, p. 36; Vid. también F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 368 y ss.

²⁹ F. C. VON SAVIGNY, *Metodología jurídica*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004, pp. 19 y 61. Al respecto dice Savigny en otro lugar: “Ein zweifacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das eigentümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d. H. In dem Verhältniss, welches das allein wahre und natürliche ist”, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, cit., p. 48.

³⁰ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 373 y ss.; F. GONZÁLEZ VICÉN, “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, cit., p. 65 y ss.

³¹ La interpretación que de esta metodología científica hace Walter Wilhelm es similar: el tratamiento científico-filológico de las fuentes se basaba en una concepción de las mismas como si de dogmas se tratara, y ello determinó la transformación de un formalismo histori-

De alguna manera, la idea o el concepto está presente en la historia, y un preciso rastreo de las fuentes puede ofrecernos ese principio “orgánico” que está en la raíz de todo concepto. El lazo entre historia y sistema, la relación entre el método histórico y el método dogmático, que había sido el tema nuclear de esta renovación metodológica, encuentra solución en la alternativa de Savigny: *“jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen, und so ein organisches Prinzip zu entdecken, wodurch sich von selbst das, was noch Leben hat, von demjenigen absondern muss, was schon abgestorben ist, und nur noch der Geschichte angehört”*³².

Por otro lado, es importante tener presente que la crítica que desarrolló la Escuela a la tradición del iusnaturalismo, especialmente al racionalismo práctico del legislador, determinó el final de la hegemonía del Derecho Natural, y el “descubrimiento” del derecho Positivo. Si bien, ni la crítica del Derecho natural fue absoluta ni tampoco lo fue el consiguiente descubrimiento del Derecho Positivo, en la medida en que la defensa y reivindicación de la Escuela fue la de un derecho histórico, cuya importancia residía en *haber existido*: su validez venía dada por su presencia en las distintas capas de la historia. La crítica al Derecho del racionalismo ilustrado pasaba así por negar la validez de un derecho cuyos contenidos se tenían por universales –Derecho Natural–, al tiempo que se descubría la positividad esencial del Derecho al afirmarse la existencia de un solo derecho, aquel formado y evolucionado en el tiempo histórico. El Derecho es pues el derecho que *es, ha sido y será*, lo que en cada momento se predica como tal. Sin embargo, esta concepción no se opone a esa otra afirmación de que el derecho es lo que *debe ser*, pues ser y deber ser coinciden en esta perspectiva historicista³³, en tanto el derecho responde a la inmanente necesidad de la historia, resultado, claro está, de una visión determinista de la misma³⁴.

cista en uno dogmático, vid. W. WILHELM, *Zur juristische Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958, p. 37 y ss.

³² F. C. VON SAVIGNY, “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”, cit., p. 113.

³³ Un análisis certero acerca de la relación entre ser y deber ser en una lectura conjunta del formalismo de Kelsen y de la Jurisprudencia de Conceptos se puede ver en H. -P. HAFERKAMP, “Die Rechtsätze in ihrem systematischen Zusammenhang zu erkennen- The Thrust of Legal Formalism”, Chapter 9, *Law, Truth, and Reason*, Law and Philosophy Library, 97, pp. 187-200.

³⁴ A. -E. PÉREZ LUÑO, “Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho”, cit., p. 31.

Ciertamente este esquema difiere del concepto de Derecho Natural desarrollado por el racionalismo ilustrado, pero enlaza con una nueva idea de corte iusnaturalista: Derecho Natural e Historia, antes que enfrentados, aparecen el uno junto a la otra, asimilados. El Derecho Natural es aquel que se muestra en la historia; por su parte, la historia no es una simple sucesión de acciones, sino algo mucho más elevado, pues es manifestación de una fuerza superior –Dios, para Bachhofen o Ranke–. El Derecho es así para la Escuela un Derecho histórico, y por ello natural, divino. En palabras de Grimm: “No hay otro derecho natural que el derecho nacido en el pueblo; y este derecho natural, divino o histórico solo podemos conocerlo por la historia”³⁵.

Así pues, es correcto afirmar, como ya lo hiciera Ernst Bloch, que la Escuela Histórica “crucificó” el Derecho Natural de tradición ilustrada³⁶. Vicén lo expresaría con claridad: “la razón no es criterio suficiente para juzgar de lo real, sino que es en lo real y dado, y en tanto que tal, donde aliena la verdad”³⁷. En lo referente a la *Methodenlehre* o Metodología jurídica no cabe sin embargo hablar de choque de corrientes, sino más bien de continuidad³⁸. La esencia del iusnaturalismo –la existencia de un orden natural de validez universal– era efectivamente negada, pero aquello de lo que se servía el iusnaturalismo para concretar ese orden –el método, el aparato conceptual– fue adoptado y desarrollado hasta sus últimas consecuencias por la Escuela Histórica (específicamente por la corriente Pandectística), resultando la ciencia del derecho positivo tal como hoy la conocemos³⁹.

1.3. *Pandektenwissenschaft*

El sistema de Pandectas (*Pandektenwissenschaft*, Ciencia de las Pandectas, o Pandectística), así llamado en virtud del nombre que recibían por lo común los manuales de Derecho, (manuales de Pandectas –*Lehrbuch der Pandekten*–, que fueron expresión de este movimiento⁴⁰) fue el modelo más importante

³⁵ Carta de Jacob Grimm a Savigny, 29. X. 1814. Citado en F. GONZÁLEZ VICÉN, “La escuela Histórica del Derecho”, cit., p. 43, n. 271.

³⁶ E. BLOCH, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, trad. de Felipe González Vicén, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1961, p. 91.

³⁷ F. GONZÁLEZ VICÉN, “La escuela histórica del Derecho”, cit., p. 40.

³⁸ C. –A. CANNATA, *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 196 y ss.

³⁹ Vid. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 274 y ss.

⁴⁰ C. –A. CANNATA, *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, cit., p. 197.

para el desarrollo de la ciencia del derecho del siglo XIX. Como fundadores de la misma suelen citarse a Savigny y a su más importante discípulo, G. F. Puchta, pero posiblemente el representante más afamado de esta corriente sea Bernhard Windscheid (1817-1892), cuyo manual sobre Pandectas (*Lehrbuch der Pandekten*) tuvo el mayor predicamento, por publicarse en una etapa ya desarrollada de esta ciencia, y por contar con un número importante de ediciones y traducciones. Si bien, un precedente de importancia no menor fueron las *Pandekten* de Puchta, que contó asimismo con más de diez reediciones, y al que hay que hacer referencia ineludible, pues asentó el edificio sistemático sobre el que trabajaría la ciencia iusprivatista a partir de entonces⁴¹. Desde este punto de vista, la obra de Puchta se erige como una de las más importantes del siglo⁴². Muchos equiparan la importancia de su figura, aunque en sentido diferente, a la de Savigny: aquél por desarrollar el método histórico-dogmático hasta su máxima expresión, y éste por descubrirlo. Como representantes tal vez más famosos de esta Pandectística, sumados a los ya mencionados, destacan Karl Ludwig von Vangerow (1808-1870), Aloys von Brinz (1820-1887), Karl Ludwig Arendts (1822-1880), Ernst Emmanuel von Bekker (1827-1916), Ferdinand Reglsberger (1827-1916) y Heinrich Bernburg (1829-1907).

En lo relativo a las fuentes manejadas –el derecho romano común o *Gemeines Römisches Recht*– la Pandectística se alejaba como es natural del iusnaturalismo racionalista, cuyas fuentes (solo parcialmente) eran las evidencias a que la razón llegaba; sin embargo, en lo relativo a su tratamiento formal –el método– la influencia de esta corriente fue, como ya se ha dicho, de mucha importancia. La Pandectística, que algunos identifican con

⁴¹ Vid. H. -P. HAFERKAMP, “Georg Friedrich Puchta (1798-1846)”, en *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Gesichte, Gegenwart, Zukunft*, Grundmann, Stefan; Kloepper, Michael; Paulus, Christoph G.; et al. (eds.), De Gruyter, Berlin, 2010, pp. 229-240.

⁴² Las pandectas de Puchta tuvieron un éxito formidable. La última edición, duodécima, data del año 1877. Al contrario de lo que sucedería con las pandectas de grandes pandectistas como Thibaut o Vangerow, las pandectas de Puchta sobrevivieron a su autor en más de 30 años, lo cual demuestra la utilidad de las mismas para generaciones enteras de juristas, como sucedía a Jhering, que se servía de las pandectas de Puchta para impartir sus clases. Un estudio sobre los tratados y su utilidad didáctica en los tiempos de esplendor pandectístico puede verse en H. -P. HAFERKAMP, “Pandektisten am Katheder”, en *Rechtswissenschaft als juristische Doktrin. Ein rechtshistorisches Seminar in Stockholm 29. Mai bis 30. Mai 2009*, C. PETERSON (ed.), Stockholm, Rönnels Atikvariat, pp. 85-103.

la Jurisprudencia de conceptos⁴³, había heredado el modo sistemático de trabajar con los conceptos del método demostrativo de Wolff y Nettelbadt. Como resultado, los conceptos fundamentales del Derecho, como el de derecho subjetivo, el negocio jurídico, la declaración de la voluntad, el contrato, etc. fueron formulados por los pandectistas bajo una fuerte influencia del derecho racionalista. Según explica Wieacker, “la Escuela Histórica no pudo menos de aceptar ese método, pues ni podía retroceder más allá del Derecho racionalista al “formalismo escolástico” de la vieja exégesis de textos, ni conocía la derivación de preceptos jurídicos del planteamiento social de fines o de conexiones causales, como el posterior naturalismo jurídico”⁴⁴.

Este tratamiento dogmático de las fuentes según el modelo del racionalismo derivó en un conceptualismo, dándose con ello un giro que se tiene como contradictorio respecto del inicial motivo historicista que arriba se apuntó. Hasta tal punto es considerado este giro como una traición a sus propios principios que es opinión mayoritaria sostener que fue este tratamiento conceptual de las fuentes una de las causas de la disolución de la Escuela. Pero como ya se ha dicho, la remisión a las fuentes según el lema historicista no respondía a un intento de esenciar el Derecho en el derecho pasado –romano–, sino en incorporar el pasado al presente, y desde el presente proyectarlo al futuro, de suerte que el antiguo derecho romano ofrecía –y ofrece– conceptos muy útiles para la elaboración de un derecho que sirviese en la actualidad –y que aún es vigente–. El título de la obra más importante de Savigny manifiesta claramente este objetivo de proyectar la historia al presente: *Sistema de Derecho Romano actual*⁴⁵.

De esta actitud dogmática surgen diferentes corrientes doctrinales, que según la perspectiva que se tome se contarán en mayor o menor número, pero que en todo caso coinciden en tener todas ellas rasgos formalistas, positivistas, y anti-históricos. La lectura más común es la que distingue tres co-

⁴³ vid. C. -A. CANNATA, *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, cit., p. 198.

⁴⁴ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 373 y 374. Para abordar esta cuestión en profundidad resulta necesario referirse a la fundamentación filosófica de estos conceptos, heredera de los principios de la metafísica de las costumbres de Kant, es decir, conectados con la ética formal kantiana, en un intento de superar la ética social material del derecho racionalista.

⁴⁵ El primero que emplea la expresión es Hugo. Sobre el sentido de esta “actualidad” cabría introducir muchos matices vid. algunos sugerentes en A. CASTRO SÁENZ, “Espíritu de los pueblos; espíritu de los tiempos: Savigny y el historicismo”, *Index. Queaderno camerti di studi romanistici*, vol. 36, 2008, pp. 7-12.

rientes, a saber, la Pandectística, la Dogmática jurídica y la Jurisprudencia de Conceptos⁴⁶. A continuación nos ocupamos de ésta última.

2. LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS

2.1. Génesis de un concepto

La noción de Jurisprudencia de Conceptos suele vincularse a la Escuela Histórica del Derecho, así como a la Pandectística decimonónica. La figura que suele asociarse a la Jurisprudencia de Conceptos como representante máximo es la del jurista alemán Georg Friedrich Puchta. En ningún lugar de la obra de Puchta aparece sin embargo el término *Begriffsjurisprudenz*. Lo mismo sucede si nos asomamos a la obra de otros autores con los que se asocia la corriente, como es el caso de Bernhard Windscheid, último representante de la Pandectística y uno de las figuras más importantes en la redacción del BGB alemán: por ninguna parte aparece el término. Nunca ningún autor se ha denominado a sí mismo “jurista conceptual” (*Begriffjurist*).

Según Hans-Peter Haferkamp, por Jurisprudencia de Conceptos ha de entenderse “una orientación jurisprudencial conceptual y matemática”⁴⁷. W. Krawietz nos dice en la voz “*Begriffsjurisprudenz*” del diccionario de filosofía alemán que por lo común el término hace referencia a una “concepción formal del Derecho, apegado a la letra de la ley y alejado de la realidad”⁴⁸. Añade Krawietz que esta concepción de la Jurisprudencia de Conceptos es poco rigurosa, y propone definirla como una corriente jurisprudencial cuya “nueva” metodología arranca y se desarrolla en la Pandectística del siglo XIX, aunque sus orígenes sean más remotos⁴⁹.

Tres aspectos caracterizan los postulados científico-metodológicos defendidos por esta corriente: (1) el derecho –ordenamiento jurídico– no tiene

⁴⁶ A. – E. PÉREZ LUÑO, “Aproximación a la Escuela Histórica”, cit., p. 41.

⁴⁷ H. –P. HAFERKAMP, “*Begriffsjurisprudenz*”, en *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/96-begriffsjurisprudenz>.

⁴⁸ W. KRAWIETZ, “*Begriffsjurisprudenz*”, en *Historischer Wortterbuch der Philosophie*, cit., columna 809.

⁴⁹ Es posible encontrar el origen de este método jurisprudencial-conceptual en Roma y la Edad Media, señala W. KRAWIETZ, “Gegenüber den nicht seltenen Versuchen, Anfänge einer Begriffsjurisprudenz im römischen Recht nachzuweisen, erscheint kritische Zurückhaltung geboten”. W. KRAWIETZ, “*Begriffsjurisprudenz*”, en *Historischer Wortterbuch der Philosophie*, vol. I, Basel, 1971, columna 809 y ss.

lagunas, (2) el Derecho puede y debe ser tratado de forma sistemática, organizado según una pirámide lógica de conceptos, (3) es posible deducir de forma lógica nuevas normas o reglas jurídicas de otros conceptos jurídicos superiores⁵⁰.

Si aceptáramos aquella división de la Escuela Histórica en dos facciones, una volcada al estudio de la historia jurídica y otra a la construcción sistemática del derecho, habría de situarse a la Jurisprudencia de Conceptos en la segunda facción, posterior en el tiempo. Según este esquema, la Jurisprudencia de Conceptos surge del seno mismo de la Escuela histórica, provocando un cambio con respecto a las bases primigenias de la misma. La metodología parte de concebir el Derecho como un conjunto de principios jurídicos que son estructurados según un sistema en virtud del cual los principios más singulares son obtenidos por deducción lógica de los generales⁵¹. Según este esquema, en el Derecho no existirían lagunas, pues siempre existe la posibilidad de remontarse al principio general y obtener por deducción uno más concreto que resulte aplicable. Este modo de concebir el Derecho se ha denominado conceptual-sistemático y a él se ha vinculado la “parte general” del derecho civil. Una “parte general” que es aceptada por Heise por primera vez en el seno de la Pandectística al incluirla en su obra *Grundriss des Systems des gemeinen Civilrechts* (Compendio del Sistema del Derecho Civil Común)⁵². Desde entonces aparecería en toda exposición de Derecho de Pandectas, y la atención prestada a esta importante parte del Derecho sería creciente, hasta

⁵⁰ H. -P. HAFERKAMP, “Begriffsjurisprudenz”, cit., p.2.

⁵¹ El carácter sistemático del Derecho en la obra de Savigny ha sido recientemente estudiado, vid. F. FERNÁNDEZ CREHUET, *La perspectiva de sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*, Comares, Granada, 2008. Ni siquiera una defensa de una ciencia del Derecho puramente dogmática y alejada de la historia representada por Puchta sería asumible, pues incluso él se quiso distinguir de los “juristas a-históricamente orientados” y a él se atribuye la teorización del Espíritu del Pueblo (*Volksgeist*), concepto que no acepta sistematización “estricta”. Todo lo cual se compadece mal con una visión contraria a la iniciada por Savigny en sus escritos programáticos. Vid. WESENBERG-WESENER, *Historia del Derecho Privado moderno en Alemania y en Europa*, cit., p. 284. Las palabras de Puchta en este sentido son transparentes y no ofrecen confusión: “Aus diesem Verhältniss der Philosophie des Rechts unter besoderen Rechtswissenschaft ergiebt sich, inwiefern beide von einander abhängig, und inwiefern Sie selbsthängig gegen einander sind”, G. -F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1856, p. 99.

⁵² A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandekten-Vrlesungen*, Heidelberg, Mohr u. Winter, 1819.

el punto de que el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)⁵³ toma como ejemplo para su parte general la elaborada por la Pandectística. Esta parte general es la máxima expresión del modelo sistemático al que nos hemos referido: un desarrollo de principios y conceptos generales, de aplicación a las reglas jurídicas de Derecho privado, cuya existencia resulta necesaria para el dominio y comprensión del Derecho vigente⁵⁴. Constituye la parte general (*Allgemeine Teil*) un producto de sistemática jurídica genuinamente alemán, característico de una época dominada por una teoría del derecho que quiere concebir el fenómeno jurídico aislado de toda consideración que no sea estrictamente jurídica –ética, sociológica, económica, etc–.

a) *Jurisprudencia de Conceptos y Positivismo científico*

El carácter sistemático que la Jurisprudencia de Conceptos imprimió al Derecho no era nuevo, pues el mismo había sido empleado por los iusnaturalistas de la Ilustración. En general, el Derecho se había pensado siempre bajo parámetros de cierta sistematicidad; de ello hay rastro en la jurisprudencia romana⁵⁵, y más adelante durante la Edad Media. Ahora bien, el modo de trabajar sistemáticamente el Derecho por la Jurisprudencia de Conceptos fue novedoso en un sentido muy importante, que hay que entender en el contex-

⁵³ Sobre aspectos fundamentales del BGB y la parte general, vid. J. RÜCKERT, “Das BGB und seine Prinzipien”, en *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Schmoeckel, Rückert, Zimmermann (eds.), Tübingen, 2003, 79 y ss.

⁵⁴ Sobre la importancia de la parte general, como producto de la ciencia pandectística, en el posterior derecho civil alemán, vid. E. ZITELMANN, “Der Wert eines allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts”, en *Zeitschrift fuer das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1906, n. 33, pp. 1-32. A propósito de las ventajas de ese conjunto de principios en que consiste la parte general, nos dice Koschaker: “Piénsese en la claridad que ofrece la doctrina de la representación, si se distingue entre el poder representativo y su relación causal, en la fina elaboración de las distintas formas de ineficacia del negocio jurídico, y compárese esta claridad con el penoso esfuerzo con que en la literatura inglesa y francesa son tratadas estas mismas materias, porque los autores tropiezan con las dificultades lógicas que entraña el desconocimiento o impreciso conocimiento de estos conceptos generales.” P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 382.

⁵⁵ Sobre la concepción de sistema en el Derecho Romano, vid. F. WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudencia romana*, Comares, Granada, 1998, pp. 11-39; A. CASTRO SÁENZ, *Elementos para una historia de la ciencia jurídica europea*, El Giralduillo, Sevilla, pp. 15 y ss.; F. CUENA BOY, *Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de Sistema Jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Universidad de Cantabria, Servicio de Publicaciones, Santander, 1998.

to de la aparición del positivismo, concebido como corriente filosófica que vuelve sobre la experiencia, sin que ello suponga necesariamente un rechazo al pensamiento abstracto-conceptual⁵⁶. Se trata de un positivismo de fuentes, cuyo trabajo sistemático se realiza sobre material histórico, y no sobre ideas normativas del Derecho, como hasta entonces había operado el iusnaturalismo racionalista. Todo derecho es considerado ahora resultado de la evolución histórica, y en este sentido es “positivo”; pero este derecho sigue siendo racional, como lo había sido el Derecho Natural anterior, si bien, la “racionalidad jurídica” la vamos a conocer ahora a través de su desarrollo en la historia, como realización histórica pues, y no por la sola actividad intelectual⁵⁷. Es en este sentido filosófico que el historicismo jurídico mantiene aún ese ropaje iusnaturalista, y es por ello que hay que distinguir bien entre este concreto positivismo decimonónico de ese otro que habría de venir poco después, en los comienzos del nuevo siglo, liquidando todo resquicio iusnaturalista que fuera ajeno al aparato técnico del derecho.

La expresión más acabada del método jurisprudencial empleado por la llamada Jurisprudencia de Conceptos es tal vez la obra de G. F. Puchta. Esto sin embargo no puede llevarnos a la reducción de esta corriente a la obra de este autor, pues no ha de identificarse al autor con la corriente⁵⁸. Antes bien, hay que buscar el origen en autores anteriores, empezando por el propio Savigny.

⁵⁶ Las acepciones de positivismo jurídico son muchas, aquí se alude a aquellas que no desvinculan el derecho positivo –histórico– del plano racional-abstracto. Por ejemplo, en Windscheid, que profesa, según Larenz, un “Positivismo legal racionalista”. Es un error común equiparar Jurisprudencia de Conceptos y Positivismo legal (*Gesetzespositivismus*), pues los conceptos jurídicos básicos del sistema en la Jurisprudencia de Conceptos tienen una base filosófica. Vid. K. LARENZ, *La metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 43 n. 8.

⁵⁷ Vid. la lectura que hace J. GRIMM “Von der Poesie im Recht”, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Band 2, Heft 1, 1815, pp. 25-99. Este particular modo de concebir el Derecho Natural en la historia ha llevado a algunos pensadores como González Vicén a observar en la Escuela Histórica la liquidación definitiva del Derecho Natural, pues el concepto propuesto por la Escuela de este Derecho es antes que natural (apriorístico), positivo; otros, como Walter Wilhelm ven en esta concepción todavía claras referencias al iusnaturalismo, tanto en la sistemática como en su fundamentación filosófica –racional–. Vid. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre*, cit., p. 68. Sobre las posibles lecturas entre el iusnaturalismo y la idea de Derecho de la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de Conceptos, vid. H. –P. HAFERKAMP, “Naturrecht und Historische Rechtsschule”, *Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig*, ed. Matthias Armgardt und Tilmann Repgen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 61-95.

⁵⁸ H. –P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2004, pp. 5-8.

b) *Conceptualismo en Savigny*

Savigny no sólo trabajó la historia, como pone de relieve su monumental obra en seis volúmenes *Historia del Derecho romano en la Edad Media*; trabajó como se sabe la dogmática⁵⁹. Y lo hizo de forma modélica en su tesis doctoral *Sobre la posesión*, trabajo donde más claro se aprecia al Savigny dogmático, un texto denso que retorna al método científico de los jurisconsultos romanos, y que tiene como propósito dilucidar la naturaleza de ese complejo concepto jurídico que es la posesión. Desde su publicación, el tratado se convirtió en un referente ineludible en la materia. El propio Puchta tomó como modelo de trabajo dogmático la obra de su maestro, que consideraba perfecta desde el punto de vista metodológico-dogmático⁶⁰.

En el Savigny más joven ya encontramos modelos muy importantes de metodología jurídico-conceptual, el más claro ejemplo es el título de su *Metodología jurídica*⁶¹. Allí ya afirmaba Savigny que tan importante como la Historia es la Filosofía para el Derecho: ambas ramas deben operar conjuntamente, de cara a conformar un sistema que permita operar con las reglas y normas jurídicas. Ambas herramientas con las que operar metodológicamente indican la importante función de la filosofía –de la lógica– en la concepción de Derecho de Savigny. En escritos posteriores⁶² la noción de *Volksgeist*⁶³ cobra más importancia. Lo que sea Derecho nos viene dictami-

⁵⁹ Según el Felipe González Vicén, Savigny es quien propugna por vez primera el método “científico-formal” del conocimiento del Derecho, ello en sus lecciones de Marburgo sobre Metodología, donde desarrolla una formulación de principio del formalismo, pero sobre todo en su monografía sobre la Posesión, donde muestra de forma ejemplar la utilización del método formalista o conceptual, al ofrecer en este trabajo una imagen cerrada y lógica del concepto de Posesión: “Savigny va a ejercer influencia decisiva en el desarrollo del formalismo jurídico por la utilización paradigmática del nuevo método en su genial monografía sobre la posesión”, F. GONZÁLEZ VICÉN, “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1961, p. 64.

⁶⁰ Sobre la recepción por parte de Puchta del modelo de trabajo dogmático de su maestro Savigny, véanse las páginas dedicadas por Haferkamp, H. -P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, cit., pp. 269 y ss.

⁶¹ F. C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, K. F. Koehler, Stuttgart, 1951. Existe traducción al castellano, *Metodología jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

⁶² F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, Scientia Verlag, Aalen, 1981.

⁶³ El concepto fue, según algunos estudiosos, utilizado ya en la antigüedad, pero sería Herder el que lo difundiría en sus escritos historicistas. Si bien, Herder no hablaría de *Volksgeist*, sino de *Geist des Volkes* –el significado sin embargo es idéntico–. Fue Hegel quien utilizó por vez primera la concreta expresión de *Volksgeist* para referirse a una idea que se

nado por ese espíritu popular, cuyos modos de comportamiento observados por los ciudadanos responden a una “necesidad interna”. Así es como fueron “creadas” o formadas las instituciones de derecho: el matrimonio, la propiedad o la compraventa se convierten en regla por ser ellos mismos expresión jurídica del *Volksgeist*. Y por ser expresión del espíritu popular los institutos jurídicos son fundamento de Derecho, es decir, nos informan acerca de lo que el Derecho es⁶⁴.

En la lectura que ofrece de Savigny Karl Larenz, un Instituto es “un todo lleno de sentido, cambiante con el tiempo, de relaciones humanas típicamente entendidas”⁶⁵. Y la interpretación de la regla o norma jurídica debe hacerse no en virtud de ellas mismas, sino de la contemplación del instituto de donde nacen. La tarea de la Ciencia del Derecho es pues la de superar esa desproporción existente “entre la contemplación del Instituto y la forma abstracta de la regla particular, que sólo puede referirse a un aspecto particular de la relación total, artificialmente aislado”⁶⁶; superar así la relación entre lo

asentaba entonces en la atmosfera intelectual. La Escuela Histórica la hizo suya y la convirtió en su noción rectora. Vid. F. CONTRERAS PELÁEZ, *La filosofía de la Historia de Johannes G. Herder*, Universidad de Sevilla, 2004. Es cierto que el término empleado por Savigny en sus primeros escritos, cuando defiende el origen espontáneo del Derecho en el pueblo, no es el de “Espíritu Popular” (*Volksgeist*), sino el de “Convicción común del pueblo” y otros semejantes. Fue su discípulo G. F. Puchta quien empleó por primera vez en el seno de la Escuela la expresión *Volksgeist*, En concreto en su obra *Derecho Consuetudinario*, que se consolidó como una obra doctrinal referente en la Escuela (1828): “Hay ideas y convicciones que no pertenecen al individuo en tanto que tal, sino en tanto que miembro, y que, por esta razón natural, le son comunes con los demás miembros; lo cual no significa otra cosa, sino que la fuente de estas ideas no es el espíritu del individuo, sino el <<espíritu del pueblo>>”. Vid., G. F. PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* I, cit., págs. 138-39. La noción aparece en la obra de Puchta por vez primera en “Rez. Eduard Gans: Das Erbrecht in: weltgeschichtlicher Entwicklung, Teil I, Berlin 1824, Teil 2, Berlin 1825”, en *Erlanger Jahrbücher*, I, 1826, pp. 1-43, no en el *Gewohnheitsrecht*, como suele afirmarse: así por ejemplo F. GONZÁLEZ VICEN, “La escuela histórica del Derecho”, cit., p. 26, o F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, II: *Rechts- und Staatlehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, I, Abt. 3. Aufl. Heidelberg, 1854, p. 233 y ss. El concepto recibió críticas de toda clase de autores desde que empezara a ser divulgado, convirtiéndose en una de las dianas más frecuentes para atacar a la Escuela. La crítica que se hacía era casi siempre la misma: con gran artificio lingüístico desde la Escuela Histórica se pretendió hablar de una especie de entidad “mística” que parece ser fuente de toda expresión espiritual y cultural de los pueblos, bajo cuyo manto todo se explica. Pero en realidad su significado esencial es imposible de descifrar, pues no se trata más que de algo en realidad inexistente.

⁶⁴ En explicar los Institutos jurídicos se demora Savigny en su *System*, Vid. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, cit., p. 9.

⁶⁵ K. LARENZ, *La metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 33.

⁶⁶ K. LARENZ, *La metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 34.

particular de la regla y la contemplación del instituto, añadiendo a la regla la conexión orgánica ofrecida por la contemplación⁶⁷. Ahora bien, esto es imposible en sus propios términos, porque no es posible, argumenta Larenz, traducir la contemplación de una conducta repetida, observada por la experiencia, en la formulación de la regla general: no es posible al menos sin que lo contemplado no experimente una modelación categorial⁶⁸. El sistema no es por tanto formado en virtud de una conexión orgánica de los institutos –saltando de la contemplación al establecimiento de la regla–, sino en virtud de una construcción de conceptos que guardan conexión lógica entre sí. Se entiende así que Savigny formule un concepto abstracto de una “soberanía de voluntad” y a partir de ahí derive de forma lógica “las relaciones jurídico-privadas según los objetos principales de soberanía de voluntad”⁶⁹.

Pues bien, si seguimos a Larenz y entendemos que el hecho de que lo que forme el sistema en Savigny no sea la conexión orgánica anunciada en *System*, a partir del concepto clave *Volksgeist*, sino la conexión lógica de conceptos en un plano abstracto, entonces sería sensato volver hasta el fundador de la Escuela para reconocer los métodos característicos de la Jurisprudencia de Conceptos, y considerarlo, al menos parcialmente, jurista conceptual, representante de esta corriente intelectual denominada *Begriffsjurisprudenz*⁷⁰.

No existe por tanto según se desprende de la lectura de Larenz y otros importantes estudiosos⁷¹ una ruptura entre Savigny y la metodología conceptual de Puchta⁷² –tampoco existe identidad–. En ambos está presente la sistemática iusnaturalista.

⁶⁷ Vid. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, cit., p. 44.

⁶⁸ K. LARENZ, *La metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 35.

⁶⁹ Vid., F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, cit., p. 335. Cf. K. LARENZ, *La metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 35.

⁷⁰ Así lo interpreta también F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 368.

⁷¹ La lectura que en este punto hace Larenz no es una excepción entre los maestros de la metodología del pasado siglo, pues en un sentido similar concibe Walter Wilhelm el modelo científico de Savigny, cuando afirma “die konsequente Abkehr von aller naturrechtlichen Systematik, wie man sie in der Schultheorie verkündet hatte, wurde in der wissenschaftlichen Praxis nicht verwirklicht”, W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, cit., p. 61.

⁷² Según Haferkamp, efectivamente las semejanzas entre Puchta y su maestro Savigny no son pocas: ambos conciben el origen del Derecho en el pueblo (*Volk*), ambos entienden como fuente original del Derecho el *Volksgeist*, los dos entienden que la Ciencia del Derecho ha de ser histórica y sistemática, para los dos el foco de atención debe recaer sobre el “Derecho Romano actual” (*heutige Römische Recht*), ambos desconfían del legislador, y los dos confían

2.2. Aproximación teórica

La Jurisprudencia de Conceptos no ha gozado nunca de buena reputación. Esto se explica porque el perfil de la misma se ha elaborado de forma paulatina a partir de las críticas que fue recibiendo. No sólo dio fama la crítica a esta corriente, sino que su propia génesis trae causa de aquella: inventando la *Begriffsjurisprudenz* –y con ello la figura del *begriffjurist*, jurista conceptual– se abría la veda para criticar trabajos jurídicos que hicieran uso de este método, agrupándolos bajo la rúbrica de “Jurisprudencia de Conceptos”.

a) Sistema lógico-formal

Sistema significa “el desarrollo de una unidad en una variedad que, de este modo, es conocida como una conexión de sentido”⁷³, afirma Larenz. Ahora bien, según se entienda la relación de la unidad con el todo, el sistema será interpretado de una forma u otra; si la unidad es entendida como parte inherente a la variedad contenida en el sistema, entonces es concebido como un sistema orgánico; si se entiende como abstracción de la misma, adquiere el sistema un carácter lógico-conceptual⁷⁴. Al primer tipo de sistema conduce en general la filosofía idealista alemana, así por ejemplo en Schelling y Hegel. Al segundo, en cambio, nos conduce la lógica formal. El primero se puede representar como un círculo, donde todos los componentes se relacionen con el centro, y recíprocamente, el centro se concibe en su relación con los miembros situados alrededor del mismo. La mejor representación del segundo tipo de sistema es el de la pirámide. Una pirámide de conceptos, que será la imagen con la que muchos identificarán esta corriente⁷⁵. Esta conducción de la Ciencia del Derecho por la senda de la lógica más formal, añade

el desarrollo del Derecho a los juristas, científicos del Derecho. Vid. H. -P. HAFERKAMP, “Methode und Rechtslehre bei Georg Friedrich Puchta (1798-1846)”, en *Methodik des Zivilrechts. Von Savigny bis Teubner*, Nomos, 2ª ed., Baden-Baden, 2012, p. 77.

⁷³ K. LARENZ, *La metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 39.

⁷⁴ Vid. H. COING, *El sentido del derecho. Historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*, Cuadernos de Filosofía de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1953.

⁷⁵ Piénsese, asimismo, en la imagen de pirámide que emplea Kelsen para representar el ordenamiento jurídico, en cuya cúspide se sitúa la Constitución. Una lectura conjunta de la Jurisprudencia de Conceptos y del concepto piramidal en Kelsen puede verse en H. -P. HAFERKAMP, “‘Die Rechtsätze in ihrem systematischen Zusammenhang zu erkennen’ The Thrust of Legal Formalism”, Chapter 9, *Law Truth and Reason*, Law and Philosophy Library, num. 97, pp. 187 y ss.

Larenz, se debe a Puchta, que, afirma “enseñó el método del pensamiento formal-conceptual”⁷⁶.

La idea es pues la de un sistema piramidal en cuya cúspide se sitúa un concepto que abarca el resto de la pirámide, un concepto muy general, pues todo el sistema ha de poderse derivar de él. De forma lógica se puede ascender y descender desde el concepto supremo a los demás conceptos bajo él situados.

Es costumbre traer a colación a modo de ejemplo el concepto de servidumbre de paso, con el que Puchta explica esta “escala conceptual”. En su *Lehrbuch der Pandekten*, define Puchta este derecho como un derecho subjetivo⁷⁷; a continuación es definido como un derecho sobre una cosa, con el añadido de ser “un derecho sobre una cosa ajena, es decir, un sometimiento parcial de la misma”; por último, especifica el tipo de sometimiento, que es el uso, pues la servidumbre de paso “pertenece al género de derechos al uso de las cosas”⁷⁸. De este modo explica Puchta cómo un concepto jurídico puede ser explicado en virtud de su “descomposición” en los distintos grados de derivación.

Queda definida la Jurisprudencia de Conceptos como aquella Jurisprudencia –o Ciencia del Derecho– que trabaja el Derecho de forma sistemática según los dictados de la lógica formal, de suerte que el todo queda armonizado en virtud de conexiones lógicas que dibujan la forma de una pirámide de conceptos, hasta llegar al último o primer concepto, contenedor del resto. Así como la conclusión de un argumento deductivo ya está contenido en las premisas, de igual modo la pirámide entera está contenida en el concepto cúspide, de donde toda emana.

La concepción de la Jurisprudencia de Conceptos de Larenz es compartida por Wieacker y Wilhelm. Sin embargo, es cierto que algunos autores han visto en esta corriente un modo de trabajar el Derecho de forma inductiva, no deductiva, según el cual los conceptos no tienen un contenido dado con anterioridad, de forma apriorística, sino que lo encuentran en el plano de la experiencia. Así sucede por ejemplo con Cappellini, quien al estudiar al jurista conceptual Puchta fija su atención en su primera etapa, cuando asiste a las

⁷⁶ K. LARENZ, *La Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 41.

⁷⁷ La definición que ofrece Puchta de derecho subjetivo es la siguiente: “existe un derecho [subjetivo] cuando un objeto es entregado por el Derecho al poder de una persona”. G. F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig, 1838, p. 28.

⁷⁸ G. F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., p. 101.

clases de Hegel. En una obra temprana de Puchta, *Grundriss zu Vorlesungen über juristische Encyclopädie und Methodologie*⁷⁹, Capellini sostiene que Puchta defiende un sistema dialéctico orgánico, y no lógico formal. También interpreta de esta forma el sistema en Puchta Sten Gagnèr, para quien la clave de interpretación está en el concepto *Volksgeist*, origen del Derecho según Puchta. El hecho de que el Derecho nazca del “Espíritu Popular” impide que se pueda derivar de conceptos apriorísticos, pues la espontaneidad popular solo es posible en la experiencia. Con todo, ello no excluye la participación de la lógica en el sistema, la cual, dice Gagnèr, ayuda en el conocimiento o acto intelectual del Derecho⁸⁰. Y no se cierra con estas dos visiones este complejo asunto del carácter del sistema en la Jurisprudencia de Conceptos, pues existen autores que creen ver en ella una combinación o confluencia de la visión orgánica y la lógica.

b) Concepto cúspide

En un sistema como el de la Jurisprudencia de Conceptos, de carácter lógico formal, en el que los conceptos se deducen del concepto superior, que desde la cúspide abarca al resto, es presupuesto necesario que el contenido del concepto supremo no le venga dado por el resto de enunciados que de él derivan, pues en ese caso el sistema se convierte en un círculo vicioso. Por ello busca Puchta la fundamentación de ese concepto en la Filosofía del Derecho –no así en su ciencia–. Y lo encuentra en el concepto de libertad de Kant, en la autonomía del sujeto⁸¹.

Es cierto que la relación de derivación que se establece entre el concepto supremo de autonomía y el derecho positivo plantea dificultades, que para algunos autores implican problemas irresolubles. Según esta interpretación el contenido ético del concepto sobre el que se fundamenta el sistema acaba por desaparecer. Si esta compleja derivación del concepto

⁷⁹ El original de esta obra se encuentra manuscrito en la Biblioteca estatal de Berlín; el índice se puede ver en P. CAPELLINI, *Systema Iuris II*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 385 y ss. Lectura del tratamiento de Puchta en Cappellini en H. –P. HAFFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, cit., p. 17, n. 90.

⁸⁰ S. GAGNER, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen*, Rolf Gremer Verlag, Ebelsbach, 1993, p. 168.

⁸¹ “De él [del concepto kantiano de libertad] deriva Puchta en los §§ 1 a 6 de su *Cursus der Institutionen* el concepto de sujeto de derecho como una persona (en sentido ético), y el de derecho subjetivo como poder jurídico de una persona sobre otra”. K. LARENZ, *La Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 42.

superior al resto de conceptos y normas es un problema imposible de resolver, que en último término conduce a la fatal pérdida de conexión del sistema con la realidad, tal como enseña Larenz, es una cuestión difícil de responder⁸².

Contrasta con la lectura de Larenz la que hace Wieacker en relación con el contenido del concepto cúspide. Lo primero que choca en la síntesis del sistema de Puchta en Wieacker es la descripción que da del mismo: “una teoría de fuentes del Derecho que se vale, como de un artificio, de la dialéctica de la Filosofía de la Historia de Fichte y Hegel”⁸³. Parece claro que Wieacker no comparte la interpretación de Larenz según la cual el contenido del concepto cúspide viene dado por el significado de autonomía expuesto en el concepto de libertad kantiano. El análisis de Wieacker no se centra además en el contenido del concepto cúspide –que en la lectura que hace queda abierto–, sino en el método empleado. Un método que, tomado de la denominación con la que de forma peyorativa la Jurisprudencia de Intereses hacía referencia a la Jurisprudencia de Conceptos, denomina “método de inversión”, y que excluye del mismo cualquier consideración social, política o moral en la reflexión jurídica.

En Wilhelm se hace una lectura similar del contenido del concepto superior de la pirámide. No parece ser relevante su fundamento, sino el hecho mismo de existir como elemento central del que todo el sistema se deriva, lo cual implica un abandono necesario de la realidad, al ser aquél conceptual⁸⁴. Por tanto, la crítica que hace Wilhelm al sistema de Puchta y de la Jurisprudencia de Conceptos no se dirige al contenido del concepto –al con-

⁸² En Puchta, según lee Larenz, se pierde la conexión entre el concepto cúspide y el resto de conceptos, por ser el primero configurado según el concepto apriorístico de libertad, siendo imposible derivar normas positivas de conceptos abstractos. De alguna manera, esta crítica aduce el mismo motivo que arriba planteábamos: se pierde la relación entre el mundo real y el abstracto por la imposibilidad de enlazar la experiencia y el concepto, problema del salto categorial que imputaba Larenz a Savigny y que le presentaba como el precursor de la Jurisprudencia de Conceptos. Así, se ha podido hablar de una línea de continuidad entre Kant-Savigny-Puchta. Vid. H. -P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, cit., p. 11. Es interesante la solución que Puchta da a esta tensión realidad-concepto, para lo cual se inspira en el concepto de libertad de Schelling. Vid. H. -P. HAFERKAMP, “Recht als System bei G. F. Puchta”, *forum historiae iuris*, 2003; “Georg Friedrich Puchta (1798-1846)”, cit., pp. 229-240.

⁸³ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 367.

⁸⁴ En este aspecto coincide Wilhelm claramente con Wieacker. Vid. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, cit., p. 79 y ss.

cepto filosófico concreto de la cúspide- sino al hecho de que éste se halle hipostasiado en él, de suerte que el sistema queda configurado apriorísticamente, independizado de la realidad a la que pretende servir⁸⁵.

3. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo ha sido plasmar los temas fundamentales de la filosofía del derecho decimonónica, para así ubicarnos en el caótico panorama de corrientes intelectuales y problemas filosófico-jurídicos surgidos a lo largo del siglo. Un siglo en que se desarrolla la ciencia jurídica como hasta entonces nunca lo había hecho: a partir de la Pandectística, que supone una nueva recepción y renovación de los textos del *Corpus Iuris* para imprimirles nueva vigencia (*heutiges römisches Recht*), heredando las viejas ideas del *Usus Modernus Pandectarum*, y que eleva la técnica jurídica a una verdadera ciencia lógico-formal, acelerando el derecho hacia un positivismo jurídico incipiente (Puchta, Windscheid); abriendo puertas a las grandes corrientes contrarias a este impulso radical que tomó la forma, las tesis sociológicas y antiformalistas (Durkheim, Jhering, Heck). La Escuela Histórica y su preocupación por la sistemática nos abren paso en la compleja y poco conocida Jurisprudencia de Conceptos, a pesar de su peso en el siglo XIX y XX, reconocida como una de las más influyente corrientes jurídicas hasta nuestros días. Pero la lectura detenida de algunos textos clásicos sobre esta corriente nos han presentado numerosas contradicciones. El punto de partida para algunos es conceptual y reposa en el plano de la filosofía (Larenz); para otros el punto de partida filosófico del sistema es irrelevante: importante será su método (Wieacker, Wilhelm); y no faltan autores para los que ambas lecturas son equívocas, pues la corriente se sitúa en un plano dialéctico de corte hegeliano a medio camino entre la primera y la segunda lectura (Schönfeld, Jerusalem). A las lecturas más autorizadas hay que añadir nuevas voces aquí no trabajadas, pero sin duda imprescindibles para un estudio en profundidad de esta corriente, como las páginas dedicadas a Windscheid por Ulrich Falk⁸⁶ y la investigación pionera sobre el derecho de los jueces (*Richterrecht*) de aquel comienzo de

⁸⁵ H. -P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, cit., p. 12.

⁸⁶ U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1989.

siglo XIX realizada por Regina Ogorek⁸⁷. Voces que subrayan la necesidad de volver sobre el contexto, superando la mirada parcial de los estudios clásicos sobre la Jurisprudencia de Conceptos y la Pandectística, que adolecen de estar todas muy influenciadas por el tono crítico con que la corriente era normalmente citada y presentada. Voces necesarias para conocer nuestro presente, que reposa en un pasado inmediato aún hoy distorsionado.

JOAQUÍN GARRIDO MARTÍN

Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas.

Facultad de Derecho

Campus Ramón y Cajal.

Universidad de Sevilla

c/ Enramadilla 410148. Sevilla

e-mail: jgmartin@us.es

⁸⁷ R. OGOREK, *Richterkönig oder Substuntionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1986.

EL ACCESO A LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO PARA EXTRANJEROS COMO CONTROL Y GARANTÍA DE DERECHOS*

THE ACCESS TO FOREIGNERS' DETENTION CENTRES AS CONTROL AND GUARANTEE OF RIGHTS

IKER BARBERO

Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

Fecha de recepción: 14-3-16

Fecha de aceptación: 4-10-16

Resumen: *Las visitas por parte de jueces, fiscales, defensoría del pueblo, parlamentarios, y relatores internacionales a los Centros de Internamiento para Extranjeros son especialmente relevantes a la luz de los informes negativos elaborados por ONGs y organismos internacionales. Dependiendo de la autoridad que se trate así como de las circunstancias en las que se producen las visitas, la Administración del Estado, de la que dependen estos centros, puede estimar, configurar o incluso denegar las visitas. Este texto pretende analizar el papel de cada uno de los actores con capacidad de control y su alcance, con el fin de justificar el acceso pleno e inmediato a autoridades públicas a los CIEs como herramienta imprescindible para defensa de los derechos y garantías de los internos.*

Abstract: *The inspection visits by judges, prosecutors, ombudsmen, parliamentarians, and the international rapporteurs to Immigrant Detention Centers are especially relevant in light of the negative reports by NGOs and international institutions. Depending on the authority concerned and the circumstances in which the visits are conducted, the State Administration, can estimate, modify or even deny the visits. This paper attempts to examine the role of each of these actors with control capacities and its scope, in order to justify the full and immediate access to public authorities to the detention centres as an essential tool to protect the rights and guarantees of detainees.*

* Este texto proviene de la comunicación “El acceso pleno e inmediato de autoridades públicas a los centros de Internamiento para extranjeros para el control de derechos y garantías legales”, presentado en el VIII Congreso de Migraciones Internacionales, celebrado en Granada los días 16-18 de septiembre de 2015. Así mismo se enmarca dentro del proyecto IUSFUNDIE (20/15) de la Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea.

Palabras clave: extranjería, Centros de Internamiento para Extranjeros, derechos fundamentales, actores jurídicos.
Keywords: immigration, Foreigners Detention Centers, fundamental rights, legal actors.

1. INTRODUCCIÓN

El 16 de enero de 2015, el eurodiputado de Izquierda Unida Javier Couso, junto con representantes de la red Migreurop (Lluc Sánchez de SOS Racismo, Alivia Diez de CEAR y Begoña Santos de Médicos del Mundo) visitó el Centro de Internamiento de Extranjeros Aluche de Madrid. Su propósito era colaborar con la campaña Open Access Now de Migreurop cuyo objetivo consiste en el acceso a los CIEs de cargos parlamentarios para observar las condiciones en las que se encuentran estos centros, y posteriormente trasladar los datos recogidos a los distintos foros de control político que pueda ofrecer el marco institucional. Al interior del CIE no pudieron acceder los medios de comunicación que solicitaron autorización (eldiario.es, El País y Público) para la visita “debido a motivos de privacidad de los internos”, según la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Es necesario recordar que se trató de una visita concertada, autorizada y organizada, lo que confiere a la dirección del centro el control de qué espacios visitar y en qué momento. Tras recorrer las varias instalaciones (vacías), de la mano del Director del centro y otras autoridades policiales, sus valoraciones fueron muy negativas: “(U)nas instalaciones tremendamente precarias, obsoletas y descuidadas”, “cárcel encubierta”, “falta de transparencia” o “agujero negro” del Estado de Derecho. A pesar de que les denegó también cualquier entrevista con los propios internos, uno de ellos llegó a decirle a Couso: “Aquí nos tratan como perros, esto es una cárcel”.

En enero de 2014, poco después de que un ciudadano armenio, Alik Manukyan, se suicidase en la celda de aislamiento, representantes de diversos grupos parlamentarios en el Parlamento europeo, el Congreso de los Diputados y el Parlament catalán, accedieron al CIE simulando ser familiares y amigos, tras una denegación oficial de visita organizada (el principal motivo de la denegación fue la “organización de una próxima visita institucional por parte de los diputados y senadores integrantes de las Comisiones de Interior tanto del Congreso de los Diputados como del Senado”). Sólo pudieron acceder a la zona de visitas para reunirse con varios internos durante 10 minutos,

por los telefonillos y con un cristal en medio. Tal y como declaró la europarlamentaria del Partido Verde Europeo, Ska Keller, a la salida del CIE: “Estoy muy chocada, he visitado muchos centros de internamiento de Europa y es la primera vez que me niegan la entrada como eurodiputada. Tampoco había visto gente golpeada como aquí”. Unos días mas tarde una delegación de abogadas de la campaña Tamquem els CIEs (Cerremos los CIEs) y médicos solicitaron entrar en el mismo CIE. El fin era atender a los internos que habían sido agredidos durante las protestas de fin de año y que ellos mismos habían solicitado por escrito a la dirección del CIE poder ser visitados por dichas doctoras en base a su derecho a la integridad física y a la asistencia médica. Les fue denegado el acceso (El País, 3 de enero de 20014).

También les fue denegado el acceso, en reiteradas ocasiones en años distintos, a un colectivo de jueces y fiscales que solicitaron visitar el CIE de Barranco Seco, en Gran Canaria, dentro de las actividades programadas en el Foro de inmigración para especialistas jurídicos, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno de Canarias. El motivo oficial de la denegación fue que se trataba de un grupo numeroso y que no se realizaba en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sino por actividades formativas.

Estas historias (por anecdóticas que puedan ser) nos sirven para enmarcar el asunto social y jurídicamente importante hoy en día, que es el acceso a los CIEs por parte de agentes jurídicos, con el fin de monitorizar el funcionamiento de los centros, al tiempo que velar por la garantía de los derechos reconocidos legalmente a las personas internas en ellos. Precisamente, la garantía política y jurídica de los derechos de las personas en situación irregular¹ es uno de los principales límites del sistema contemporáneo de control de las fronteras en la gestión de las migraciones². Son determinados

¹ R. PERRUCHOU, “The law of migrants”. *International Migration*, num. 24, 1986, pp. 699-716; L. BOSNIAK, “Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers’ Convention” en B. BOGUSZ; R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, y E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: pp. 311-341, 2004; W. BROWN, *Estados amurallados, soberanía en declive*. Herder, Barcelona, 2015; C. DAUVERGNE. *Making people illegal: What globalization means for migration and law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; S. MEZZADRA, *Derecho de fuga*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004.

² I. BARBERO, *Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración*, Ikuspegi. Observatorio Vasco de Inmigración, Bilbao, 2010.

I. BARBERO, *Globalización, Estado y ciudadanía: un análisis socio-jurídico del movimiento sinpapeles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; D. BIGO y E. GUILD (eds.), *Controlling frontiers*.

contextos o construcciones sociales como la amenaza global del terrorismo, la seguridad o la crisis económica las que legitiman jurídica y socialmente esas estrategias y tecnologías de control fronterizo³. Ambos lados de la frontera mediterránea son un constante foco de dramas migratorios⁴. Sin embargo, a menudo, se presta escasa atención mediática y científico-analítica a lo controles internos y a la “deportabilidad” que emerge como una categoría jurídica y social⁵.

En la actualidad, el mapa de cientos de centros de inmigrantes se extiende por todo el territorio de la Unión Europea así como en los países colindantes, y su tipología y régimen interno son muy variados (campos de detención, centros abiertos, así como centros para solicitantes de asilo o dependencias en zonas de tránsito de aeropuertos). Estos campos o centros de retención e internamiento, que han proliferado en territorio europeo, han sido categorizados como espacios de “no-derecho”⁶ precisamente por la ausencia, escasez, suspensión o difícil garantía de los derechos de las personas internadas así como la arbitrariedad de la actuación de la Administración, generalmente

Free movement into and within Europe, Ashgate, Aldershot, UK, 2005, pp. 1-13; W. CORNELIUS, T. TSUDA, P. MARTIN, y, J. HOLLIFIELD (eds.), *Controlling immigration. A global perspective*. Stanford University Press, Stanford, 2004.

³ I. BARBERO, “Orientalising citizenship: the legitimization of immigration regimes in the European Union”, *Citizenship Studies* Vol. 16, num. 5-6, pp. 751-768, 2012; J. DE LUCAS, “Democracia, derechos y políticas migratorias en tiempos de crisis”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, num. 12, 2012, pp. 142-162; S. SASSEN, *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Katz, 2015; J. HUYSMANS, “The European Union and the securitization of migration”, *JCMS: Journal of Common Market Studies*, vol. 38, num. 5, 2000, pp. 751-777.

⁴ J. DE LUCAS, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; H. DRIESSEN, ‘The “New Immigration” and the transformation of the European-African Frontier’, in T. M. WILSON, and H. DONNAN (eds.), *Border Identities*. Cambridge University Press, 96-116, 1998; VV.AA., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, pp. 251-259.

⁵ L. FEKETE, “The deportation machine: Europe, asylum and human rights”, *Race & Class*, vol. 47, num. 1, 2005, pp. 64-78; N. DE GENOVA, Migrant “Illegality” and deportability in every day life”, *Annual Review of Anthropology*, num. 31, vol. 1, 2002, pp. 419-447; S. C. COUTIN, “Exiled by Law: Deportation and the Inviability of Life” en *The Deportation Regime: Sovereignty, Space, and the Freedom of Movement*, N. PEUTZ and N. DE GENOVA, (eds.), Duke University Press, 2010.

⁶ G. AGAMBEN, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos, 1998; C. HOLGAN y M. MARIN-DOMINE (eds.), *The Camp: narratives of Internment and Exclusion*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle; K. RYGIEL, “Politicizing camps: forging transgressive citizenships in and through transit”, *Citizenship Studies*, vol. 16, num. 5-6, 2012, pp. 807-825.

de los cuerpos policiales encargados de la custodia. No obstante, esto no implica ausencia de activismo en estos espacios⁷. Desde las fronteras hasta los procesos de deportación, pasando por los campos de internamiento o las ciudades son espacios agonísticos o de conflicto, donde migrantes y activistas confluyen en las acciones de denuncia y protesta. Esta protesta no solamente se limita a movimientos sociales, sino que como veremos, las organizaciones profesionales de abogacía y judiciales han formulado quejas e informes que avalan la necesidad de mecanismos que garanticen un mayor control de estos centros en lo que a respeto de los derechos de los internos se refiere.

En el ámbito académico más próximo, desde una perspectiva también crítica se ha prestado especial atención a los mecanismos de detención policial de extranjeros en situación irregular, e incluso a la irregularidad de los propios mecanismos de acuerdo a los estándares de derechos fundamentales constitucionales e internacionales⁸. Los CIEs, como una de las consecuencias derivadas del sistema de detención, han sido necesariamente objeto de análisis pormenorizado y crítico⁹, dejando de manifiesto la innumerable y

⁷ B. HONIG, *Democracy and the Foreigner*, Princeton University Press, 2009; E. ISIN y K. RYGIEL, "Abject Spaces: Frontiers, Zones, Camps" en E. DAUPHINEE Y C. MASTERS (eds.) *The logics of biopower and the war on terror: living, dying, surviving*, Palgrave Macmillan, London, 2007, pp. 181-203; P. NYERS, "Abject cosmopolitanism: the politics of protection in the anti-deportation movement", *Third world quarterly*, vol. 24, num. 6, 2003, pp. 1069-1093; MCNEVIN, A., *Contesting citizenship: Irregular migrants and new frontiers of the political*, Columbia University Press, 2011; K. RYGIEL, "Politicizing camps: forging transgressive citizenships in and through transit", *Citizenship Studies*, vol. 16, num. 5-6, 2012, pp. 807-825.

⁸ M. MARTÍNEZ ESCAMILLA Y J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, "Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución penal y castigo del inmigrante "sin papeles". Ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales" en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, M. Á. COBOS GÓMEZ DE LINARES, P. GÓMEZ PAVÓN, A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. MARTÍNEZ GUERRA, *Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos*, 2013; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA Y J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, "Controles de identidad y perfil étnico", *Mugak*, num. 57, 2011, pp. 40-49; S. GARCIA, "Dispositivo securitario en un espacio barrial. La práctica policial de los controles de identidad", *Arbor*, num. 188, 2012, pp. 755, 573-590; A. CHUECA, "El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros" *Revista de derecho migratorio y extranjería*, num. 1, 2002, pp. 9-36; H. SILVEIRA, "Biopolítica de Estados expulsores", *Política y sociedad*, vol. 49, num. 3, 2012, pp. 497-517.

⁹ H. SILVEIRA, "Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de Derecho". *Mientras tanto*, 2002, pp. 93-102; A JARRÍN MORÁN y D. RODRÍGUEZ, J DE LUCAS, "Los Centros de "Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica", *Revista CIDOB d'afers internacionals*, num. 99, 2012, pp. 201-220; C. MANZANEDO, "Resoluciones de los juzgados de control de los centros de internamiento de extranjeros, CIE, 2009-2013". *Revista de derecho migratorio y extranjería*, num. 34, 2013, pp. 249-259; M.

sistemática violación de derechos fundamentales, derivada de la opacidad/falta de transparencia, la arbitrariedad policial, la deficiente situación de las instalaciones y servicios y la difícil presentación de quejas que ha caracterizado este tipo de instituciones de reclusión. Sin embargo, la cuestión del acceso de organizaciones y órganos de control, aún siendo señalada como una reivindicación social y una obligación jurídica para el cumplimiento de los derechos de los reclusos y de las obligaciones institucionales derivada de la más reciente regulación legislativa y reglamentaria, no ha sido planteada como un elemento de estudio pormenorizado en sí mismo. Tal vez sea el reciente y exhaustivo texto de Ángeles Solanes, “Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España”¹⁰, quien dedique más atención a la cuestión del acceso desde la perspectiva de las medidas de control y garantía de derechos.

Desde estas bases académicas, y analizando distintas normas del extenso Derecho de Extranjería, así como informes técnicos y pronunciamientos judiciales, exploraremos algunas de las posibilidades de acceso que el ordenamiento jurídico actual prevé para distintos agentes jurídicos, el grado de inmediatez de esos accesos así como los productos o consecuencias jurídicas que se derivan tras las visitas. En concreto nos centraremos en las figuras del Juez de vigilancia, el Ministerio Fiscal, la Defensoría del Pueblo, relatores internacionales, organizaciones sociales, abogados y parlamentarios. Por distintos motivos no nos detendremos en otros colectivos cuyo acceso al CIE también podría tener un valor jurídico-simbólico en el control de las garantías, como pueden ser los familiares de los internos, los servicios médicos o los medios de comunicación. La normativa no los señala como actores con funciones específicas en la garantía de derechos, pero en cualquier caso su conocimiento de primera mano de irregularidades acaecidas puede derivar en denuncias tanto jurídicas como políticas ante los órganos que se mencionan en este estudio.

Adelantamos ya a modo de conclusiones/recomendaciones (a) la necesidad de aumentar la vigilancia judicial, (b) facilitar la labor de organizaciones

MARTÍNEZ ESCAMILLA, “Expulsión e internamiento de extranjeros: ¿Quiénes están en los CIE?” en I. REIG. FABADO (ed.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; M. REVENGA SÁNCHEZ, y J.J. FERNÁNDEZ ALLES, *Los Centros de Internamiento de Extranjeros. Régimen jurídico tras el Reglamento de 2014 y la STS de 10 de febrero de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015; J.A. TOMÉ GARCÍA, *Internamiento Preventivo de Extranjeros Conforme al Nuevo Reglamento de los CIE*, Editorial Colex, 2014.

¹⁰ A. SOLANES, “Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, num.19, 2016, pp. 37-76.

sociales y la asesoría jurídica, y (c) reconocer el acceso inmediato e incondicional de las autoridades parlamentarias y judiciales como una garantía total y efectiva de las condiciones en los CIEs.

2. SITUACIÓN JURÍDICA Y EMPÍRICA DE LOS CIEs EN EL ESTADO ESPAÑOL

El Estado español cuenta con un total de 8 Centros de Internamiento de Extranjeros diseminados por toda su geografía: Madrid, Barcelona, Valencia, Murcia, Algeciras, Tarifa, Gran Canaria y Tenerife (CIEs como Málaga o Fuerteventura han sido clausurados por distintos motivos). Y recientemente se ha conocido por la prensa la intención del gobierno español de abrir tres nuevos centros en Algeciras, Madrid (Aeropuerto de Barajas) y Málaga.

Según datos del Informe 2017 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de la Defensoría del Pueblo, en el año 2016, de un total de 35.882 persona detenidas, 7.587 fueron internadas en los CIEs (en 2013, 9.002), de las cuales fueron expulsadas 2.205 (un 29%). Los CIEs con mayor ocupación en 2016 son los de Algeciras (3.101 personas), Madrid (1.526), Barcelona (639); Valencia (829); Murcia (654) Las palmas (633) y Tenerife (215) tienen un volumen menor. Ahora bien, como veremos más adelante, el hacinamiento y el mal estado de las instalaciones es un dato generalizable a todos los centros.

Los numerosos informes sobre las condiciones de los CIEs en España (Parlamento Europeo 2007, la Asociación Pro-Derechos Humanos APDHA, 2008, el Defensor del Pueblo español o el Sindic de Greuges, CEAR 2009, el Ferrocarril Clandestino 2009, Pueblos Unidos 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015; Migreurop 2011 y 2012, Women's Link Worldwide 2012) coinciden en señalar las deplorables condiciones a las que se somete a los allí internados:

1. Condiciones idénticas al confinamiento carcelario: en celdas, con movilidad interna restringida, vigilancia mediante circuitos de cámaras y sensores de movimiento, revisiones e inspecciones de efectos personales, etc.
2. Deficientes condiciones de vida: hacinamiento, insalubridad temperaturas extremas.
3. Menosprecio por la integridad de los internos, abusos, torturas malos tratos.
4. Carencia de medios asistenciales previstos por la Ley como servicios de intérpretes, asistencia jurídica y médica.

5. Falta de transparencia y secretismo.
6. Arbitrariedad de la autoridades y vigilantes: la anomia disciplinaria deja al albedrío de las autoridades y vigilantes del centro la determinación de las normas y, peor aún, las sanciones en la mayor parte, desproporcionadas.

Aunque cada CIE tiene su gran mancha negra. En el CIE de Aluche murió Samba Martine, el 19 de diciembre de 2011 a consecuencia de una neumonía mal asistida. En el de Barcelona murieron Ibrahim Sissé (Guinea Conakry) el 6 de enero de 2012 por un infarto atendido tarde y el Armenio Aramis Manukyan el 3 de diciembre 2013, quien se suicidó en circunstancias extrañas¹¹. En el CIE de Málaga se obligaba a mujeres africanas a participar en fiestas sexuales organizadas por los propios policías que las custodiaban en el turno de noche. Nueve años después de los hechos, durante el juicio, sólo una de las mujeres denunciantes pudo declarar ya que el resto ya habían sido deportadas. Finalmente, una sentencia dictada en junio de 2015 por la Audiencia Provincial de Málaga, ha absuelto a cinco policías nacionales porque no se pudieron probar los abusos sexuales que denunciaron un grupo de mujeres recluidas en el Centro.

En gran media, la mala situación a la que se somete a las personas retenidas es debida por un lado a la fragilidad con la que históricamente se han regulado estos centros; por otro, y ligada a lo anterior, a la alta discrecionalidad/arbitrariedad policial. Así, en lo que respecta al marco jurídico de los CIEs, debemos decir que esta institución de confinamiento aparece ya con la primera Ley de Extranjería, Ley Orgánica 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. En el artículo 26.2 se señalaba la “posibilidad de acordar judicialmente, con carácter preventivo o cautelar, el ingreso en centros que no tengan carácter penitenciario de extranjeros incurso en determinadas causas de expulsión mientras se sustancia el expediente”. Más adelante, las sucesivas leyes de extranjería ampliaron los supuestos de internamiento a otros procedimientos similares de devolución y a los procedimientos de expulsión por condena penal.

Durante años, estos escasos artículos han sido desarrollados exclusivamente por normas de rango infra-legal como órdenes ministeriales o de escasa publicidad/seguridad jurídica como instrucciones policiales o directrices internas de cada centro. Por ejemplo, la Circular 8/2007 de 24 de abril, dicta-

¹¹ Ver “*Compañeros de la persona que según la policía se ahorcó en el CIE aseguran que sufrió agresiones*” Eldiario.es

da por la Comisaría General de Extranjería y Documentación, y que imparte “instrucciones sobre la elaboración de expedientes sancionadores por estancia irregular”. En gran medida, el carácter “no penitenciario” ha derivado en un régimen marcadamente policial.

Finalmente, en marzo de 2014 se ha aprobado el Real Decreto 162/2014, por el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE). Esta norma se elabora con una demora de cuatro años, respecto al mandato que la DA 3ª de la LOEX 2/2009, que daba al Gobierno un plazo de 6 meses para la reglamentación de los CIEs. Diversos autores y colectivos de inmigrantes y de defensa de los derechos de los migrantes han coincidido en señalar que este reglamento mantiene el *status quo* correccional de los CIEs, sin profundizar, como éstos pedían, en el desarrollo de los derechos de los internos y las relaciones con los organismos de garantía y control. De hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de febrero de 2015¹², anuló varios artículos relativos a los alojamientos separados para las familias de inmigrantes que están a la espera de expulsión (artículos 7.3 párrafo 2 y el artículo 16.2); el artículo 21.3 que permitía un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente de expulsión; y el artículo 55.2 párrafo primero, referido a registros personales incluso con desnudo integral.

Tal vez sea conveniente recordar que las personas extranjeras internadas en los CIEs, en su mayoría (es decir, sin contar las condenadas por sentencia penal), se encuentran detenidas por una falta administrativa y por tanto sólo tienen limitada la libertad ambulatoria (STC 115/1987). El resto de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico permanecen intactos. El artículo 62 bis relativo a los “Derechos de los extranjeros internados” enumera entre otros el derecho a ser informado de su situación (a), que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud (b), a ser asistido de abogado (f) e intérprete (h), a visitas y contacto familiar (j), así como a entrar en contacto con organizaciones sociales de protección de inmigrantes (h).

Por lo tanto, y la vista de que existe cierta regulación relativa al funcionamiento interno de los CIEs y de los derechos que asisten a las persona

¹² Recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, por la Federación de Asociaciones de S.O.S. Racismo del Estado Español y por la Federación Andalucía Acoge, solicitando la nulidad de determinados artículos y apartados del Reglamento CIE.

recluidas, debemos plantearnos la hipótesis de que, a la vista de los informes negativos sobre los CIEs, los mecanismos de garantía de aquellos derechos o no funcionan o no existen, y por tanto es necesaria la presencia/intervención de agentes jurídicos y/o autoridades externas (no pertenecientes a la Administración del Estado/Ministerio del Interior) para su respeto/reparación.

3. ¿QUIÉNES TIENEN ACCESO/CONTROL SOBRE EL CIE?

Como señaló Sánchez Morón, “padecemos una situación de atrofia de los instrumentos de control establecidos”¹³. Este autor hacía referencia a la frecuencia con que tanto las Cortes Generales, como los parlamentos autonómicos y corporaciones locales se quejan de la inoperancia de las facultades de control de que disponen, cuando no de las trabas y dificultades que desde la Administración se oponen a su ejercicio. Además, la lentitud, las deficiencias y la ineficacia del control judicial de las administraciones es, siguiendo su reflexión, algo que denuncian actores del Derecho (abogados y profesionales), grupos sociales o simples ciudadanos. En este sentido, y siguiendo la idea de “controles o garantías del Derecho Público” de Jellinek, Sánchez Morón consideró decisivas tanto las garantías sociales como las estrictamente jurídicas. Con respecto a las primeras, “las grandes fuerzas que forman y movilizan la opinión pública, y que expresan fundamentalmente a través de los medios de comunicación, de la creación y difusión de la cultura y de la acción de grupos y organizaciones sociales” deben ser necesariamente atentas, vigilantes y activas para reaccionar contra las disfunciones de la organización política y administrativa. Sánchez Morón hacía hincapié en la relevancia de analizar, respecto de las garantías políticas y estrictamente jurídicas, aquellos mecanismos “organizados en el seno de instituciones públicas” como la supervisión del Gobierno y de la Administración a través de su crítica política” como “el control de la legalidad de su actuación, de su comportamiento económico financiero o de la correcta y eficaz gestión de los servicios públicos”¹⁴.

A lo largo de las distintas normas que componen el Derecho de extranjería encontramos una serie de sujetos autorizados, capacitados o incluso a

¹³ M. SÁNCHEZ MORÓN. *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Espasa-Calpe, 1991, pp.14.

¹⁴ Ibidem, pp. 17-18.

quienes se les exige el acceso a los CIEs con el fin de verificar el correcto funcionamiento de estos o el respeto de los derechos de las personas internas. En concreto, y siguiendo a Sánchez Morón, podemos identificar sujetos vinculados con garantías jurídico-políticas, como los Juzgados de control, el Ministerio Fiscal, la Defensoría del Pueblo y otros relatores internacionales, y los parlamentarios; y por otro lado, las garantías sociales que realizan las organizaciones sociales, tanto dentro como fuera de los CIEs a través de informes, campañas y movilizaciones

3.1. Juzgado de Control del CIE

Si bien la estancia en situación irregular es una infracción administrativa y el internamiento una medida cautelar para la expulsión que se realiza en un centro de carácter “no penitenciario”, la “autorización judicial previa” por el juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero (61.1e LOEx) es una condición y garantía necesaria. Así quedó de manifiesto con la ya mencionada STC 115/1985, que acordaba la constitucionalidad de la medida del internamiento, pero siempre mediante intervención judicial, no como mera ratificación de la solicitud administrativa. El control jurisdiccional de la medida cautelar de internamiento, en tanto que es considerada una compulsión sobre las personas que limita derechos fundamentales tan importantes como la libertad de movimiento (17 CE), debe valorar la proporcionalidad de la medida, las circunstancias personales del detenido, así como la posibilidad de una alternativa menos gravosa. El artículo 62 de la LO 2/2009 introdujo como circunstancias a ponderar también “las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero”. Más recientemente, a través de la circular 6/2014, de 27 de julio, de la Dirección General de la Policía, sobre criterios para el ingreso de extranjeros en los CIEs, se estipula directamente que a la hora de solicitar la autorización judicial, se valorarán previamente las circunstancias personales, como tener domicilio en España, vínculos familiares, hijos menores a su cargo o arraigo en nuestro país, y así como la viabilidad real de poder ejecutar la repatria-

ción¹⁵. Como ya hemos dicho, inicialmente se encomendaba la función de velar por los derechos del interno al juez que decretaba el internamiento. Sin embargo, la lejanía de algunos CIEs (Madrid, Valencia y Barcelona con respecto al noroeste del Estado), debido a la zonificación, tras el internamiento la relación del interno con el juez de instrucción es nula y las posibilidades de control de este juez al CIE son mínimas. De ahí su modificación en la LOEx 2/2009.

La principal institución que tiene capacidad real de control y para velar por la integridad del interno es el Juzgado de instrucción del lugar de ubicación del CIE o de las Salas de Inadmisión en Fronteras:

“el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente” (art 62.6 LOEx).

Esta competencia de control de estancias fue introducida en la última reforma de la Ley de extranjería, en la LO 2/2009, pero su paulatina implantación ha sido excesivamente lenta (16 magistrados con esta función en España). El gran potencial de esta figura reside en que su función es controlar las condiciones de internamiento y garantizar los derechos de los internos. Para ello dispone de dos grandes herramientas:

- la recepción de peticiones y quejas en cuanto afecten a derechos de las personas internadas;
- la visita e inspección de los centros cuando lo estime conveniente y/o tenga indicios de vulneraciones (Art. 62.6 LOEx)¹⁶.

¹⁵ Ver también la STC 96/1995 de 19 de junio o la STEDH de 18 junio 1971 (caso de Wilde, Ooms y Versyp EDJ 1971/1) de que “toda persona privada de su libertad, con fundamento o no tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal. La intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad sino que permitirá al interesado presentar sus medidas de defensa, evitando que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario”.

¹⁶ De una manera similar a lo que se recoge en el art. 526 de la Ley de Enjuiciamiento criminal « El Juez instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determi-

Es la segunda opción la que más nos interesa resaltar en este texto ya que ofrece la posibilidad de acceder al interior del centro de forma inmediata, es decir, sin solicitar autorización previa a la dirección del CIE; y entrevistarse con los internos para investigar las quejas y denuncias que reciba vía quejas directas o a través de familiares o abogados. Fruto de esta investigación sería la apertura de oficio de posibles diligencias por vulneración de los derechos de los internos que recoge la Ley de extranjería o incluso derivar a la jurisdicción penal en los casos de lesiones o fallecimientos.

Como señala Martínez Escamilla, estos jueces se enfrentan a importantes obstáculos en el desempeño de su función en el sentido en que no son ellos quienes autorizan el internamiento por lo que no les corresponde a ellos poner fin a internamientos inapropiados¹⁷. Ello no impide, recuerda esta autora, que en cualquier momento se dirijan al juez de instrucción que autorizó el internamiento o al director del centro para numerar las irregularidades y los medios de subsanación. En este sentido, es de interés el auto dictado el 31 de julio de 2015 por la juez de control Victoria Rosell en el que se pone de manifiesto las irregularidades del CIE de Barranco Seco, especialmente en lo que refiere principalmente a derecho a la asistencia letrada e intérprete y el acceso a Internet. Dicho auto es la consecuencia directa de una visita al centro realizada el 25 de junio de 2015 con el fin de “comprobar el grado de aplicación del RD 168/2014 y de cumplimiento de las resoluciones anteriores del Juzgado de Control”, tal y como se había acordado en la última reunión de magistrados y magistradas con funciones de control en el CGPJ. Una consecuencia directa del auto fue la respuesta emitida el 23 de septiembre por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Ministerio del Interior, a través de sus servicios jurídicos, en la cual se concluye que el “auto judicial remitido podría conllevar una decisión de cierre del CIE de Barranco Seco y, dado que la situación denunciada es extrapolable al resto de centros, cabría resoluciones similares”.

nado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio Fiscal (...) En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos, y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los avisos que notaren».

¹⁷ M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *et al.* *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016, pp. 41.

3.2. El Ministerio Fiscal

El Ministerio fiscal también tiene legalmente prevista una importante función de control, tanto *a priori*, en el momento de decretar en internamiento; como *a posteriori*, vigilando el funcionamiento del centro.

Como forma de control previo, la fiscalía debe basarse en los criterios definidos en la Circular 2/2006 de la FGE (caducidad de la orden de expulsión, domicilio conocido, trabajo y convivencia familiar, preexistencia de requisitorias para el llamamiento, valoración del riesgo de incomparecencia para la expulsión, cumplimiento del plazo máximo de estancia en el CIE, etc). Al igual que el juez de instrucción/control, la fiscalía, en este momento del procedimiento, no es competente para entrar al fondo de la resolución administrativa que ha determinado la expulsión como sanción.

En lo que refiere al control a posterior, el artículo 4.2 de su Estatuto Orgánico prevé entre las obligaciones del Ministerio Fiscal la de “visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente”. La Instrucción 6/1991 impuso a los Fiscales la obligación de visitar periódicamente los CIEs. La Circular 1/1994 concretaba la periodicidad de estas visitas estableciéndola como trimestral, e imponiendo la obligación de dar conocimiento de la visita mediante acta remitida a la Fiscalía General. La Instrucción 5/2007 impuso la obligación de “poner en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno mediante oficio, a través del Fiscal Jefe, las eventuales disfunciones que puedan detectarse” que deberán ser corregidas en plazo razonable.

En este sentido, es interesante la *Nota Interna 1/2015 sobre el protocolo de actuación de los fiscales y modelo de confección del acta de inspección a CIEs*, en la que se ofrecen una serie de pautas destinadas a organizar las visitas a estos centros. Concretamente, “consiste en una sistematización de cada uno de los aspectos que –de acuerdo al nuevo Reglamento CIE– deben ser comprobados para garantizar el debido cumplimiento de la Instrucción FGE 5/2007 (Apartado VI.3. Núm. 12) y servir de base para confeccionar la correspondiente acta”. Además de comprobar las cuestiones técnicas relativas a las instalaciones y a la garantía de los derechos de los internos (y ONGs), en dicho protocolo se distinguen las visitas ordinarias-periódicas de las extraordinarias (sobresaturación de los CIE por avalancha de inmigrantes, incidentes de orden público relevantes, etc.). Así mismo prevé no solo que el Fiscal realice la inspección vaya acompañado

de funcionarios auxiliares o intérprete, o que se recomienda que “sean realizadas por dos Fiscales pudiendo realizarlas ordinariamente el Fiscal Delegado de Extranjería y el Fiscal suplente (Instrucción 2/2002, 11 de febrero)”, sino que prevé que se realicen entrevistas a cuantos internos les interesen. En todo caso, es llamativo la recomendación de los denominados “avisos de cortesía” al Director del CIE, aunque estos deben realizarse “sin excesiva antelación” de forma que “las comprobaciones realizadas en los Centros correspondan a la situación real de los mismos y se corrobore el auténtico quehacer ordinario, tanto de quienes se encuentren internados como de los encargados de su vigilancia y custodia”.

Según la memoria de 2015, durante este año los Fiscales Delegados de Extranjería realizaron nueve visitas de control a los CIE españoles (2 al CIE de Aluche en Madrid, 2 al CIE de Barcelona, 1 al CIE de “Barranco Seco” en Gran Canaria, 3 al CIE de Murcia, 1 al CIE de Hoya Fría en Tenerife, y 2 al CIE de Cádiz). Algunas visitas se han realizado junto con el Juez de Control de Estancia (Murcia, y ocasionalmente en Las Palmas); y en otras, de manera independiente (“en Barcelona se programan de forma tal que las vistas sean alternativas con las que realiza el Juez”). De las visitas realizadas, la Fiscalía otorga calificación de suficiente a las instalaciones de los CIEs, exceptuando al de Algeciras que no supera el mínimo. Aún así, son numerosas las críticas: hacinamiento (Madrid) deterioro de las instalaciones (Madrid, Valencia, Barcelona, Las Palmas); irregular custodia de las grabaciones (Madrid, Barcelona); el cierre de la unidad de mujeres de Murcia; ausencia de servicios sociales superior a un año en Algeciras; dificultades en las comunicaciones con el exterior y con el abogado asignado, etc. Es interesante resaltar también la apertura de diligencias por las denuncias contra funcionarios de los CIEs de Valencia y Madrid por maltrato y lesiones.

Finalmente, la Fiscalía critica la deficiente regulación que la LOEx y la LOPJ en lo que refiere, por un lado, a la figura y competencias de los Jueces de Control de Estancia, y al procedimiento de tramitación de las quejas presentadas por los internos, por otro. Mientras que en Madrid no se da traslado de los expedientes para la emisión de dictamen alguno al Ministerio Fiscal, en Barcelona sí. En el auto del 15 de enero de 2015 del Juez de Control Núm. 1 de Barcelona (relativa a la intervención de la Unidad de antidisturbios en los graves incidentes ocurridos los días 31 de diciembre de 2013 y 1 de enero de 2014) se establece la obligación de remitir al Juzgado de Guardia los partes de asistencia médica de internos por lesiones traumáticas con independencia de la etiología de las mismas.

3.3. La Defensoría del Pueblo y figuras internacionales

La defensa y tutela de los derechos de las personas extranjeras ha constituido una ocupación histórica de la Defensoría del Pueblo como institución de control de la Administración, tanto en la interposición de recursos de inconstitucionalidad¹⁸ y amparo, como en la supervisión y constatación de malas prácticas por parte de la administración¹⁹. Como recientemente ha señalado Relaño Pastor, es cierto que la Defensoría del Pueblo, en sentido estricto, no puede cambiar por sí misma, ningún acto de la Administración. Sin embargo, “sí puede influir en la actitud de la Administración para que modifique actos pasados e incluso, a través de sus correcciones, puede evitar que se repitan los mismos errores en el futuro”²⁰.

En lo que al control de CIEs respecta, la autonomía en la actuación, es decir, por iniciativa propia o de oficio, es una de las competencias que más valor otorga a sus intervenciones ya que puede intervenir de forma rutinaria o tras el conocimiento de una presunta vulneración de derechos, sin esperar a que el afectado interponga una queja o denuncia. En esta labor se enmarcan las visitas a centros y dependencias administrativas como son los CIEs, las comisarías de policías, los centros de menores no acompañados, puestos fronterizos o Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes. Estas visitas periódicas de las que la Defensoría del Pueblo viene dando cuenta en sus informes anuales, están motivadas por un doble marco legal:

- La propia LO 3/1981 del Defensor del Pueblo;
- y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de la ONU de 2002.

¹⁸ El 3 de octubre de 1985 se interpuso por parte del Defensor del Pueblo el primer recurso de inconstitucionalidad en materia de inmigración, contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley 7/1985 de derechos y libertades de los extranjeros en España. La consecuente sentencia del Tribunal Constitucional STC 115/1985, si bien admitió la posibilidad de privar de libertad a personas extranjeras por la comisión de una infracción administrativa, sí consideró la necesidad de la intervención judicial y otros mecanismos de defensa para evitar la arbitrariedad policial en la detención e internamiento.

¹⁹ J. L. RODRÍGUEZ CANDELA. “La incidencia de la Oficina del Defensor del Pueblo en la política legislativa de extranjería”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, num. 36, 2014, p. 129-165.

²⁰ E. RELAÑO PASTOR. “Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión” en M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *et al.*, cit.

En primer lugar, la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo establece en su artículo 19.2 que “En la fase de comprobación e investigación de una queja o en expediente iniciado de oficio, el Defensor del Pueblo, su Adjunto o la persona en quien delegue, podrán personarse en cualquier centro de la Administración Pública, dependientes de la misma o afectados a un servicio público, para comprobar cuantos datos fueren menester, hacer las entrevistas personales pertinentes o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria”.

Las posibles deficiencias y quejas recibidas derivan en expedientes contra la Administración por incumplimiento. Y si fueran hechos delictivos debería ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Además, las incidencias que se recojan durante las visitas son sistematizadas e incorporadas a los informes anuales que la Defensoría del Pueblo presenta ante las Cortes Generales. Puede realizar propuestas modificativas de la regulación de los CIEs²¹, e incluso realizar informes extraordinarios.

En segundo lugar, tras la suscripción por parte de España del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, como Estado estaba obligado a designar un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de carácter independiente (art.19). Esta función fue atribuida al Defensor del Pueblo por las Cortes Generales a finales de 2009²². En base a este nombramiento deben atribuirse recursos suficientes para efectuar las visitas que considere oportunas así como para elaborar los pertinentes informes confidenciales y recomendaciones, así como el seguimiento de la elaboración de legislación al respecto.

De ambos supuestos se deduce que la Defensoría del Pueblo no necesita de autorización previa para acceder a los CIEs y entrevistarse con personal laboral o internos para recabar cuanta información necesite para sus investigaciones sobre mala administración, malos tratos, resoluciones administrativas excesivamente rigurosas y/o que situaciones injustas para los extranjeros detenidos.

²¹ Ya en 1993 se formuló por parte de esta institución una recomendación, incorporada finalmente en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, en la que se reclamaba, entre otras cuestiones “la elaboración de un reglamento de régimen interior, un catálogo de derechos y deberes de los extranjeros internados, mejor control judicial y los medios materiales y humanos para un buen funcionamiento de los CIEs”.

²² Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que introduce una disposición final única en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, designó a esta institución como MNP, asumiendo esta condición a partir del 5 de noviembre de 2009.

Existen otras figuras de defensa de los derechos humanos internacionales similares como el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, o el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de gran relevancia en lo que respecta a las condiciones de los CIEs. Así ha quedado reflejado en los informes redactados con motivo de las visitas a los Estados²³.

3.4. La Defensa letrada

El acceso al CIE por parte de los abogados de los internos es un elemento básico del derecho fundamental a la defensa letrada y la tutela judicial efectiva (art 24 CE). Debido a la especial gravedad que comporta la incoación de un expediente de expulsión como el internamiento en un CIE, la legislación de extranjería, no sólo reconoce el derecho a asistencia letrada (62 bis 1. e y f LOEx), sino que además está dentro de los supuestos de asistencia letrada gratuita (22 LOEx), aunque muchos internos no lo sepan o no se les diga. Además, dada la dispersión de los centros de internamiento, el abogado identificado en el expediente de la orden de expulsión no reside necesariamente en el lugar del centro de internamiento, por lo que el interno tiene derecho a ser asistido por otro abogado. A pesar de que muchas de las instrucciones y vistas judiciales se realizan fuera del CIE, la reunión entre defensa e interno para preparación de los diferentes trámites es fundamental. Estas reuniones, tal y como han dictaminado diversos autos de Juzgados de Control, como recoge ahora el Reglamento 162/2014, deben realizarse “con total confidencialidad”, es decir, sin la presencia de ningún policía, ni a través de telefonillos ni mamparas, por tanto, en dependencias reservadas al efecto. El acceso de los abogados al CIE debe realizarse, directamente (sin espera de turno), sin restricción de horario, salvo en horas nocturnas, durante al menos 8 horas al día repartidas entre mañana y tarde. El valor de una visita es tal, que la simple aceptación por parte de un interno de reunirse con un letrado constituye en sí mismo una “designa” es decir, el reconocimiento de la asistencia letrada por ese letrado. Es necesario reseñar, aunque sea brevemente, la paulatina creación de Servicios de Orientación Jurídica en los CIEs gracias a los Colegios de Abogados (Madrid, Barcelona o Valencia), mediante los cuales varios abogados acceden diariamente a los CIEs.

²³ http://www.acnur.es/PDF/informe_mision_relatorespecial_racismo_2013_20130806150757.pdf
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/183/38/PDF/G1218338.pdf?OpenElement>

3.5. Las organizaciones sociales

En el contexto europeo, se ha consolidado la presencia de organizaciones sociales dentro de los CIEs para realizar funciones de control como de colaboración. Así por ejemplo, la organización CIMADE en Francia está presente desde los años 80 en la mayoría de los denominados Centres de Retention Administraive²⁴; o JRS Alemania, que ofrece apoyo legal, social y religioso en los centros de detención en Berlín, Múnich y Eisenhüttenstadt²⁵.

Concretamente, el artículo 62 bis de la actual Ley de Extranjería, en consonancia con el mandato de la Directiva 2008/115/CE relativa al retorno (art 16.4), recoge tanto el derecho del interno a entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes (art 62 bis 1. j); como el derecho de las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes y los organismos internacionales pertinentes a visitar los centros de internamiento (62 bis 3.).

Durante el tiempo en que no existió un reglamento, fueron los autos de los Juzgados de Control los que fueron desarrollando las posibilidades de acceso para las organizaciones (Auto del Juzgado de instrucción núm. 6 de Madrid, 13 de enero de 2011; Auto del Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, 30 de marzo de 2012; Auto de los Juzgados de Control de Barcelona, 27 de junio de 2013; Auto del Juzgado de Control de Murcia, 15 de julio de 2013), señalando especialmente que las organizaciones sí tenían derecho a entrar en contacto con los internos sin necesidad de designa previa; que las visitas deben ser ilimitadas (salvo orden público), con un grupo máximo de 10 personas conjuntamente, por personal no necesariamente letrado, con el horario más amplio posible (al menos 6 horas, a la mañana y a la tarde), y en un espacio donde pueda reunirse en privado (no a través de telefonillo ni mamparas); y que las organizaciones podían instalar un buzón individualizado de sugerencias y quejas accesible a los internos.

El nuevo reglamento, concretamente, distingue dos vertientes de la actuación de las organizaciones en el CIE.

²⁴ CIMADE. Parce qu'il n'y a pas d'étrangers sur cette terre. 1939-2009. Un Histoire de la CIMADE. 2009.

²⁵ Jesuita Service to Refugees. Detention in Europe. Germany. http://www.deten-tion-in-europe.org/index.php?option=com_content&view=article&id=95&Itemid=127

En lo que respecta a la vertiente interna, es necesario señalar tres principales funciones. En primer lugar, las organizaciones realizan una labor de prestación de servicios de asistencia sanitaria y social en los centros previa suscripción de los correspondientes conciertos, contratos o convenios y reconocimiento de su condición de entidades colaboradoras (arts 4, 15). En segundo lugar, son relevantes las actividades formativas dirigidas a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y demás funcionarios y empleados públicos al servicio de los centros, en las materias de derechos humanos, régimen de extranjería, seguridad y prevención, así como de enfoque de género y violencia contra las mujeres (art 48). Finalmente, la normativa también prevé la realización de reuniones de seguimiento de la prestación de los servicios sanitarios, asistenciales y sociales (art. 52).

Desde una vertiente externa, el artículo 59 del Reglamento reconoce el derecho de las organizaciones para a defensa de los inmigrantes a visitar los centros. Para ello, estas organizaciones, en un primer lugar, deben estar constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes o dedicadas al asesoramiento y ayuda a solicitantes de protección internacional y los organismos internacionales de semejante naturaleza. Y en segundo lugar, para que los miembros de estas organizaciones accedan al CIE deben de contar con una “acreditación previa”, que se solicitará por escrito al director acompañada de a) Copia de sus estatutos, b) Certificado de pertenencia a la organización de los miembros de la misma que soliciten acceder al centro, y c) Objeto de la visita.

Las acreditaciones concedidas serán personales e intransferibles, responsabilidad del titular, y contendrán los datos personales y las medidas de seguridad que se estimen pertinentes por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras para asegurar su correcta utilización, y el posible deterioro o signos de manipulación de tales acreditaciones puede dar lugar a la denegación del acceso (art. 59.3 Reglamento).

Resulta interesante el breve plazo de 72 horas que el reglamento impone al Director del CIE para el otorgamiento de permiso y la emisión de las acreditaciones, una vez comprobada la documentación aportada en la solicitud. Este plazo, en base a la literalidad de la disposición que lo contiene, debe necesariamente interpretarse que comienza desde el registro de la solicitud, no siendo la revisión de la documentación una cuestión que suspende el plazo sino una tarea prescriptiva, sino una tarea a realizar dentro del mismo.

El Reglamento también reconoce la posibilidad de que un interno solicite al Director una reunión con una organización determinada, quien debería ser comunicada inmediatamente, y reunirse según el procedimiento y requisitos previstos. Los integrantes acreditados que acudan a la reunión podrán ser sometidos a un examen personal de seguridad si se aprecian por los funcionarios policiales indicios de que pudieran portar objetos o efectos no autorizados o prohibidos. Se dejará constancia de la visita en el correspondiente libro-registro.

3.6. Parlamentarios y cargos electos

Una de las funciones propias de los cargos electos (europarlamentarios, diputados, senadores o parlamentarios autonómicos), a parte de la labor propiamente legislativa, es la labor de control político al ejecutivo. De esta labor se derivan derechos como el planteamiento de preguntas parlamentarias, la solicitud de comparecencia de miembro del ejecutivo o la participación en comisiones de investigación. El recabar información sería una actividad previa e indisoluble del posterior ejercicio de las medidas de control. Como señala Cano Bueso, para que el Parlamento pueda ejercer una crítica solvente a la función del Gobierno, e incluso para proponer iniciativas alternativas es necesario una buena dosis de información que poseen de las Administraciones públicas, y que el diputado, con sus escasos medios, no puede recabar por sí mismo²⁶. En este sentido, el Reglamento del Congreso de los Diputados, en el Artículo 7.1., se prevé que “para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas”.

En esta labor de recopilación de información ¿Cabe el acceso a centros dependientes de la Administración pública? Algunos reglamentos de asambleas legislativas autonómicas, como el de Andalucía, ha extendido este derecho de información incluyendo la realización de visitas a dependencias administrativas (art. 7.5). La intención de visita debe ser puesta en conocimiento de la Mesa del Parlamento, quien gestionará la solicitud a la Administración, señalando el día y la hora de la visita, y sin obstruir el funcionamiento de la institución que se pretende visitar. De hecho, hace ya mu-

²⁶ J. CANO BUESO, *El “derecho de acceso a la documentación” de los diputados en el ordenamiento parlamentario español*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, D.L., Madrid, 1996.

cho años que el TC estimó el amparo de un diputado que solicitó el acceso, acompañado de especialistas y técnicos, a archivos y registros públicos, con el fin de recabar información (STC 181/1989, de 3 de noviembre). En todo caso, cualquier denegación de información por parte de la Administración debe estar suficientemente argumentada para no vulnerar el derecho parlamentario a la información.

Desde este planteamiento, deberíamos plantearnos si dentro de esta categoría de “visita a una dependencia de la Administración con el fin de recabar información” cabe la posibilidad de que un parlamentario solicite el acceso inmediato a un CIE. Ya nos hemos referido a las carencias que la noción de “visita autorizada-concertada” podría implicar en la función de control de los CIEs y el reconocimiento de los derechos de los internos. La inmediatez sería condición indispensable e inherente al propio fin de la actuación.

4. CONCLUSIONES

En los últimos años, en coordinación con la Campaña europea “Open access Now” de la organización Migreurop, se han venido organizando visitas a los distintos CIEs y CETIs del Estado español en la que representantes de Migreurop y parlamentarios de distintas asambleas legislativas accedían, con autorización previa, con el fin de conocer el centro y las condiciones en las que se encuentran los internos. Sin embargo, del análisis normativo y empírico realizado en este artículo se desprenden varias ideas fundamentales en lo que al acceso a los CIEs para el control de los derechos de los internos se refiere.

En primer lugar, en algunos casos las visitas han sido denegadas y en otros casos han tenido lugar con cita previa y bajo un estrecho guiado por parte de la Dirección. Dicho de otra manera, si bien los representantes públicos sí tienen acceso, se ha condicionado a previa solicitud, algo que ha ofrecido mucha información y algo de control, pero con un alcance limitado precisamente por la previsión y preparación de la visita, lo que desnaturaliza en cierto modo la esencia de las visitas con fines de monitorización de centros de reclusión. A fin de un control estricto y transversal, el acceso debería ser inmediato (sin la necesidad de una autorización previa), con objeto de asegurar una observación real de las circunstancias que acaecen en la cotidianeidad de los CIEs.

A esto habría que añadir, en segundo lugar, la posibilidad de entrevistarse con los detenidos, en privado, a fin de recabar también información individualizada de primera mano. Tanto las organizaciones sociales como la asistencia letrada sí tiene reconocido este derecho para el desarrollo de sus labores cotidianas. Es evidente que tanto los jueces de control, fiscales como Defensoría del Pueblo, pueden solicitar la declaración de cualquier interno que consideren que puede aportar elementos en la investigación de hecho que puedan ser constitutivos de irregularidades o violación de derechos. Este mecanismo debería extenderse a los representantes parlamentarios, en su función de recabar información para un efectivo control al ejecutivo, con el fin de obtener una visión más completa. No cabe duda de que su regulación expresa podría suponer una mejora en el tratamiento de este tipo novedoso de control parlamentario.

En tercer lugar, a la luz de los hechos expresados por colectivos sociales, el acceso de periodistas, en calidad de tal profesión ha sido sistemáticamente denegada. A este respecto, si bien los medios de comunicación no están provistos de la autoridad que otorga la representación democrática ni hay mención expresa en la normativa, sí constituyen un elemento complementario a las visitas parlamentarias o de otras instituciones. Por ello, su presencia en los accesos podría aportar una visión gráfica necesaria a la hora de redactar informes o presentar denuncias.

Además, las visitas no solo se limitarían al control de casos concretos que derivan en expedientes específicos; sino que, como se está comprobando en la actualidad, dan pie a otros instrumentos de control al gobierno y a la administración como son las quejas y preguntas al Congreso/senado, la Comisión y al Parlamento Europeo; o la aportación de información a la comisiones de investigación en materias de extranjería e inmigración. En la reunión de la Comisión de Libertades (LIBE) acontecida el 16 de julio de 2015 en sede del Parlamento Europeo, la europarlamentaria Marina Albiol, ante la insuficiente respuesta dada por parte de la agencia Frontex a una pregunta parlamentaria formulada en marzo de ese mismo año, sobre el gasto concreto que la UE destina al control fronterizo en España, manifestó: “Hemos estado en Melilla, hemos mantenido reuniones y sabemos que esto no se ha implementado, y por lo tanto rechazamos que en su respuesta diga lo contrario”.

En definitiva, pese a las vulneraciones sistemáticas que constatan los informes de organizaciones sociales e instituciones, la arbitrariedad policial en los CIEs puede ser controlada. Como decía Sánchez Morón, las organizacio-

nes deben ser necesariamente atentas, vigilantes y activas para reaccionar contra las disfunciones de la organización política y administrativa; y los operadores estrictamente jurídicos deben controlar la legalidad de las actuaciones de la Administración. Como hemos visto en este texto, hay mecanismos de acceso previstos en distintos lugares del ordenamiento jurídico, que pueden resultar muy útiles a ese fin y que deberían ser empleados con mayor asiduidad, a la vista de las deficiencias mencionadas. Todo ello mientras se ponen en marcha las alternativas al internamiento²⁷.

IKER BARBERO

*Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho
Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea
Campus Sarriko
48015 Bilbao
Iker.barbero@ehu.eus*

²⁷ P. AIERBE, I. BARBERO y M. MAZKIARAN, "De qué alternativas hablamos". *Mugak*, num. 64-65, 2013, pp. 29-30. J.M. SANCHEZ TOMAS, "¿Hay alternativas al internamiento de inmigrantes irregulares?" *Mugak*, num. 64-65, 2013, pp. 31-34.

RECENSIONES

**Francesco BIONDO, *Desobediencia civil y teoría del derecho*,
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 274 pp.**

RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

Palabras clave: civil disobedience, values, constitution, democracy.
Keywords: desobediencia civil, valores, constitución, democracia.

La literatura académica sobre desobediencia civil es sumamente extensa, pero lo que no resulta tan frecuente es encontrar plumas que quieran sumergir este asunto en el terreno de la teoría del Derecho, y esto es lo que intenta Francesco Biondo, o al menos todo lo que se le permite un tema tan resbaladizo para los parámetros de aquella disciplina. Su intento, en todo caso, deja buen sabor de boca y nos anima a profundizar en sus propuestas.

Biondo divide su volumen en varios apartados inmediatamente atractivos: en primer lugar, uno sobre la dialéctica entre el derecho y la moral, un segundo que versa sobre neoconstitucionalismo y crítica interna al Derecho, un tercero acerca de la noción de desobediencia civil y su papel “papel estabilizador” en un ordenamiento constitucional, un cuarto apartado sobre la justificación de las conductas desobedientes, y un último capítulo que aborda su relevancia en la sociedad democrática.

El punto de partida del libro resulta muy claro, pues Biondo arranca en su “Introducción” de una clasificación según la cual las prácticas de desobediencia civil pueden reunir tres rasgos: 1) presentar una interpretación específica de las normas constitucionales, 2) denunciar violaciones de principios o derechos fundamentales por el ejecutivo o el legislativo y 3), demandar el respeto de los tratados internacionales (por ejemplo sobre asilo o intervención en conflictos bélicos, pp. 17 y 18).

Al mismo tiempo, y como pone de manifiesto ya al inicio del primer capítulo de la obra, la desobediencia civil reuniría cinco caracteres principales,

a saber: es pública, busca la modificación del ordenamiento (y no su destrucción), resulta efectuada por alguien que se considera parte de la comunidad política (no necesariamente ciudadano, pues también podría tratarse de un extranjero), no es violenta (al menos frente a las personas) y persigue denunciar la injusticia (e incluso la invalidez material) de ciertas normas jurídicas, pretendiendo por último que otros apoyen la protesta (29).

Biondo continúa después con este primer apartado desgranando las diferentes teorías, tanto del positivismo metodológico como del iusnaturalismo, acerca de la relación entre Derecho y moral, y revisando así revista autores como Scarpelli, Nino, Kelsen, Hart o Radbruch (30-42), en un repaso que no resulta superfluo en absoluto y que sitúa muy bien los antecedentes del el resto del trabajo. El derecho “es principalmente una práctica interpretativa y no un hecho o un objeto” (25).

La primera conclusión de tal premisa es la de que “no podemos sino reconocer como la justificación de una norma depende de un equilibrio entre las exigencias morales que se encuentran en conflicto”, resultando que su ponderación “no parece que consiga la realización de una jerarquía axiológica estable, sino *móvil* y dependiente de valores que se consideran válidos para los casos concretos” (48, el subrayado es propio, como en todos los casos que vengan a continuación). En este sentido, mientras que la obligación de obedecer al Derecho aparecería como “indeterminada” para la ciencia jurídica, ya que ésta sólo podría ocuparse de definir qué es Derecho y cuáles las normas de un ordenamiento, pero no determinar si el juez o ciudadano *han de* obedecerlas (49 y 50), Biondo sin embargo recoge la crítica de tal posición de Scarpelli de nuevo, quien afirma que no es posible atender a tal empresa sin aceptar la obligatoriedad del Derecho, al margen de la valoración moral que se haga de sus normas (56). Los juristas no son estudiosos que se limitan a registrar un fenómeno, sino que participan de él (58) y la “función legitimadora de la ciencia jurídica no concierne sólo a la determinación del derecho sino que se retrotrae a la propia justificación de los métodos” utilizados por aquéllos, en cuanto a que el uso de tales métodos es también fruto de una elección de valor (60).

El contexto de esos valores se halla en nuestro caso dentro de una concepción “a la vez estatista y liberal-democrática del derecho con un ordenamiento legicéntrico de fuentes”, una forma particular de derecho que tutela *ciertos valores políticos* que contemplan libertades y voluntad popular. La aceptación de esta organización del poder “no es obligatoria desde el punto

moral para cualquier ordenamiento jurídico, sino sólo para los ordenamientos liberal-democráticos” (ídem). De acuerdo con Carlos S. Nino, de hecho, y a quien Biondo sitúa a continuación de Scarpelli, “es necesario que existan al menos algunos operadores jurídicos que apliquen las normas no por miedo a la sanción sino por razones morales” (63). El Derecho es un caso especial de razonamiento moral, como también señala Alexy (ídem), y “la elección entre una interpretación subjetiva u objetiva es una decisión de valor, de dar mayor peso al contexto de producción o al de aplicación” (64).

Y es que, “aunque Nino no lo dice”, lo que hacen quienes desobedecen civilmente es presentar nuevas interpretaciones de las disposiciones (constitucionales, pero también otras), y a menudo contrarias a lo que los juristas consideran la “mejor doctrina” (69). De esta forma, el desobediente no se limita a considerar la norma violada como injusta en el plano moral, sino que también la considera “inválida materialmente”, o “limitativa de un derecho” merced a una nueva *interpretación* del ordenamiento (70). La obligatoriedad jurídica de las normas depende de su obligatoriedad moral, pero “no hay una guía *determinada*” para situar su correlación (73).

Con esta última aseveración Biondo emprende el comienzo de su segundo capítulo, referido al neoconstitucionalismo como posible perspectiva de crítica moral interna al Derecho. Esta corriente afirmaría que la obediencia no puede reducirse a motivaciones utilitaristas, sino que se corresponde con una función de promoción del bien social, y se basaría en que las argumentaciones no son subjetivas sino el resultado de justificaciones prácticas que pretenden ser universales, aceptables por individuos con diferentes prelación valorativas (77). Tras abordar sus características de acuerdo con la descripción de Guastini (79-82), y entender que reúne cuatro funciones a menudo contradictorias (limitación del poder, autorización, legitimación e integración social, siguiendo a Bongiovanni: 83 y 84), Biondo sin embargo valora su incorporación como la de dos tradiciones, la republicana y la liberal (85), que permitirían a su vez la introducción del derecho de resistencia como necesario para defender las instituciones de la comunidad política (85 y 86). Frente a los convencionalistas, “el derecho, más que una congruencia mecánica y no deliberada de preferencia sobre algunos valores y principios, es un acuerdo intersubjetivo sobre una serie de significados indisponibles para los individuos” (95), lo cual implica tener en cuenta también los desacuerdos (96).

Biondo niega además la tesis de Ferrajoli de que la desobediencia civil es un supuesto de crítica moral externa al derecho (106), si bien la inseparabi-

lidad en los casos de indeterminación del derecho, entre discurso descriptivo y prescriptivo “no implica la afirmación de la irrelevancia práctica de un modelo de ciencia jurídica dirigida a distinguir los dos planos del discurso” (107). Pues aunque la actividad del jurista no se corresponde con el modelo del científico que describe un objeto desde el punto de vista externo, por participar en la función de legitimación del derecho a través de su tarea de sistematización (109), debe pese a todo distinguir entre dos planos de la ciencia jurídica, la interpretación de los textos y las propuestas de modificación del ordenamiento. Puede así incluso adoptar un punto de vista interno moderado al aceptar sus valores en la medida en que le permitan conocerlo mejor o evaluar la coherencia de los argumentos presentados por la doctrina o la jurisprudencia, pero esta aproximación formaría parte de su método propio y no implicaría considerar como moralmente vinculantes u obligatorios para su propia conducta los valores del ordenamiento (111). La labor del jurista es la de un *intento de clarificación* tanto teórico como dogmático o valorativo, pero no implica mayores exigencias (112).

Distinto sería el caso del juez. Los tribunales *deben* aplicar el derecho, excepto en caso de regímenes dictatoriales, ya que el magistrado, al tomar el puesto, asume tal obligación jurídica. Esto no obsta, desde luego, añade Biondo, que pueda motivar interpretaciones moralmente orientadas, y más aún en caso de conflictos de interpretación en los cuales pretenda justificar moralmente su postura (112).

Como consecuencia de ello, tanto el juez como como el jurista, y de acuerdo con lo reseñado, tienen un amplio margen para evaluar a los movimientos y personas que inicien la desobediencia civil (*ídem*). El interés que despierten sus prácticas “tiene que ver con la posibilidad de que por parte de tales movimientos de protesta se presenten nuevas interpretaciones de los textos constitucionales” que se impongan por haberse modificado las condiciones sociales y políticas, y merced a su aplicación a casos difíciles. Estos supuestos implicarían conflictos, no tanto entre la moral y el derecho, sino entre “las diversas lecturas moralmente orientadas del material jurídico disponible” (113).

De esta forma, puede atisbarse fácilmente la primera tesis del autor y que surge en el propio título del tercer apartado de su obra; el papel estabilizador de la desobediencia civil en el ordenamiento constitucional. En este capítulo, Biondo defiende que se puede desobedecer “en nombre del Derecho” (116), es decir, por razones jurídicas y no morales ni políticas (aunque las segundas

estén entrelazadas con las primeras a menudo) y pretender centrarse en esta posibilidad, impugnatoria de algún tipo de acto o norma que fuera contra los principios generales del ordenamiento, los derechos fundamentales o incluso normas constitucionales en general (118). Se trataría de pasar a sede judicial la discusión sobre la licitud de aquellos actos o normas mediante una conducta desobediente que fundara una argumentación, abriendo espacios de debate público (119 y 120). Sus antecedentes estarían en la justificación de la resistencia al poder político que sostuvo Norberto Bobbio (121), convirtiéndose en “una praxis coherente con los principios democráticos en los casos en que los canales institucionales permanecen sordos a las peticiones de participación política”. De este modo, “se puede violar una ley para verse reconocido un derecho previsto en la Constitución u obtener una declaración de inconstitucionalidad de una ley” (122).

Siguiendo con estas premisas, la desobediencia civil se distingue de fenómenos como la objeción de conciencia y la que Biondo denomina “obediencia pasiva”, es decir, la que supone el incumplimiento meditado de la norma por razones de principio pero que acepta su correlativa sanción, de los casos de una práctica colectiva, pública y no violenta y que tiene por finalidad modificar el ordenamiento, pero no destruirlo (124 y 125, siguiendo a Passerin D’Entreves). Se hace así “referencia a los principios de justicia compartidos también por parte de los poderes públicos” (131). Para evaluar cuándo nos encontramos ante estas acciones, además, debe considerarse “no sólo el objeto de la conducta ilícita” disidente (ilicitud que lo es solo *prima facie*, 156), sino también la motivación expuesta por los desobedientes y el modo en que reproducen su comportamiento, así como las condiciones políticas y constitucionales en que se desenvuelven tales prácticas (133). Estaríamos ante “una sociedad que tiene una Constitución democrática y liberal, si bien incompleta e insuficiente para tutelar a algunas minorías, y [también] un sentido común de justicia” (134).

Los tres tipos de desobediencia civil ideal, asimismo, serían los de: 1) acción indirecta de desobediencia de la norma jurídica, 2) acción directa de desobediencia, y 3) acción demostrativa a fin de establecer un caso judicial ejemplar (150). La primera se referiría a la violación de normas jurídicas justas (por ejemplo, emprender un corte de carreteras), para denunciar otras consideradas *injustas* moralmente o *inválidas* desde un punto de vista jurídico (*idem*). La segunda no implicaría este tipo de mediación, iría directamente contra la norma considerada como nociva, y la tercera trataría de instar una causa judicial

para eliminarla (151). Los dos primeros tipos de desobediencia irían dirigidos al Estado en su conjunto y el tercero a los tribunales específicamente (153).

El capítulo IV del libro analiza las concepciones de la desobediencia mantenidas por Henry D. Thoreau, Mahatma Gandhi y John Rawls. A Biondo le parece que el primero, abolicionista convencido, lo que intentaba al negarse a pagar impuestos era ofrecer testimonio de su postura política, al margen de la eficacia y de la repercusión en terceros que tuviera (190-193), que Gandhi no resolvía satisfactoriamente la tensión entre fundamentación religiosa de la no-violencia y obligatoriedad del uso de medios violentos para quien no creyera en esas bases (193-198), y que Rawls mantendría criterios muy exigentes para cualquiera (198-210).

Según Biondo este último autor (en quien más se detiene), vendría a sostener que la desobediencia civil es justificable como actuación dirigida a la fidelidad a normas superiores a aquella norma infringida (198), unos principios de justicia que regularan comunidad política según criterios de equidad (198 y 199). La conducta en cuestión debería ser pública, reconociendo su autoría quien la emprendiera (única forma de ejercer función educativa respecto a terceros), no violenta y con la aceptación voluntaria de sanción (con el fin de demostrar aquella fidelidad al ordenamiento). Y sin que produjera daño a las autoridades o a los ciudadanos que no protestaran, entendiendo por tal la violación la de sus derechos civiles o del respeto a su integridad física. Esa desobediencia estaría justificada, además, siempre que se persiguiera el cumplimiento del primer principio de justicia y del de igualdad de oportunidades, pero no en pos del cumplimiento del principio de diferencia (199). Esto último no podría evaluarse, siempre según Rawls, salvo que las políticas redistributivas marcharan *claramente* dirigidas a atacar o reducir una libertad fundamental igual (200). Todo esto, añadiría el filósofo norteamericano, se produciría en el contexto de una sociedad cuasi-justa, pues no resultaría aplicable a sociedades injustas.

Pero el autor de la *Teoría de la Justicia*, como bien indica Biondo, fue bastante vago en esta noción (200 y 201), a lo que podría añadirse que “Rawls no tiene en cuenta la evidencia de que en las sociedades reales no existe a menudo un sentimiento común de justicia y que los actos de desobediencia sirven más bien para crearlo” (202). Es más, su concepto de violencia es demasiado amplio, pues en muchas manifestaciones de desobediencia es inevitable que permanezcan restringidos los derechos civiles de terceros, como por ejemplo los de circulación o propiedad. Algo nada extraño, además, si

consideramos la desigualdad de partida que quizás tengan que afrontar los disidentes, dado el reparto de recursos previo (203 y 204). Por añadidura, la aceptación de la sanción, requerida por Rawls para justificar la desobediencia a la norma, no parece exigible en muchos supuestos en donde “el deber de someterse a la sanción entra en contradicción con la urgencia de aminorar la eficacia de normas injustas” (207).

El último apartado del libro aborda finalmente el que quizás resulta ser asunto central para la teoría del derecho, el de si hay propiamente un “derecho” a desobedecer o si esto es un sinsentido jurídico. Kant entendía que su introducción era imposible (213), y Raz opina que tampoco puede haber “derecho de resistencia” porque el contenido de un derecho es la pretensión también de comportarse de manera equivocada o de una forma que no se comparte desde el punto de vista moral (214). En los ordenamientos liberales el desobediente debe intentar convencer a los demás de la corrección moral de su conducta, pero no puede exigir ser tolerado por quienes no aprueban su comportamiento (*idem*). Sin embargo, y a criterio de Biondo, Raz no caería en la cuenta de considerar que una posible justificación del derecho a desobedecer sea precisamente con vistas a plantear la cuestión de la legitimidad de la norma.

Dworkin sería otro filósofo, junto con Rawls, que justificaría la desobediencia a la ley en ciertos supuestos, pero en su caso por vía distinta y con una configuración diferente. A su entender el problema no estribaría realmente en la propia desobediencia, sino en la legitimidad de la norma y de su sanción (219), asunto a considerar de manera discrecional por los fiscales y tribunales, en diversas situaciones (238), y en consonancia con “los principios jurídicos generales y los criterios a través de los cuales dirimir las controversias sobre los valores” (223). La desobediencia no sería un problema de orden público, sino un conjunto de actos que pedirían al Estado que realizara los principios políticos y morales en los que se basa, a saber, que cada individuo mantiene una dignidad y derechos que han de ser respetados por la mayoría de los electores y que las minorías desaventajadas deben ser tratadas por las autoridades con idéntica consideración y respeto que los miembros más poderosos de la comunidad (221). Estas son las bases que otorgan legitimidad a cualquier Estado, e insoslayables para Dworkin (222), pero Biondo plantea importantes dudas sobre su perspectiva.

Una es referente a la distinción que el estadounidense hace entre principios y “directrices políticas”, y que supone para él la justificación de un nivel de desobediencia civil mayor respecto a las normas que van contra los prime-

ros que en relación con aquellas que pertrechan las segundas (226). En realidad, su postura sería entonces ideológica, puesto que una tutela de la primacía de los derechos individuales sobre otro tipo de consideraciones, como la utilidad general, no se hallaría suficientemente argumentada como para respaldar aquella distinción, debido al entrelazamiento que a menudo se produce entre aquéllos y el bienestar general, sí apuntaría MacCormick (229 y 230).

Biondo concluye: “una idea de Constitución no sólo como un conjunto de valores y principios morales que influyen en la producción de normas, sino también como una especial estructura del poder en la cual se prevén algunos límites y controles (...) en el ejercicio de la autoridad política” (251), una estructura “que permite modalidades particulares de conflicto social y entre éstas la desobediencia civil *estabilizadora*” (250).

El trabajo de Francesco Biondo goza sin duda de perspectiva muy abierta. Su preocupación mayor es, de hecho, la de ir librándose de diversos corsés, a menudo incluso de insignes autores, con el fin de abrir espacio a nuevas reflexiones sobre la desobediencia civil. Al respecto, y acercándonos al libro según su propio orden narrativo, rechaza la idea de vincular obligación jurídica y moral, pero no acaba de aclarar cuál es y/o debe ser la posición del *ciudadano común* respecto a esa tensión. Biondo examina posibilidades solo dentro de la profesión jurídica y parece que le falta decir algo sobre todos los demás, al menos de forma explícita. Por otra parte, el rasgo de la obligatoriedad, que advierte como consustancial al Derecho, no acaba de emerger como evidentemente separable de la vinculatoriedad moral (ya se trate de una ética prudencial o de otra más cercana al deontologismo). Todo cumplimiento de la norma requiere, o bien de un hábito mecánico, o bien de algún tipo de postura interiorizada, goce de una mayor o de una menor intensidad u obedezca a unos cánones consecuencialistas o no. Ni que decir tiene que el autómatas no se prevé en ningún tipo de ordenamiento humano, así que nos queda siempre para cualquier cuadro normativo la segunda posibilidad y por tanto algún tipo de posición moral, es decir, propia de un agente autónomo y responsable. No creo que Biondo quiera negar este punto, pero zanja los múltiples problemas que supone mediante la afirmación de que no parece posible resolver *siempre* los conflictos entre derecho y moral (73).

Siendo pues las conclusiones del primer capítulo de la obra un tanto insuficientes (y que explicarían asimismo su tratamiento del pensamiento de Thoreu o Gandhi), no ocurre lo mismo con los cuatro apartados que vienen a continuación. La intención que contienen resulta clara: emparentar las diver-

sas corrientes del neoconstitucionalismo con la posibilidad de una apertura del ordenamiento que dé cabida a diversas formas de la desobediencia civil sin violentarlo, y haciendo que las empresas disidentes puedan, incluso, contribuir a remozar normativa caduca o inícuca para los derechos de la ciudadanía. Su intento pienso que se enmarca dentro del que ha hecho también entre nosotros, en la literatura mediterránea sobre el asunto, el profesor de Turín Ermanno Vitale con su *Defenderse del poder* (Trotta, 2012). Sin embargo aquí Biondo intenta apartar este último término, el de resistencia, y adoptar el de desobediencia como más conveniente y preciso para los propósitos que ofrece. Al mismo tiempo, y esto no le pasa desapercibido al lector, trata de dotarlo de menores requisitos para su inclusión y reconocimiento pacífico en el marco legal. Así, por ejemplo, el de aceptación de la sanción correspondiente no le convence y también se preocupa de no restar eficacia a la desobediencia por causa de lo que considera extremos reparos rawlsianos.

Una duda que surge al respecto es si cuando se refiere a la posibilidad de que los disidentes exijan la modificación del ordenamiento y se tratara de una de carácter total (187), tal premisa no sería equivalente a una *revolución*, y por tanto más cercana a la resistencia que intenta eludir Biondo que a la desobediencia propiamente dicha. Surge, de hecho, el famoso problema que preocupa también a los constitucionalista al diferenciar una reforma de las Cartas total o parcial. Y nos introduce, asimismo, en la famosa discusión sobre el poder constituyente. ¿Hasta qué punto la desobediencia civil no sería un intento? Con “la tutela del dictado constitucional se ejercita directamente por los ciudadanos, por lo menos por una parte de éstos, que solicitan la intervención de los órganos del Estado para la tutela de un derecho que otros órganos violan” (253). Pero, ¿en qué grado piden esa protección? ¿No puede ser en algunos casos tan intensa que de por sí resulte imposible para las instituciones, bien por causa de una incapacidad técnica irremediable, bien por su *corrupción* intrínseca?

Biondo es claro que confía en la flexibilidad de políticos e instituciones para aceptar cambios, incluidos jueces o tribunales, así como en su competencia y virtud, o por lo menos en suficientes dosis como para evitar males mayores. En consideración de este extremo, sin embargo, debe dejar lo más apartado posible el terreno de la voluntad desnuda, es decir, el de la política. Pues si el acto de desobediencia es “político” también (136), queda claro que corre el riesgo de no permanecer administrado en la esfera jurídica, de no ser domesticable. Quien destape esa caja va a encontrarse con un amplio área en donde la coacción estará presta a desenvolverse, porque ese el terreno

por excelencia de la política. El encomiable intento que realiza el autor de *Desobediencia civil y teoría del derecho*, en este aspecto, intenta aminorar los riesgos de tal eventualidad mediante la instilación de un conjunto de ideas que permitan a los operadores jurídicos desalojar conflictos del sistema.

¿Pero que ocurriría si los agentes políticos (por cierto, que Biondo no distingue norma y acto impugnados, lo cual podría ser importante para algunas conclusiones) rechazaran la solución de los jueces o tribunales? Siempre podrían volver a imponer las medidas correspondientes, amparándose en su apoyo por parte de la “mayoría”. El asunto es que este concepto a veces es casi tan volátil como el de soberanía o poder constituyente: las mayorías son modificables (puede que incluso por la ejemplaridad de la protesta), se solapan, o incluso puede que ataquen principios del sistema democrático. Y por eso Biondo quiere que admitamos algún papel en la democracia de grupos, mayoritarios o no, que de manera colectiva y organizada deseen que nuestros gobernantes se “replanteen” sus medidas y normas. La duda es de si esto va a defenderse de forma genuina, porque los disidentes son fieles al sistema, o sólo por razones prudenciales, es decir, de si el grupo (mayoritario o no) es un *continuum* o no, o si incluso no puede que varíe en su conjunción de posturas dependiendo de la reacción que suscite en el poder.

Pero eso es ya un tema de táctica y estrategia, de política, en suma, y recordemos, la intención del trabajo es la de seguir operando en los márgenes *jurídicos*, incluyendo aquí sus principios (neoconstitucionales), del sistema estatal “liberal-democrático”. La postura de Biondo añade maleabilidad al modelo del que admite partir, porque, como todos sabemos, la lista de países que dicen acogerse al mismo resulta tan amplia que es imposible no encontrar en ella algunas o muchas vulneraciones frecuentes de los fundamentos de la democracia. La apuesta del autor es una suerte de evolucionismo político-jurídico que permita cribar gobiernos con legitimidad escasa. Esa legitimidad que, como ya sabemos, es uno de los ingredientes del poder político, junto con la coacción que hasta ahora no hemos podido suprimir pesar de nuestras ambiciones (muy) morales, aquellas que inspiraron a Thoreau y Gandhi.

RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid
e-mail: ricardo.cueva@uam.es

**Hugo SELEME; Guillermo LARIGUET; Oscar PÉREZ de la FUENTE;
René GONZÁLEZ de la VEGA (dirs.),
Democracia. Perspectivas sociales y económicas,
B de F, Buenos Aires, 242 pp.**

JESÚS MORA
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Estado de bienestar, participación política, desarrollo económico, pobreza, democracia, populismo.
Keywords: welfare state, political participation, economic development, poverty, democracy, populism.

En los últimos años, las publicaciones referidas, o bien a la crisis del Estado de bienestar, o bien al problema de la desigualdad, han ido adquiriendo un cada vez mayor protagonismo en diversos ámbitos de estudio. Por ejemplo, han abundado los análisis históricos relativos a la importancia del Estado de bienestar en el mundo occidental durante el siglo XX y a las causas de su decadencia. Obras como *Algo va mal*, de Tony Judt o *Historia del siglo XX* de Eric Hobsbawm han intentado desentrañar los aciertos y los fracasos del Estado de bienestar y los aspectos ideológicos causantes del fin de su periodo de esplendor. Desde el punto de vista económico, *El precio de la desigualdad* de Joseph Stiglitz o *El capital en el siglo XXI* de Thomas Piketty advertían sobre las consecuencias económicas de la desigualdad y la cada vez mayor disparidad entre las rentas del capital y las derivadas del trabajo respectivamente como consecuencia precisamente, del desmantelamiento del Estado de bienestar. La obra que aquí nos ocupa, *Democracia. Perspectivas sociales y económicas* aporta, sin embargo, una visión más centrada en la Filosofía Política. Los diferentes capítulos que la componen se centran en cómo los problemas vinculados a la pobreza, la desigualdad y el desarrollo económico afectan al ejercicio de la participación política por parte de los ciudadanos. Como apuntan los propios directores de la obra en su presenta-

ción, a pesar de que los debates sobre derechos económicos y sociales son comunes a todas las Teorías de la Justicia, rara vez se vinculan dichos debates con la cuestión de la legitimidad de la democracia, por lo que este libro, en su conjunto, aspira a llenar ese vacío en los análisis político-filosóficos.

En el primero de los seis capítulos que componen el libro, titulado *Redistribución, libertad y equidad política*, Cristián Augusto Fatauros aborda la influencia de los postulados suficientistas en la Teoría de la Justicia de John Rawls. Fatauros busca, así, profundizar en la cuestión de si los principios de la justicia Rawlsianos incorporan realmente criterios igualitaristas (se debe garantizar a las personas una igual satisfacción de determinados derechos) o si, por el contrario, son los criterios de suficiencia (se debe garantizar a todas las personas un nivel mínimo de satisfacción de determinados derechos) los que mejor nos pueden ayudar a entender dichos principios. En particular, Fatauros se pregunta por el principio –suficientista o igualitarista– preferido por Rawls para la garantía de los derechos políticos de las personas en su Teoría de la Justicia. Así, al margen de las consecuencias derivadas de la desigualdad desde un punto de vista estrictamente económico, lo que ocupa al autor en el capítulo es la medida en la que las disparidades en la distribución de la renta y los ingresos pueden dar lugar a diferencias en el uso de los derechos políticos que se reconocen a todas las personas de una determinada sociedad. Este es un objetivo común con autores como Thomas Pogge, que exhiben una marcada preocupación por corregir las desigualdades económicas con el fin de inmunizar a la esfera política del efecto y las distorsiones que estas puedan producir en el uso de los derechos de participación democrática de los ciudadanos. Una posibilidad en este sentido, a la que Rawls parece prestar atención en algunas partes de su obra, es el establecimiento de un mínimo social que sirva para garantizar que las desigualdades económicas no afectan a la igualdad en el uso de las libertades políticas. No obstante, y de forma contraria a la opinión sostenida por autoras como Paula Casal, Fatauros se opone a la idea de que el establecimiento de un determinado mínimo social sea una exigencia de la justicia rawlsiana. Más bien, considera que para Rawls el requisito de que los ciudadanos no caigan por debajo de un umbral determinado de pobreza no es propiamente una demanda de la justicia, sino una demanda conceptual para la adecuada aplicación de los principios de la justicia. En la última sección del capítulo, Fatauros aborda la cuestión sobre la medida en la que han de garantizarse las libertades políticas desde el punto de vista de la Teoría de la Justicia rawlsiana, diferen-

ciando entre criterios suficientistas y criterios de protección suficientemente equivalente. Estos últimos no se referirían necesariamente a la fijación de unas condiciones mínimas para todos los ciudadanos, sino a la determinación de criterios de igualdad *aproximada* que nos permitan afirmar que los ciudadanos son *suficientemente iguales* en términos de la garantía de un determinado derecho.

El segundo capítulo del libro, a cargo de Oscar Pérez de la Fuente y con el título *Sobre la relación entre democracia y desarrollo económico*, adopta un enfoque algo diferente al de su predecesor. A diferencia de la propuesta de Fatauros más centrada en cuestiones de Justicia, la de Pérez de la Fuente hace un repaso por algunas de las teorías más celebradas acerca de la interconexión entre el desarrollo económico y la democracia en un plano que se aproxima más al Análisis Político o la Política Comparada. A lo largo del capítulo, el autor intenta arrojar algo de luz sobre interrogantes como, por ejemplo, si existe un dilema entre democracia y desarrollo económico o si el uso inadecuado que pueden hacer determinadas personas de sus libertades políticas justifica el establecimiento de regímenes autoritarios. Con tal finalidad, Pérez de la Fuente presenta los tres enfoques principales acerca de las relaciones entre democracia y desarrollo económico: la perspectiva del conflicto, la perspectiva de la compatibilidad y la perspectiva escéptica. Según la primera, se produce un dilema entre democracia y desarrollo económico por diversas razones. Es posible, defiende esta perspectiva, que la implantación prematura de un régimen democrático tenga consecuencias disfuncionales. Además, los autores que defienden este enfoque sostienen que los regímenes democráticos tienen una capacidad limitada para aplicar las políticas necesarias para un crecimiento económico rápido y plantean un problema para los gobiernos estatales, pues restringen su margen de acción en un contexto como el actual, que requiere una implicación activa y profunda del Estado en los procesos de desarrollo. En ese sentido, Larry Sirowy y Alex Inkeles consideran que la democracia puede ser un “lujo” que no está al alcance de –según sus propios términos– los países del Tercer Mundo. Por su parte, los defensores del segundo grupo de teorías que aborda Pérez de la Fuente, la perspectiva de la compatibilidad, se oponen de manera frontal a tales afirmaciones y sostienen que la democracia garantiza mejores tasas de crecimiento económico que los regímenes autoritarios. Así, autores como Daron Acemoglu defienden que el ingreso per cápita y la democracia están relacionados. Resulta, por tanto, bastante claro que la perspectiva del conflicto y

la de la compatibilidad se encuentran en polos opuestos del debate sobre la relación entre desarrollo económico y democracia. Sin embargo, ambos cuerpos teóricos tienen en común la idea de que es posible trazar una relación, ya sea de conflicto o de compatibilidad, entre ambos elementos de la ecuación. Frente a esta idea se posiciona la perspectiva escéptica que, apuntando al hecho de que existen tanto regímenes autoritarios como democráticos con diferentes niveles de desarrollo económico, niega que exista una relación causal entre dichas variables que pueda tener valor explicativo en todos los casos. Así, Yi Feng afirma que si los regímenes autoritarios son capaces de garantizar el desarrollo económico pueden ganar una legitimidad que impida la llegada de la democracia pero, al mismo tiempo, el crecimiento rápido permite a elementos dinámicos de la sociedad lograr ingresos independientemente del gobierno, lo cual puede favorecer su libertad política. Existen, por lo tanto, factores que invitan a pensar que el desarrollo económico y la democracia pueden tanto obstaculizarse mutuamente como favorecerse el uno al otro. En la segunda sección del capítulo, el autor analiza los planteamientos de una de las propuestas más comentadas acerca de las relaciones entre democracia y desarrollo económico: la de Seymour Martin Lipset. En este punto destaca, en particular, el recorrido que lleva a cabo Pérez de la Fuente por la evolución de los planteamientos de Lipset quien, a partir de reformulaciones críticas de su teoría como las de Gary Marks y Larry Diamond, fue desplazándose desde una posición que parecía señalar claramente una relación causal entre democracia y desarrollo económico a otra que, según avanzaba su obra, se decantaba más por hablar en términos de probabilidad estadística. No existiría, por tanto, una relación del tipo *causa-efecto* entre ambas variables, sino más bien una relación probabilística en virtud de la cual el desarrollo económico y, especialmente, algunas de sus consecuencias como los mayores niveles educativos y la reducción de la pobreza, podrían favorecer el surgimiento de la democracia. Pérez de la Fuente también se esfuerza por aclarar cuál es la noción de democracia que deberíamos tener en cuenta al valorar las relaciones entre democracia y desarrollo económico. Con dicha finalidad, nos presenta la ya clásica caracterización de Robert Dahl. Partiendo de la idea de que es imposible materializar en la realidad un sistema que pueda denominarse idealmente *democracia*, Dahl entiende que debemos aspirar al mejor de los modelos posibles y a nuestro alcance: la *poliarquía*. Pérez de la Fuente se refiere a las características que el politólogo estadounidense atribuye a dicho modelo y, además, rescata el interesante planteamiento, compartido por el propio Dahl y autores como Alexis de Tocqueville, de que

las desigualdades extremas en una determinada sociedad generan, a su vez, desigualdades de poder político. El capítulo cierra poniendo sobre la mesa el complejo debate acerca de las tesis de John Johnson sobre la democracia en América Latina. Frente a la postura del mencionado autor, que afirmaba que el desarrollo económico alcanzado por los países latinoamericanos y el crecimiento en ellos de las clases medias impediría nuevos levantamientos militares en el futuro, Pérez de la Fuente nos presenta la respuesta de Ernesto Garzón Valdés que se basa en la evidencia empírica para desmentir la profecía de Johnson.

Así, en los dos primeros capítulos del libro se apunta, de una manera u otra, a la cuestión del peso de aspectos económicos como la desigualdad, el desarrollo o la pobreza en el ejercicio de la participación política de los ciudadanos o en las propias posibilidades que tiene un Estado de convertirse en democrático. *Pobreza* es, precisamente, el título del tercer capítulo del libro. En él Alessandro Pinzani intenta llenar el vacío que supone la casi total ausencia de aproximaciones a la cuestión de la pobreza desde una perspectiva estrictamente filosófica. Pinzani estructura ese acercamiento filosófico a la pobreza en dos fases. En la primera de esas fases, el autor aborda algunos de los problemas que nos encontramos a la hora de proporcionar una definición satisfactoria de la pobreza. La mayoría de esfuerzos académicos en ese sentido provienen fundamentalmente de la Sociología y la Economía, con excepcionales intentos por aproximarse a la cuestión desde la Filosofía. Entre dichas excepciones, Pinzani cita a autores como Amartya Sen, Martha Nussbaum y Thomas Pogge. Sin embargo, la atención académica que han atraído estos acercamientos a la cuestión de la pobreza en los últimos años no ha logrado, todavía, alterar el hecho de que siguen siendo sociólogos y economistas quienes protagonizan la mayoría de aproximaciones al tema de la pobreza. Como consecuencia, las definiciones más habitualmente citadas de la pobreza adolecen de las limitaciones propias de estas disciplinas. Pese a ello, Pinzani reconoce que dichas definiciones se han ido haciendo cada vez más completas, evolucionando desde aquellas que tenían en cuenta únicamente los ingresos económicos a otras en las que se valora en qué medida los individuos son capaces de transformar los recursos económicos en acciones individuales o estados de cosas, como ocurre con propuestas como las de Michael Lipton, Peter Townsend o Paul Streeten, entre otras. No obstante, lo relevante para Pinzani es que las aproximaciones filosóficas a la pobreza cuentan con una serie de elementos distintivos que las dotan de ciertas ven-

tajas y, fundamentalmente, nos permiten alcanzar niveles más profundos de análisis. Entre dichos elementos diferenciadores, destaca el hecho de que las aproximaciones filosóficas a la pobreza buscan determinar si esta constituye una contradicción moralmente inaceptable cuando existan medios suficientes para eliminarla y, en caso de que así sea, por qué motivos. No basta, por tanto, con definir qué es la pobreza o identificar a las personas pobres, sino que el filósofo debe preguntarse por quiénes son los responsables morales de la pobreza y quiénes –y a través de qué medidas– han de luchar contra ella.

Ese elemento diferenciador es el que da pie a la segunda parte del capítulo, en la que Pinzani critica el planteamiento, común a muchas de las aproximaciones sociológicas y económicas a la pobreza, de que es precisamente la persona pobre la única responsable por su situación. El autor lleva a cabo un recorrido por las distintas propuestas que han defendido esta idea, cuyo origen ubica, como ya hicieron Max Weber, en la lógica protestante que ve la posición social de los individuos como el resultado de una victoria o un fracaso individual y no como el producto de factores ajenos a la voluntad de la persona. Dichas propuestas, comúnmente, añaden a esa idea una crítica a las políticas públicas que buscan aliviar o eliminar las dificultades a las que se enfrentan dichas personas. Pinzani se refiere a Thomas Malthus como uno de los primeros en plantear la idea de que las medidas dirigidas a combatir la pobreza acaban creando una dependencia económica de las ayudas públicas que lleva a las personas pobres a vivir de forma parasitaria de los mecanismos de bienestar social, en lugar de incentivarlas a esforzarse por salir de la pobreza. Estas afirmaciones, originarias del darwinismo social, conceptualizan la sociedad desde la perspectiva de las leyes de la naturaleza y dan lugar a una visión biológica de los seres humanos. Sin embargo, las razones de su éxito y acogida no residen, según Pinzani, en su coherencia lógica o su acierto empírico, sino en que, desde sus orígenes, atienden a los intereses empresariales y les dota de mayor legitimidad para explotar al máximo los *recursos humanos* a su disposición. En muchas ocasiones, de hecho, incluso cuando las personas pobres cuentan con recursos suficientes y adecuados para salir de la pobreza, existen circunstancias sociales que les impiden hacer un uso adecuado de dichos recursos. Por ello, Pinzani se decanta por aquellas explicaciones de la pobreza que conecten la responsabilidad individual de las personas con las circunstancias estructurales que condicionan situación. Todo ello, insiste el autor, sin olvidar que los ingresos monetarios y los recursos económicos en general siguen ocupando un lugar central en la

resolución de las situaciones de pobreza que se dan en el mundo actual. Por ello, afirma, cualquier intento de resolver el problema de la pobreza remite necesaria si bien no únicamente a cuestiones de justicia distributiva. Pinzani concluye el capítulo refiriéndose a algunas de las consecuencias de la pobreza más allá de sus efectos estrictamente económicos. Entre ellas, apela con especial interés a la ausencia de *voz* en la adopción de políticas públicas, para afirmar que, en muchos casos, las razones que justifican las políticas públicas dirigidas a acabar con la pobreza residen en la necesidad de incorporar a los pobres a la plena ciudadanía.

En el cuarto capítulo del libro, Horacio Javier Etchichury analiza el encaje que tienen los derechos sociales en la Constitución argentina y aspira a justificar su presencia en dicha norma fundamental, no a partir de una Teoría de la Justicia, sino a partir de una Teoría de la Democracia. A pesar de que el autor centra la discusión a este respecto en el caso argentino, lo cierto es que sus aportaciones pueden extrapolarse más allá del mismo, pues la inclusión de los derechos sociales en las constituciones y los deberes que dicha inclusión genera para los poderes públicos son cuestiones objeto de una notable polémica en prácticamente todos los Estados democráticos. Etchichury se pregunta, por tanto, si derechos como la educación básica, la salud, la alimentación, la vivienda o el vestido pueden constituir “prerrequisitos universales y básicos de la participación efectiva en la representación democrática”, en términos de Frank Michelman. El autor parte de una noción de la democracia deliberativa que la concibe como un procedimiento para la adopción de decisiones políticas colectivas en el que, tal como sostiene Leticia Morales, “ninguno de los miembros de la comunidad política debe estar excluido de participar”. En ese sentido, los derechos sociales operarían como precondiciones de la democracia sin las cuales no podría decirse que un determinado proceso deliberativo es plenamente satisfactorio. Sin embargo, como recuerda Etchichury, considerar a los derechos sociales –junto con otros– requisitos para el debate democrático plantea el ya clásico problema de la paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa, en virtud del cual cuantos más requisitos se fijan para que las decisiones democráticas sean legítimas, más amplio es el rango de decisiones que se excluyen del proceso deliberativo. Una posibilidad para resolver dicha paradoja sería la inclusión en la norma constitucional de diferentes categorías de derechos, algunos de ellos considerados condiciones para el proceso deliberativo y otros resultados que es deseable alcanzar a raíz de dicho proceso. El obstáculo a

esta posibilidad, no obstante, es que la Constitución argentina no distingue en su literalidad entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, por el otro, como sí es el caso en otros muchos textos constitucionales. La cuestión es, por lo tanto, si existe alguna Teoría de la Democracia que justifique la forma particular en la que la Constitución argentina incorpora los derechos sociales. La respuesta la encuentra Etchichury en el modelo de democracia deliberativa de Jürgen Habermas. Dicho modelo pone en primer plano el proceso de deliberación (y no solo los resultados de esta) y exige que los individuos sean capaces de dirigir sus propias vidas y reflexionar de forma crítica sobre sus propias ideas. La autonomía de todas las personas participantes en el proceso deliberativo requiere de la introducción de un sistema de derechos que Habermas despliega en cinco categorías distintas, una de las cuales se refiere a las garantías de “condiciones de vida que vengán social, técnica y ecológicamente articuladas para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades”. Como afirma Roberto Gargarella, además, tales derechos deben garantizarse de forma *igualitaria*, pues es requisito imprescindible para la legitimidad de las decisiones adoptadas en el proceso deliberativo que estas deriven de una discusión entre iguales. Etchichury concluye el capítulo con una apelación a la importancia del Derecho –entendido como ordenamiento jurídico, pero también en sentido más amplio, como disciplina– y de la tutela judicial para la democracia deliberativa, si bien recuerda que en ella las resoluciones judiciales no pueden, en ningún caso, tener la última palabra pues el Derecho es fruto de reformulación permanente a través del diálogo constante que mantienen los ciudadanos.

Fernando Lizárraga firma el quinto capítulo de la obra con el título *El Estado de bienestar y los límites de la ciudadanía moderna*. En él, el autor hace un repaso de tres propuestas igualitarias críticas con el Estado de bienestar por diversas razones: la de John Rawls (1971; 1993; 2001), la de Elizabeth Anderson y la de Etienne Balibar. El primero de ellos, John Rawls, es quizá el autor cuya filosofía política más se ha vinculado con los valores que sustentan el Estado de bienestar. Sin embargo, la revisión de su propia obra que él mismo realizó en 2001 traza, como explica Lizárraga, una crítica al Estado de bienestar al que considera, además, incompatible con su Teoría de la Justicia. El modelo preferido por Rawls, la *democracia de propietarios*, mantiene un sistema económico capitalista con una amplia redistribución de la riqueza y una dinámica de acumulación y distribución limitada por lo que Rawls denomina el “Principio de la Diferencia”. El Estado de bienestar,

cree Rawls, no es fiel a estas garantías, pues tolera enormes desigualdades y amplias concentraciones de riqueza y poder que impiden que las libertades políticas de los ciudadanos tengan un valor equitativo. El poder político, según Rawls, queda en manos de una minoría en el Estado de bienestar, y eso lo hace incompatible con su concepción de la Justicia. La crítica de Elizabeth Anderson, por su parte, va algo más allá que la de Rawls, pues se apoya en la idea de que es inadecuado concebir el igualitarismo desde un punto de vista estrictamente distributivo. El problema para dicha autora no es solo que la redistribución de la riqueza en el Estado de bienestar sea insuficiente para garantizar una participación política equitativa de todos los ciudadanos, sino que la propia preocupación –casi exclusiva– por la distribución de la riqueza deja de lado desigualdades que se dan en otros ámbitos como, fundamentalmente, el de las relaciones sociales. Por esta razón, son comunes las referencias a la teoría de Anderson como *igualitarismo relacional*, pese a que ella misma denomina su propuesta como *igualdad democrática*. La crítica de Anderson al Estado de bienestar a su vez, de su oposición a lo que ella denomina *igualitarismo de la suerte*. Este plantea, al menos, dos problemas para la autora que se reproducen de una forma u otra en el Estado de bienestar. Primero, al tener como objetivo eliminar las consecuencias de la mala suerte bruta en la distribución, deja de lado a todas aquellas personas que, como consecuencia de sus propias decisiones o de los resultados desafortunados de estas (la llamada *mala suerte en las opciones*) se encuentran en una situación en la que pueden no tener siquiera acceso a los medios mínimos necesarios para su subsistencia. Segundo, en aquellos casos en los que el igualitarismo de la suerte sí auxilia a las personas, lo hace por razones vinculadas con la pena o con el paternalismo. El igualitarismo de la suerte asigna compensaciones económicas a aquellos que considera que han tenido *mala fortuna genética o social*. Como consecuencia, representa la diversidad de forma jerárquica, al marcar sendos contrastes entre los innatamente superiores e inferiores y los dependientes e independientes. Del mismo modo, solo permite compensar a las personas por los resultados negativos de sus elecciones en base a una división de la sociedad entre responsables e irresponsables. En ambos casos, las razones que ofrece a los ciudadanos para ayudar a quienes están peor son profundamente irrespetuosas con ellos. En contraste, la propuesta de Anderson no se basa en la mala suerte para justificar que se compense a quienes están peor, sino en su igualdad como ciudadanos: una igualdad en virtud de la cual comparten la capacidad con el resto de miembros de la sociedad para hacerse reclamos mutuos. Además, afirma la au-

tora estadounidense, lo esencial para la igualdad no es necesariamente que se produzca una redistribución plenamente igualitaria de la riqueza y los ingresos, sino que las personas se relacionen unas con otras como *iguales*. De esta forma, el grado de desigualdad aceptable en términos distributivos dependerá del grado en el que sea posible traducir las disparidades distributivas en desigualdades de estatus. Finalmente, Lizárraga expone –y defiende– la propuesta de la *igualibertad* del filósofo marxista Etienne Balibar. La fuerza de dicha expresión, *igualibertad*, deriva según Lizárraga de su origen en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual es representativa de un fenómeno revolucionario popular y burgués al mismo tiempo. Según Balibar, dicha Declaración proclama la idea de que igualdad y libertad son términos idénticos. Sostiene, en consecuencia, que no existe ejemplo alguno de condiciones que supriman o repriman la libertad y no hagan lo mismo con la igualdad. Sin embargo, quizá lo más destacable de la propuesta de Balibar en relación con el tema central del capítulo sea su visión del Estado de bienestar, que adquiere unos tintes algo más positivos y optimistas –si bien, en todo caso, críticos– que las de Rawls y Anderson. Tal y como expone Lizárraga, Balibar relativiza en gran medida la idea de que el Estado benefactor tiende a crear una suerte de apatía social que desmoviliza a la ciudadanía frente a las injusticias. Si bien es cierto que el Estado de bienestar es fruto de un compromiso que produce conformismo y desmovilización, sus logros son también el reflejo de sangrientas luchas obreras, lo cual le permite mantener dentro de sí un interesante potencial para la insurrección. Para Lizárraga, esta visión más benévola del Estado de bienestar puede ser consecuencia de que Balibar, como marxista, habla desde el punto de vista de una teoría de la historia, a diferencia de Anderson y Rawls, que lo hacen desde sendas Teorías de la Justicia.

El sexto y último capítulo del libro, con el título *Democracia y populismo como formas de representación*, es obra de Sebastián Barros. En él Barros pretende elaborar una aproximación a democracia y populismo que las tome como formas de representación, más que como contenidos ideológicos o de políticas públicas. Barros emplea como criterio clave para distinguir entre formas de representación la atribución de *voz válida y legítima* en una determinada comunidad. Trazando una separación clara entre forma y contenido, el autor se aparta de aquellas visiones que conciben el populismo como una ideología en la que se oponen claramente “el pueblo puro” y la “élite corrupta”. A lo largo del capítulo, Barros analiza cuatro formas de representación en fun-

ción de a quién se concede la capacidad de hablar, pero también –y más importante– de a quién se concede la capacidad de hablar diciendo la *verdad*. La primera de dichas formas de representación es la fórmula alberdiana de la república posible, en la que se garantizan ciertos derechos y libertades, pero se restringe el voto a los notables, es decir, a aquellas personas que se considera que tienen una “calidad” suficiente para ejercer el poder. La segunda forma de representación es aquella que surge de la superación de momentos restrictivos de la participación como la democracia de notables y en la que todas las personas de la comunidad pueden hablar y decir la verdad. En la tercera forma de representación, que adquiere un carácter autoritario, determinadas personas se erigen en representantes de la comunidad y se atribuyen la capacidad de hablar y de decir la verdad. La cuarta forma de representación, que el autor identifica con la experiencia peronista en Argentina, se caracteriza por subrayar la salida del anonimato de determinados sujetos antes relegados y por el hecho de que esos mismos sujetos dejan de aceptar el lugar que hasta entonces se ocupaba, en el orden hegemónico. Para Barros, lo que caracteriza al populismo, sin embargo, es que visibiliza la imposibilidad de resolver la tensión a la que se refería Michel Foucault al hablar del juego dinámico de la *parrhesía*. Esa es una tensión intrínseca a la democracia y en virtud de la cual solo puede haber discurso verdadero en democracia pero, al mismo tiempo, la presencia del discurso verdadero genera el riesgo de que surjan desigualdades de poder en ella, como consecuencia de la llegada al gobierno de un grupo de personas que reivindica para sí la posesión exclusiva del discurso verdadero. Barros pretende, por tanto, dar cuenta de la presencia constante e irrenunciable de una tensión en la democracia entre la atribución a todos los ciudadanos de la capacidad de hablar y decir la verdad, por un lado, y las consecuencias de la identificación de un determinado discurso como verdadero, lo cual le dota de una legitimidad distintiva del resto. Según el autor, a partir de la voluntad del populismo de visibilizar esa tensión podemos tomar conciencia de su carácter distintivo como forma de representación.

A modo de conclusión, podemos decir que *Democracia. Perspectivas sociales y económicas* tiene la virtud de analizar en profundidad y de forma crítica uno de los aspectos que más comúnmente se han dejado de lado en los análisis sobre la pobreza y la desigualdad: su impacto en el ejercicio de la participación política por parte del conjunto de los ciudadanos. Por ello, esta obra puede tornarse en un elemento imprescindible de cara a un futuro en el

que los debates acerca de la pérdida de legitimidad de las instituciones como consecuencia de su cada vez menor capacidad para responder a las demandas de la ciudadanía podrían asumir un papel principal, tanto en la Filosofía como en la Ciencia Política y el Derecho.

JESÚS MORA
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: jesuspmora14@gmail.com

Roldolfo ARANGO RIVADENEIRA,
Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina,
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro,
México, 2016, 310 pp.

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: derechos, América Latina, constitucionalismo, jurisdicción, democracia.

Keywords: rights, Latin America, constitutionalism, jurisdiction, democracy.

Si hay una cuestión que atravesase la historia de los derechos humanos y afecte al núcleo de su importancia, esa es la relativa al problema de su fundamento¹. Para el autor del libro que ahora comentamos, *realizar los derechos* se compromete con una concepción pragmatista de los mismos. Se descarta tanto una justificación iusnaturalista, por las trabas que supone *tener derechos* per se o pensar que *nacemos* con ellos, como la tesis de los positivistas, para quienes los derechos humanos son una ficción a expensas del reconocimiento que, en su caso, les quisiera brindar la voluntad política al incorporarlos a un texto jurídico que garantice su eficacia. Pero, ¿por qué limitar los derechos a normas positivas que impongan obligaciones concretas y exigibles?

Abandonar tanto la concepción iusnaturalista, por su visión ontológica de los derechos, como la iuspositivista, por reduccionista y empirista, es por lo que aboga el profesor Rodolfo Arango en su último libro *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*.

El autor, ya desde el prólogo, firmado en agosto de 2016 desde su Universidad de Los Andes (Bogotá) en la que ejerce como Profesor Titular,

¹ Sigue siendo destacable, entre la vasta literatura existente en el tema, J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. preparada por G. PECES-BARBA, Debate, Madrid, 1989.

deja apuntada la gran ventaja que supone la concepción pragmatista de los derechos, ya que permite “describir más claramente que sus antecesoras la práctica social de los derechos en el mundo contemporáneo” (p. 13). Esta visión ofrece una mejor reconstrucción de la forma en que operan los derechos al concebirlos como “relaciones normativas dotadas por voluntad humana de diversos grados de garantía”. Estos grados pueden aumentarse y expandirse cuando se dan las circunstancias propicias para ello. Por eso “los derechos, en cuanto principios, están llamados a realizarse en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, no tanto porque se maximicen sino porque su forma de concretarse es progresiva, sin que ello demerite su contenido deóntico” (p. 13).

El libro recoge un conjunto de ensayos estudiados desde una doble perspectiva: la justificación filosófica de los derechos y su aplicación en la práctica del constitucionalismo latinoamericano.

La primera parte, dedicada a la *Filosofía de los derechos*, se ocupa del concepto de éstos; de su función en las democracias constitucionales contemporáneas; de diversas formas de concebirlos y de su goce efectivo en una realidad concreta. En esta primera parte prima el lenguaje normativo: ¿por qué es importante conservar la pretensión de objetividad a la hora de justificar filosóficamente los derechos?, ¿pueden las buenas razones ser suficiente motivación para mover a la acción o para justificar la omisión?, ¿es posible determinar objetivamente un mínimo de acciones u omisiones jurídica, moral y políticamente exigibles?, ¿en qué afecta a la práctica del derecho constitucional e internacional concebir los derechos como principios o fines? Estos interrogantes son abordados y discutidos a la luz de una concepción pragmatista de los derechos.

La segunda parte reflexiona sobre las perspectivas y los desafíos del derecho constitucional en América Latina. *Realizar los derechos* exige siempre tener los ojos bien abiertos a la realidad material que se pretende modificar mediante el uso del discurso normativo. El hecho de que los derechos se realicen de forma progresiva ha llevado a que algunos les atribuyan una supuesta naturaleza *aspiracional*. Tal apreciación no la comparte Arango: reducir la idea de los derechos humanos a meras *aspiraciones* “es recaer en una concepción bien sea iusnaturalista, en la que los derechos *per se* se tienen con independencia de la realidad sociológica, o iuspositivista, que los hace coincidir con acciones con mera relevancia simbólica” (p. 15).

El plano normativo (de la primera parte) viene a complementarse con el plano de la facticidad (de la segunda): los derechos se realizan siempre en un

contexto histórico y geográfico concreto. El autor irá comentando un nutrido repertorio de ejemplos y asuntos jurisprudenciales del ámbito latinoamericano, del que es buen conocedor. No crea el lector que eso convierte al libro en una narración excesivamente localista y estrecha de miras. El profesor Arango escribe inspirado por los problemas que asolan a su país (Colombia) y a las regiones vecinas, con una sensibilidad y agudeza muy fina para diagnosticar problemas y vislumbrar estrategias para paliarlos. Sus tesis trascienden a las propias latitudes desde donde escribe y sus argumentos son muy válidos, también, para este otro lado del océano.

Las dos partes en que se divide el libro mantienen el mismo hilo conductor que les dota de coherencia y homogeneidad. Cada parte consta, a su vez, de cinco capítulos que tienen independencia teórica y aportan ideas diferenciadas para el conjunto de la obra.

El primer capítulo del libro, Arango lo dedica a *La objetividad de los derechos fundamentales*. En él sostiene que “es posible defender válidamente la objetividad de los derechos fundamentales desde una concepción pragmática del derecho, la cual considero la mejor concepción del derecho disponible hasta el momento” (p. 24). Para defender su tesis se refiere primero al *renacer del derecho natural* y muestra “las debilidades teóricas por las que la propuesta iusnaturalista debe ser rechazada”. Para ello el profesor de Los Andes realiza una crítica a John Finnis, Carlos Santiago Nino y Robert Alexy, quienes “han contribuido con sus tesis al renacer del derecho natural. Ello, no obstante, a mi parecer, sin éxito” (p. 25). Aunque puede ser más que cuestionable el intento, no sé si acertado, de incluir a Carlos Santiago Nino en la nómina de iusnaturalistas. Quizás sería más aconsejable considerarlo un “no-positivista”. Pero este no-positivismo, su *constructivismo ético* y su fundamentación de los derechos humanos en principios morales indiscutibles (la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana), son condiciones que, si bien le separan del positivismo, tampoco pueden hacerle militar en filas que, creo, no le serían de su agrado.

En un segundo apartado, Arango presenta una concepción de la objetividad de los juicios de valor sobre derechos fundamentales a partir del pragmatismo de Hilary Putnam. Para llegar a lo que él denomina “un concepto bien desarrollado de derechos fundamentales” (p. 33). Es precisamente esta concepción de los derechos fundamentales como posiciones normativas con alto grado de importancia la que “es compatible con el enfoque pragmatista: presenta una estructura dialógica, discursiva, e im-

plica un juicio valorativo de fundamentalidad que puede justificarse racionalmente bien sea acudiendo a la solidaridad o a valores epistémicos compartidos por los operadores del derecho e identificables con aceptabilidad garantizada bajo condiciones ideales” (p. 34). Este enfoque pragmatista, concluye, “sigue siendo la mejor alternativa hasta hoy disponible para defender una objetividad de los derechos que ni se reduzca a hechos culturales o normas positivas ni se desvanezca en el cielo de los conceptos ontológico-trascendentales que cierran el discurso y desconocen el pluralismo valorativo” (p. 36).

En el capítulo segundo Arango ensalza el papel de *Los derechos humanos como límite a la democracia*. Se analizan las consecuencias de la “tesis de la coacción insuperable” para responder a la cuestión del fundamento de los derechos humanos como límite a las decisiones democráticas mayoritarias, sirviéndose del ejemplo del paramilitarismo colombiano: el ejecutivo sostuvo que quienes se aliaron y apoyaron las actividades paramilitares habrían actuado bajo causal de justificación; no siendo, por tanto, responsables penalmente. La pregunta que se debe responder es “si la persecución de la paz y la reconciliación justifican moral y jurídicamente las actuaciones de políticos y paramilitares en situación de necesidad extrema ante la ausencia del Estado” (p. 41).

Arango rápidamente aventura el sentido negativo de su respuesta, pues “los derechos humanos limitan el ámbito de posibilidades políticas. Esto significa que no todo está a disposición de la voluntad de las mayorías” (p. 41). Para reafirmar su posición realiza un recorrido por la teoría de las emociones morales para defender que éstas “son objetivas y constituyen el fundamento de los derechos humanos. Su función es guiar el juicio práctico de forma que sea objetivo y correcto” (p. 50).

Para Arango “las emociones morales –p. ej., el autorespeto u orgullo, la indignación, el resentimiento, la culpa– importan. La racionalidad política no puede pasarlas por alto sin deslegitimarse, sin desconocer los límites morales que plantean dichas emociones” (p. 54). Hablar de emociones no nos condena al relativismo, ni a la metafísica ni a un mundo moral “allá fuera” que se escapa a las posibilidades de nuestro conocimiento. Al contrario, las emociones morales “nos señalan los límites de lo tolerable. Las decisiones políticas, así sean constitucionales, no pueden desconocer los derechos humanos como expresión del nivel de sensibilidad que como humanidad hemos logrado alcanzar” (p. 55). Aplicando esta tesis a la doctrina sentada por

la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto del 15 de febrero de 2007, que privó de la libertad a seis congresistas por sus vínculos con paramilitares, a Arango no le queda más que “rechazar definitivamente el argumento de la coacción insuperable esgrimida por los políticos prácticos para aliarse con grupos paramilitares” (p. 58).

En el capítulo tercero, *Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales*, Arango se pregunta por la concepción de los derechos fundamentales más adecuada para un Estado constitucional, democrático y social de derecho. Esta pregunta es abordada a partir de la discusión de Habermas y Putnam sobre normas y valores y de las objeciones de Habermas a Alexy. Arango sustentará una tesis intermedia entre Habermas y Alexy y mostrará que los peligros de una teoría no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales pueden ser evitados y que sus ventajas son mayores que sus desventajas cuando se entiende correctamente el rol de la razón en el derecho.

En el capítulo cuarto Arango rastrea la distinción entre *Derechos y fines políticos*, pues la falta de claridad que se cierne sobre unos y otros “amenaza con destruir el corazón del constitucionalismo democrático” (p. 85). En una primera parte se vuelve a tomar en serio la teoría política de Dworkin que diferenciaba entre argumentos de principios y argumentos políticos, para luego realizar un estudio de casos en los que la política ha ido difuminando los contornos de esa diferenciación. En la última parte, Arango encomienda a los jueces constitucionales “la tarea primordial de abrir, destaponar, destrabar los canales de información y deliberación democrática de toda la población, para permitir la participación activa y discursiva de todos los miembros de la colectividad política” (p. 107).

Muy interesante, y el más extenso, es el capítulo quinto dedicado al *Concepto de goce efectivo de derechos*. El análisis sobre el contenido del concepto se realiza a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la literatura existente sobre el tema. Abarca orígenes, funciones y alcances en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas de atención a la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia.

Constata Arango que “el lenguaje para referirse a los derechos humanos y fundamentales ha variado con el tiempo. Se ha pasado de un lenguaje de derechos de libertad, negativos o de abstención, donde las obligaciones del Estado se centraban fundamentalmente en abstenerse de violar los derechos

y protegerlos contra agresiones de terceros, a un lenguaje más abarcador que el de los derechos de libertad, y que incluye además de éstos a los derechos a la organización, al procedimiento y a prestaciones públicas positivas, donde las obligaciones del Estado son no solo de abstenerse de violar derechos para garantizar la inmunidad o intangibilidad de la persona, sino de actuar positivamente para garantizar el goce o disfrute efectivo de los derechos a las personas” (p. 110). Este cambio ha favorecido que las acciones de tutela (art. 86 de la Constitución colombiana) den paso a “las acciones afirmativas, para proteger especialmente a personas o grupos de personas en situación objetiva de desventaja” (p. 113).

El principio de progresividad de los derechos, en cuanto a su contenido prestacional, señala el camino normativo a seguir en materia del goce efectivo. Han sido los jueces constitucionales colombianos (por todas, Sentencia T-025 de 2004) los que han ido concretando el contenido del concepto de *goce efectivo de derechos* por referencia a cinco componentes: a) al conjunto de derechos fundamentales del que es titular toda persona en tal situación; b) al enfoque diferencial en el reconocimiento de sus derechos; c) al nivel mínimo de su satisfacción que debe asegurarse, en todo tiempo y circunstancia, para entender satisfechas las obligaciones constitucionales correlativas del Estado; d) a indicadores de *goce efectivo de derechos*²; y e) a la participación activa en la formulación de las políticas públicas.

El capítulo sexto, *Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho*, inaugura la segunda parte de la obra (*Constitucionalismo latinoamericano*). En este capítulo Arango defiende la tesis de que “conviene orientar los estudios sobre integración latinoamericana hacia el derecho constitucional comparado, en particular, el constitucionalismo de los derechos sociales” (p. 169). Para sustentar su idea aborda, en primer lugar, las grandes aporías de la integración por vía del derecho, haciendo hincapié en cómo el derecho puede ser un obstáculo para la integración. Luego se refiere al papel positivo pero insuficiente de organismos internacionales de protección de los dere-

² Entre estos indicadores es de destacar el de la *superación del Estado de Cosas Inconstitucional* (p. 139): el gobierno nacional debe demostrar el restablecimiento de las condiciones de normalidad y el juez constitucional declarar superada la anomalía teniendo como referente principal el *goce efectivo de derechos*. Sobre el tema puede consultarse R. ARANGO, “Superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado”, en *Desplazamiento Forzado. ¿Hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?*, Bogotá, Codhes, 2009, t. 1, pp. 91-114. Además de los Autos 008 de 2009 y 385 de 2010 de la Corte Constitucional.

chos humanos. Finalmente defiende la importancia de avanzar en el derecho constitucional comparado de derechos sociales y en los mecanismos para su protección.

Entre las realidades que impiden una integración económica y política en América Latina, llama el autor la atención sobre la precaria cultura política y la inestable institucionalidad democrática, donde “no es fácil superar la tradición autoritaria y el caudillismo” y cuando la ideología se impone al derecho. También hacen difícil la integración los conflictos fronterizos (Colombia y Venezuela, Chile y Bolivia, Argentina y Uruguay); o las condenas por masacres en diversos países proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ (p. 172).

A las anteriores limitaciones a la integración se pueden añadir algunas aporías: la vieja trampa del “divide y vencerás” es la estrategia de Estados Unidos al “firmar por separado tratados bilaterales de comercio con cada uno de los países latinoamericanos” (p. 173). A ello se suma que el sistema financiero internacional, al ejecutar grandes obras y macroproyectos en el continente, no siempre tiene en cuenta el impacto de tales inversiones sobre la población y el medio ambiente; o que el fenómeno del narcotráfico amenaza gravemente la estabilidad política.

En el capítulo séptimo Arango se propone tratar los *Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro*. Retoma la tesis de que los “los sistemas regional e internacional de protección de derechos humanos presentan un avance perceptible pero insuficiente para la realización de los derechos sociales en Iberoamérica” (p. 204).

La situación actual de los derechos sociales se ve afectada por la depresión económica mundial (p. 205) y la crisis de un modelo liberal al que no se le opone alternativas (p. 208), lo que explica, a su vez, el renacer del interés por las obras de Marx (p. 209).

Arango divide las estrategias para avanzar en la realización de los derechos sociales en tres tipos: (i) jurídicas, que versan sobre “la determinación de cuáles son los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, cuál es el alcance de su contenido; quiénes son sus titulares y obligados; y cómo se

³ Recuerda Arango que Colombia ha sido condenada cinco veces por sucesivas masacres practicadas por grupos paramilitares con la complicidad de miembros de las fuerzas militares contra campesinos y personas acusadas de colaborar con la guerrilla izquierdista: Sentencias de la Corte Interamericana en los casos de Mapiripán, El Aro e Ituango, Pueblo Nuevo, 19 Comerciantes y La Rochela.

establecen sus límites” (p. 217). En este sentido el alcance de los derechos sociales ha sido establecido caso por caso en la jurisprudencia constitucional colombiana⁴; (ii) políticas, que “se relacionan fundamentalmente con las reformas de diseño institucional a favor de los derechos sociales y su mayor grado de realización, con el activismo de organizaciones sociales y la movilización ciudadana en el proceso político y en la lucha por el reconocimiento de los derechos sociales, y con la protección multinivel utilizada para satisfacer este tipo de derechos” (p. 220); y (iii) económicas y culturales, ya que, por ejemplo, “el hecho de compartir casi en su totalidad una sola lengua, el castellano, constituye una apreciable ventaja frente a la Comunidad Europea” (p. 225).

En el capítulo octavo, quizás el más filosófico de todos, Arango aqueja *La insuficiencia republicana de nuestras instituciones*. En un primer momento se refiere el profesor a cinco características del republicanismo provenientes de la antigüedad griega: las virtudes cívicas, la participación política, la división y control del poder, la ciudadanía social y la deliberación constitucionalizada. Después hace alusión a las insuficiencias republicanas de las instituciones políticas.

Entre las posibles medidas para ahondar en esa dirección republicana se citan, y Arango las explica detenidamente, la importancia de “la educación universal basada en las virtudes cívicas de apertura, curiosidad y escrutinio crítico” (p. 253), la participación popular, no solo espontánea, ocasional o en procesos electorales, sino a través de la cultura, con “sus clubes de lectura, de poesía, de teatro, de danza y música, deportes, comunicaciones, así como la integración en grupos, partidos o movimientos políticos” (p. 254). También hace referencia a las redes sociales como “un factor positivo que abre múltiples posibilidades a la vez que algunos riesgos de abuso que deben ser controlados” (p. 255), o la necesidad de la división de poder para neutralizar la arbitrariedad, aunque el presidencialismo no parezca abogar por ese diseño.

Se trata de apostar por una ciudadanía social –o “agencia social”, como prefiere Arango– capaz de hacer frente a la “deliberación crítica institucio-

⁴ Denuncia Arango la falta de claridad de la que adolece al respecto la Constitución colombiana de 1991, pues al situar los derechos civiles y políticos en un capítulo diferente al de los derechos sociales, se pensó que sólo a los primeros se les reservaba el carácter de fundamentales, mientras que los segundos quedaban relegados al desarrollo legal progresivo. No obstante, la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias en el año 1992, dejó claro que la fundamentalidad de un derecho no depende de cómo estén organizados en el texto constitucional.

nalizada” más importante que afronta el país: un proceso de paz que es el “intento más ambicioso de nuestra historia republicana que busca abandonar el estado de naturaleza y pasar a un estado de civilidad en el que rijan el respeto y la obediencia a unas mismas reglas del juego” (p. 257).

En el capítulo noveno Arango reivindica los *Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina*. Su tesis parte de que “el derecho constitucional latinoamericano se basa en tres pilares: una concepción interdependiente de los derechos fundamentales; una social de la democracia y una participativa de la justicia constitucional” (p. 261). El elemento común en la justicia constitucional es una visión sustantiva del derecho que aplica prioritariamente la parte dogmática de la constitución sobre la parte orgánica funcional y acoge con rango supraconstitucional el derecho internacional de derechos humanos en el orden interno bajo la figura del bloque de constitucionalidad.

Ni la concepción liberal de Hobbes, con derechos subjetivos entendidos como ámbitos de autodeterminación individual que impiden los excesos de terceros, ni la concepción de derechos fundamentales como garantías individuales y precondiciones de la democracia en el sentido de Hans Kelsen o más recientemente de Habermas, son satisfactorias para explicar la dinámica de los derechos en el mundo latino. En cambio, “los tribunales constitucionales en Latinoamérica conciben los derechos fundamentales como un todo integral, lo cual añade complejidad y mayores exigencias metodológicas a la teoría y práctica constitucionales. Puesto que los jueces constitucionales en sociedades del Sur reconocen en la práctica derechos fundamentales con independencia de su estatus negativo o positivo, el *ius constitutionale commune* latinoamericano ofrece un diseño más complejo y sutil de los poderes deónicos que se muestra más apto para enfrentar las realidades de la desigualdad y la inequidad sociales que otros modelos abstractos e ideales” (p. 265).

De la misma manera, ni el modelo liberal representativo ni el modelo deliberativo de democracia dan habida cuenta del *ius constitutionale commune* latinoamericano. Frente a ellas, “una concepción social de la democracia se diferencia de los modelos liberal y deliberativo porque toma en serio la necesidad de incluir a todos los seres humanos en el proceso y transformar por este medio la sociedad en general, democratizándola, esto es, llevando la democracia del ámbito meramente público político –la elección periódica de representantes mediante sufragio universal– al ámbito público informal –la empresa, la familia, los partidos políticos, las universidades–” (p. 266).

Este modelo de democracia social –democracia asociativa en el lenguaje de Ronald Dworkin– asegura “una protección especial del Estado a personas o grupos en situación de debilidad manifiesta” y “parece ser más adecuado que sus competidores para responder a las circunstancias especiales de las sociedades no bien ordenadas del continente latinoamericano” (p. 269).

El profesor de Los Andes atribuye en este modelo a los jueces constitucionales el “papel central para evitar que los preceptos constitucionales sean letra muerta debido a las realidades económicas de las que depende el ejercicio del poder político” (p. 269). Es decir, “una jurisdicción constitucional que esté a la altura de una concepción integral de los derechos fundamentales y una concepción social de la democracia tiene necesariamente que ser participativa para posibilitar que todas las voces, por diferentes o extrañas que sean, tengan en ella cabida en la comunidad y puedan ser cobijadas por la protección constitucional” (p. 271).

En el último capítulo del libro, *Libre comercio y sus peligros para la democracia*, Arango reflexionará sobre los efectos de la liberalización del comercio a nivel mundial, mostrando por qué el libre comercio, tal como ha sido concebido y viene siendo practicado, implica un peligro para la democracia y el orden constitucional democrático y republicano. Al final esboza cómo podría concebirse un orden político que, sin negar las bondades del mercado, ponga el énfasis, no en la acumulación de capital, sino en la emancipación humana, finalidad que debe guiar la convivencia democrática y el orden político cosmopolita.

Para el ámbito cultural, Arango retoma la última conferencia de Carlos Gaviria Díaz en el Colegio Gimnasio Moderno de Bogotá el 11 de marzo de 2015, en la que el exmagistrado de la Corte Constitucional colombiana apostaba por la tarea “de construir un sujeto político (pueblo) apto para instituir una democracia plena, sin exclusiones” (p. 290). En esta tarea “el programa de la Ilustración, bien formulado por Kant, sigue vigente”. También Rousseau nos avisó que no habría democracia sin suficiente participación (p. 291).

Ese “nuevo orden democrático y republicano” (p. 288) debe “superar el cosmopolitismo de mínimos propuesto por Kant, limitado a la hospitalidad respecto del extranjero” y avanzar en pro “de naciones libres e iguales, unidas por lazos solidarios y de cooperación, ajenos al ajedrez de la geopolítica” (p. 291).

En definitiva, estamos ante un libro que explora los caminos para una realización cada día mayor de los derechos. Y, para ese viaje, Rodolfo Arango se revela como un magnífico caminante.

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: jesusignacio.delgado@uc3m.es

Fernando LIZÁRRAGA, *Marxistas y liberales. La justicia, la igualdad y la fraternidad en la teoría política contemporánea*, Biblos, Buenos Aires, 2016, 249 pp.

CRISTIÁN AUGUSTO FATAUROS
Universidad Nacional de Córdoba
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas

Palabras claves: igualdad, libertad, liberalismo, marxismo analítico.
Keywords: equality, freedom, liberalism, analytical marxism.

La obra de Fernando Lizárraga puede considerarse un enorme aporte a la literatura filosófico política y en particular un notable y bienvenido avance para los estudios de lo que se denomina “Marxismo Analítico”. Los sutiles argumentos de Lizárraga, su pulcra reconstrucción de las principales tesis del filósofo canadiense Gerald A. Cohen, y la interpretación “ortodoxa” del corpus filosófico marxiano, hacen de este trabajo una joya bibliográfica. El resultado es una contundente y sólida defensa del valor de la fraternidad en el seno del socialismo igualitario. Esa es la concepción de justicia que Fernando Lizárraga aspira a presentar y defender. El objetivo de la presente reseña es revisar críticamente la obra “*Marxistas y liberales. La justicia, la igualdad y la fraternidad en la teoría política contemporánea*” (en adelante “*Marxistas y liberales*”). En la primer parte realizaré algunas observaciones sobre las principales tesis y argumentos del libro. En la segunda parte analizaré uno de los argumentos centrales y una discusión de algunas de sus conclusiones.

1

El libro reseñado contiene cinco capítulos en los que se discuten las relaciones y las tensiones entre el liberalismo igualitario y el socialismo igualitario de Marx. En el capítulo primero se presentan las razones más importantes por las que tiene sentido, para los marxistas, leer la obra rawlsiana. La

clave está en la motivación igualitarista que subyace a la teoría de la justicia rawlsiana, una motivación que según críticos como Gerald A. Cohen, no fue correctamente explotada. En el capítulo segundo se profundiza esta crítica mostrando que el principio de la diferencia tiene más de una lectura y que es posible interpretar la teoría de la justicia liberal igualitaria de un modo mucho más estricto que el propuesto por los rawlsianos ortodoxos. Esta crítica lleva a Lizárraga a desarrollar la idea de un *ethos* igualitario que debería animar cada una de las acciones de ciudadanos justos.

En el capítulo tercero, el autor reconoce que la doctrina de la igualdad del socialismo marxista también debe ser revisada y aborda los cuestionamientos y las lecturas críticas sobre el marxismo propuestas por Rawls y Cohen. En particular el autor explora la supuesta defensa marxiana de la tesis de la autopropiedad y la tesis tecnológica de la superabundancia. Afirma que al contrario de lo que piensan sus críticos, la sociedad ideal de Marx no se encuentra más allá de la justicia, sino que por el contrario, es un ideal que puede alcanzarse si los ciudadanos están correctamente motivados por la igualdad y las instituciones distribuyen como corresponde. Esta es la parte más jugosa del libro, ya que abre interrogantes sobre el rol de las instituciones en una teoría de la justicia marxista, y sobre si la sociedad correctamente ordenada puede serlo de manera contingente o necesariamente exige ciudadanos virtuosos.

En el capítulo cuarto, el autor nos propone reexaminar la discusión Rawls-Cohen sobre el dominio de la justicia distributiva y sobre el ámbito de aplicación de los principios de *Justicia como Equidad*. Aunque podemos estar en desacuerdo con las críticas de Lizárraga, es interesante destacar el argumento rawlsiano que coloca a la justicia marxiana fuera de este mundo y que, según Lizárraga, muestra que los principios de justicia también se aplican a las acciones cotidianas de los ciudadanos. En el capítulo quinto, el último, se entrega una interpretación y defensa del valor de la fraternidad, como el ideal que debería perseguir el comunismo, y que permitiría a los ciudadanos alcanzar también la justicia. No está de más decir que el autor desconfía del valor de la felicidad como el criterio para evaluar las instituciones distributivas de una sociedad. En este punto, tanto los socialistas como los liberales igualitarios comparten las críticas al utilitarismo, la doctrina filosófico-política dominante de principios del siglo XX. Lizárraga recupera así el valor de la fraternidad como una representación de los rasgos y virtudes del aristotelismo clásico que son parte del núcleo del corpus marxiano.

2

Independientemente de las virtudes y aportes del libro “Marxistas y liberales” algunas de sus afirmaciones centrales son problemáticas. Me refiero en particular a sus consideraciones sobre los talentos naturales de los individuos. Lizárraga afirma que considerar los talentos naturales de una persona como si fueran un “acervo común” de la sociedad, tal como lo hace Rawls, representa introducir un componente comunitarista en la teoría de la justicia liberal igualitaria (p. 77). Parece difícil aceptar una afirmación como esa ya que existen otras interpretaciones sobre la noción de talentos naturales como un acervo común que no son necesariamente comunitaristas. Por ejemplo, el propio Rawls admite que esa es una manera de incorporar la arbitrariedad moral de la “lotería natural”. Si bien nadie tiene responsabilidad por los talentos naturales que tiene, esto no significa que los talentos de un individuo sean una propiedad de la comunidad.

Además afirma que la proposición de que los talentos naturales no sean merecidos es la premisa de la que se puede derivar que los talentos naturales constituyen un acervo común y que, a su vez, de ésta se pueden derivar otras conclusiones: (a) una negación de la tesis de la autopropiedad; y (b) la permisibilidad moral de una “hipoteca social” sobre los talentos naturales. Según Lizárraga el camino que lleva hacia estas conclusiones se refuerza con el siguiente argumento: si Rawls no negara el principio de autopropiedad, entonces: (c) el Principio de la Diferencia no podría justificar ninguna exigencia distributiva sobre los que más ganan; y (d) no se podrían justificar los reclamos de los menos afortunados sobre cómo deben distribuirse los beneficios sociales.

En otras palabras cualquier demanda de los menos talentosos podría ser rechazada por los más talentosos simplemente apelando a la idea de inviolabilidad de la autopropiedad. Mi desacuerdo, básicamente, es el siguiente: creo que es un error pensar que Rawls *rechaza* el principio de la autopropiedad. En segundo lugar, no hay ninguna necesidad de rechazarlo. En tercer lugar, no podría rechazarlo ni afirmarlo, porque la idea de autopropiedad no tiene ningún lugar en su teoría de la justicia. En lo que sigue desarrollare las razones para sostener dichas objeciones.

Primero. Rawls no niega el principio de autopropiedad, pero creo que es claro que esto no significa aceptarlo. De hecho tiene grandes diferencias respecto de Nozick, pero la mayor diferencia no se relaciona con el rechazo del principio de autopropiedad, sino que la principal diferencia es que

Rawls no acepta que las personas tengan derechos de propiedad sobre sus talentos y que puedan transferir estos derechos. Para Nozick la idea de que los individuos son sujetos morales con derechos que deben ser respetados, implica que ninguna violación de estos derechos es moralmente permisible *a menos* que sea consentida por quien es titular de los derechos. La interferencia sólo es inmoral si no es consentida. Por el contrario, para Rawls, algunas libertades son inviolables, y el consentimiento no podría justificar la infracción, porque estas restricciones morales no pueden ser renunciadas por las personas. Las personas son responsables de haber desarrollado sus propios talentos si esto supuso una acción más o menos voluntaria, y un esfuerzo para desplegar sus potencialidades creativas o industriales. El desarrollo de un talento, depende de las circunstancias y de la promoción social de ese talento, pero es responsabilidad de la persona desarrollarlos o no. El orden institucional puede incentivar la educación y la formación de un poder creativo, pero nadie puede reclamar un derecho sobre la fuerza de trabajo de otra persona, aunque el trabajador no tenga derechos sobre los frutos del ejercicio de su fuerza de trabajo. Esto dependerá del sistema institucional establecido.

Segundo. Por otra parte no es necesario negar la idea de autopropiedad porque la idea de acervo común no se refiere a los talentos naturales, sino a la distribución de los talentos en la sociedad. Explícitamente Rawls aclara que la distribución de talentos es aleatoria y moralmente arbitraria, lo que implica aceptar que no se sigue ninguna conclusión normativa sobre la distribución en sí misma. Para lograr algo positivo de dicha distribución, es decir, que funcione para beneficio de todos, Rawls introduce la exigencia del Principio de la Diferencia. Solo podemos beneficiarnos de lo producido con nuestros talentos si este producto beneficia a los que son menos talentosos. Los ciudadanos cooperan para obtener bienes sociales que no serían asequibles de manera individual. Por ello, todos tienen derecho a obtener una porción equitativa de los beneficios socialmente producidos.

Tercero. Para argumentar sobre la imposibilidad de negar o afirmar la autopropiedad podemos referirnos a la metodología del constructivismo normativo kantiano, y a cómo el uso de herramientas metodológicas (velo de la ignorancia y posición original) sirve para modelar e incorporar una noción de persona que configura los principios de justicia adecuados. Pero esta noción no parte de una idea preconcebida de persona con derechos sobre su cuerpo y sus talentos. La premisa que subyace a la teoría rawlsiana apenas si afirma que la “distribución” de los talentos que la naturaleza realiza, es alea-

toria y que esta distribución aleatoria no puede justificar ninguna pretensión normativa. En este sentido “no merecemos” el lugar que nos ha tocado en suerte según la lotería natural y la lotería social¹, pero tampoco existiría una condición que de ser satisfecha nos permitiera decir que “merecemos” dicha posición. Lo correcto es decir que la idea de mérito no tiene ningún lugar en la posesión de un talento particular. Pero la pregunta sobre la propiedad de nuestros talentos no surge ni antes, de manera independiente, ni durante el proceso de la selección de los principios de justicia correctos. Por el contrario, la idea de que la distribución de los diferentes talentos es un activo común de la sociedad ayuda a entender la aceptación y el acuerdo de los participantes sobre el Principio de la Diferencia. Si uno estuviera detrás del velo de la ignorancia, aceptaría el Principio de la Diferencia, y esto haría funcionar los talentos de manera que todos se benefician de ellos. Pero ello no significa que la sociedad pueda reclamar una “hipoteca” sobre los talentos de los individuos. El Principio de la Diferencia representa una concepción política de la justicia que “reconcilia” a las partes y respeta el ideal de “igualdad democrática”².

Por otra parte es necesario destacar que el trabajo de Fernando Lizárraga examina los vínculos existentes entre el igualitarismo radical de Gerald Cohen y la igualdad marxista³. Su análisis hace foco en tres elementos de la igualdad voluntaria de Cohen: 1) el rechazo de la idea de que los individuos son dueños de sí mismos (auto-propiedad); 2) la exigencia de aplicar los principios de justicia tanto a las instituciones como a las acciones individuales (*ethos* igualitario); 3) el rechazo de un futuro de abundancia material ilimitada. Estos elementos lo diferencian del libertarismo, del liberalismo igualitario y del marxismo ortodoxo, respectivamente. En la interpretación de Lizárraga, estos tres elementos sí serían aceptados por una teoría de la justicia marxista y por lo tanto, es erróneo concluir, como lo hace Cohen, que Marx no hubiera coincidido con la igualdad voluntaria.

¹ J. RAWLS, *Justice as fairness: a restatement*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001.

² Ibid.

³ En el desarrollo de la corriente analítica del marxismo, el problema de la justicia y la determinación del criterio de distribución correcto, son fundamentales. Gerald A. Cohen es uno de los filósofos que realizó los más importantes aportes en este sentido R. GARGARELLA, (1995). “Marxismo analítico, el marxismo claro.” *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, num. 17-18, 1995, pp. 231-255, G. A. COHEN, *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2001.

Lizárraga argumenta a favor de las siguientes tesis: A) Marx rechazaba la idea de auto-propiedad, y por ello, no necesitaba creer que la abundancia ilimitada fuese condición necesaria de la realización del comunismo; B) Marx no adhería por completo a la idea de sociabilidad de las motivaciones (altruismo universal)⁴. Estas son tesis controvertidas, pero, en mi opinión, es más importante analizar la conclusión de su argumento: C) Marx hubiese estado de acuerdo en que la justicia depende de las acciones de ciudadanos moralmente virtuosos. Lizárraga juzga equivocado afirmar que la sociedad bien ordenada de Marx esté más allá de la justicia. Podemos estar de acuerdo con Lizárraga en este punto, sin embargo existen razones para dudar que la solución sea reconciliar a Marx con la concepción de la igualdad sin coerción.

3

La obra de Lizárraga es un ejemplo de lo que cualquier filósofo político igualitario y marxista debería aspirar a realizar: una obra pedagógica y explicativa, una defensa fáctica y normativa de la igualdad, una reconstrucción de las ideas que ilumina la obra de un pensador complejo como Karl Marx. Además mantiene el aspecto estético y literario de lo que representa un paradigma del trabajo intelectual honesto y puntilloso, se inscribe en una tradición de filósofos que demuestra que un libro de teoría política puede ser entretenido, ilustrativo, y estar bien trabajado, sin rehusar a introducirse en las discusiones más encumbradas y abstractas sobre principios morales e instituciones políticas. Conociendo los antecedentes del autor uno puede anticipar que en él, se combinan las dotes literarias de los filósofos clásicos y las preocupaciones prácticas más cercanas al barro de la política, una síntesis propia de los intelectuales comprometidos que son tan necesarios en nuestra comunidad científica.

CRISTIÁN AUGUSTO FATAUROS
Universidad Nacional de Córdoba
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
e-mail: cristian-fatauros@derecho.unc.edu.ar

⁴ G. A. COHEN, *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, cit.

**Delia MANZANERO, *El legado jurídico y social de Giner*,
Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016. 335 pp.**

FRANCISCO M. BALADO INSUNZA
UNED

Palabras clave: filosofía jurídica y social, krausismo, liberalismo, derecho y educación.

Keywords: legal and social philosophy, krausism, liberalism, law and education.

En febrero de 2015 se conmemoró el primer centenario de la muerte de Francisco Giner de los Ríos (1839-1915), hombre de extraordinaria dimensión intelectual cuyo proyecto educativo basado, esencialmente, en el método intuitivo, la coeducación de ambos sexos, la autonomía y dignidad de la persona y la extensión de los estudios a lo largo de la vida del ser humano, ha sido estudiado con relativa intensidad desde su formulación en el último cuarto del siglo XIX, tanto en sus aspectos teóricos como en sus aplicaciones o proyectos prácticos plasmados, fundamentalmente, en la magna obra de la Institución Libre de Enseñanza que Giner fundó en 1876. Sin embargo, su obra filosófica, sustentada en el derecho y la sociedad con la educación como referencia clave, han tenido menos atención por parte de la investigación especializada.

El reto de estudiar el significado del proyecto filosófico gineriano, sus antecedentes, elementos fundamentales y su utilidad y vigencia, no sólo durante el contexto en el que se formuló, sino también con posterioridad al mismo ha sido, en medida importante, asumido por el Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería (KLM) de la Universidad de Comillas, fundado en 1989 por Enrique M. Ureña y Pedro F. Álvarez Lázaro, proyecto que ha conseguido mantener una fructífera continuidad de la mano de investigadores como Ricardo Pinilla Burgos, Francisco Querol o José Manuel Vázquez Romero. En esa misma línea se integra el trabajo de Delia Manzanero y, específicamente, el contenido de su último libro, *El legado jurídico y social de Giner*.

Delia Manzanero es actualmente profesora de Teoría del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos I. Ha impartido docencia en el campo de la filosofía del derecho y las ideas políticas y es directora de la revista de filosofía *Bajo Palabra* conjugando, de este modo, la docencia y la investigación con la divulgación científica, lo que no es un ejercicio nada fácil en materias como la filosofía del derecho. En su producción bibliográfica e investigadora, Manzanero otorga especial atención a los aspectos formales utilizando un lenguaje directo y claro, algo ciertamente poco habitual cuando hablamos de filosofía y, mucho menos, si lo hacemos reflexionando sobre temas como el derecho y sus fines. Este interés por la forma no es óbice para desplegar una notable precisión conceptual e incorporar a su discurso, además, un componente reflexivo, particularmente interesante para los historiadores, que conecta distintos momentos históricos y las relaciones que de ellos pueden derivarse, ya sea a modo de antecedentes o de proyecciones, estimulando una lectura pausada y reflexiva.

Manzanero sostiene la gran profundidad y, sobre todo la actualidad del pensamiento de Francisco Giner de los Ríos. Al presentarlo como precursor de temas que están hoy en el centro del debate en distintas disciplinas científicas, su objetivo final al ensayar sobre la obra del intelectual granadino y su legado no es otro que, en palabras de la propia autora, “desvelar qué potencial práctico del pensamiento moral y jurídico (de Giner) aún no agotado históricamente, puede encontrar su realización en el derecho y educación actuales”.

Para conseguir este sugestivo pero difícil propósito, la autora demuestra un excelente dominio de las fuentes que sustentan cada una de sus argumentaciones, con citas precisas que refuerzan el rigor científico de su trabajo. En este sentido, Manzanero presta especial atención a la producción de los krausistas españoles de finales del siglo XIX y principios del XX y, especialmente a la obra de Adolfo González Posada (1860-1944), sin prescindir de otras aportaciones también relevantes. Como principal continuador e intérprete de la obra gineriana, las tesis de Posada, junto a las del propio Francisco Giner, componen el núcleo de las materias estudiadas.

En *El legado jurídico y social de Giner*, Delia Manzanero apuesta por una clara sistematización interpretativa y metodológica, estructurando su estudio en tres partes bien diferenciadas, divididas, a su vez, en siete capítulos a través de los cuales nos adentrarnos en el pensamiento jurídico, filosófico y educativo gineriano, en sus derivadas políticas y, lo que resulta más atracti-

vo para el lector del siglo XXI, comprobaremos su legado, entendido a partir de aportaciones que mantienen su vigencia o se proyectan en categorías sociales actuales, sin olvidar, aspecto también importante, sus debilidades y carencias.

Centrándonos en el análisis de su contenido, el libro comienza con dos introducciones, una a modo de prólogo, a cargo de Pedro. F. Álvarez Lázaro y otra, más propiamente introductoria e incluso, auto-recensora, a cargo de la propia autora. Ambos nos avanzan pautas del pensamiento gineriano de gran interés para la lectura del contenido posterior. El perfil intelectual de la autora que nos ofrece el prologuista permite situarla con nitidez dentro de la escuela fundada por él mismo y por Enrique M. Ureña, el ya referido KLM y, por tanto, su prólogo valida la solvencia del trabajo de Manzanero, aval que aumenta el interés por conocer su investigación sobre el legado jurídico y social que Francisco Giner nos ha transmitido.

Por su parte, la propia autora en su introducción al texto, facilita indicaciones de lectura que no deben desaprovecharse al fijar, con especial énfasis, los objetivos de su trabajo y resumiendo con precisión el contenido de cada parte que interrelaciona, resume y explica, dotando de sentido global al conjunto del ensayo.

En la primera parte del libro: *La recuperación liberal krausista de los clásicos hispanos y su relación con el pensamiento contemporáneo*, dividida, a su vez, en dos capítulos, Delia Manzanero realiza un ejercicio de conexión histórica de enorme interés en el que, a partir de las aportaciones de la Escuela de Salamanca del siglo XVI y de su lectura en el momento histórico en el que se explicitó la filosofía de Giner (finales del siglo XIX y principios del siglo XX), proyecta el conjunto hacia un dialogo entre esas tradiciones clásicas con las formulaciones contemporáneas de las que Giner es eslabón y referencia obligada. Este planteamiento trata de demostrar, al desmarcarse de una interpretación tradicional de la obra de los clásicos hispanos, la profundidad y vigencia de conceptos ginerianos que, con la indicada referencia, podemos encontrar en autores actuales y que Delia Manzanero sintetiza esencialmente en el esfuerzo krausista de vincular derecho y moral de modo que, apartándose de la formulación maquiavélica y hobbesiana de “razón de Estado” y, de la mano de la interpretación de los textos de Francisco Suárez llevada a cabo, fundamentalmente por Posada, se nos ofrecen argumentos tendentes a defender la necesidad de que la persona disponga de suficientes garantías por medio de la razón práctica que sustenten la limitación democrática del

poder del Estado, idea que fue abordada en diferentes momentos históricos con dimensiones y consecuencias también distintas y que, en nuestro tiempo, conserva su interés como base esencial del Estado de Derecho.

Para Manzanero, esta íntima relación del pensamiento de Suárez y el de Giner que hace Posada, probablemente de modo interesado, como reconoce la propia autora pero, sin duda, desde un evidente prisma racionalista, supone el aprovechamiento de una doctrina iusnaturalista como un antecedente directo que recoge Giner reelaborando un concepto de la racionalidad como libertad que incluye una exigencia: la norma moral que la acción cumple debe obtener un reconocimiento general al aplicarse, idea que le conduce indefectiblemente a enfatizar la razón práctica y no abstracta que se mueve en cada contexto histórico y se dirige a fines concretos y determinados.

Encontrar puntos de conexión o, en palabras de la autora “motivos de continuidad” desde el iusnaturalismo clásico español y la filosofía jurídica gineriana hasta la actualidad, además del leitmotiv de todo su trabajo, no es una cuestión menor al formar parte tal continuidad de debates permanentes como el planteado entre las nuevas formas de iusnaturalismo y positivismo en el que Manzanero se detiene fijando con nitidez las tesis de Giner y los krausistas españoles y su concepto de derecho, su crítica al formalismo jurídico y su decidida apuesta por un derecho positivo que se sustente en la justicia, reflexionando permanentemente sobre los fines y el fundamento ético del derecho.

En estos términos, el análisis nos conduce a una ponderación de la utilidad actual de las tesis krausistas como instrumento interpretativo para analizar las dificultades y retos de nuestro tiempo. A este objetivo presta la autora especial atención al incorporar como elemento central de la explicación, la importancia de una interpretación flexible del derecho basado en la fórmula clásica de la *epiqueya* que permite modular la exigencia del derecho positivo en su aplicación en función de las circunstancias sociales e históricas concretas, adecuando los principios jurídicos al caso concreto lo que, naturalmente no es nuevo ni propio de nuestra realidad jurídica ni histórica, pero sí muy relevante para la autora que observa en la equidad krausista de base sua-reciana, “un valioso ejercicio de racionalidad práctica” con el que se puede afrontar el análisis de la filosofía del derecho gineriana, idealista pero crítica y que, finalmente, relativiza la ley positiva priorizando la relación entre derecho y realidad social, es decir, tiene en cuenta el sistema de valores que una sociedad concreta contiene para su progreso y, por ende, para la mejora del

derecho lo que resulta, sin duda, un argumento de dilatada vigencia histórica que llega a nuestros días con renovada fortaleza.

Este aspecto del ensayo, referido a la continuidad histórica de conceptos clásicos, su interpretación krausista y su derivada hacia el futuro resulta una parte muy atrayente para el análisis histórico del texto, más allá de su dimensión filosófica y, por ende, debe ser puesto de manifiesto dado que los historiadores no hemos sido especialmente cuidadosos en el uso de los conceptos. En este libro encontramos valiosas referencias que completan el análisis de procesos históricos habitualmente interpretados sin tener en cuenta ejercicios relacionales como el que aquí se nos presenta y que aporta referencias, no sólo metodológicas sino también conceptuales, de gran alcance desde el punto de vista del análisis histórico del krausismo español y su vertiente socio-política.

La segunda parte del libro, *La filosofía social krausista* aborda los elementos sociológicos constitutivos de la teoría política de Giner. Particularmente interesante es el diálogo Suárez-Krause-Giner, que, para la autora, sirve de base de la ciencia política gineriana y su concepto de soberanía. Desde la asunción y actualización de la idea suareciana del *corpus mysticum* y asumiendo el concepto krausista de representación política, Giner, en la dimensión social de su proyecto filosófico subraya la prioridad de las formas de asociación de la sociedad civil frente a la univocidad del planteamiento del poder político exclusivo del Estado. La obra de Giner se materializa así en la reconstrucción del concepto de persona social y en su teoría del derecho inmanente mediante el concepto de persona como Estado lo que sitúa, de nuevo, a Giner en la crítica frontal del formalismo, aspecto importante al que dedica la autora una parte relevante del capítulo cuarto, señalando la necesidad de reconocer la existencia de principios ético-jurídicos, tesis que alcanza hoy un especial interés en la intención de incorporar valores morales al orden constitucional.

Pero si nos centramos en el concepto de sociedad, no podemos por menos que enfatizar su centralidad en el pensamiento gineriano porque en él, lo individual y lo social importan por igual basando tal formulación, finalmente, en el respeto de la dignidad, la autonomía y la libertad de la persona humana y en la necesaria solidaridad entre los hombres que viven en una sociedad de iguales con derechos y libertades tutelados por el Estado. Esta doble visión, crítica por un lado del individualismo de base kantiana y, por otro, de un estatismo que anula a la persona que vive en sociedad, plantea

un modelo social en el que el Estado no abarca la totalidad de la representación social, sino que la soberanía se reparte entre las distintas personas que constituyen la sociedad abriendo así, un abanico de órdenes soberanos que, limitándose recíprocamente, colaboran en condiciones de igualdad representando al conjunto social. Para comprender este planteamiento correctamente, resulta fundamental analizar la distinción entre Estado y sociedad y el concepto de “persona social”, aspectos en los que Manzanero profundiza y en los que no se trata de invocar un antiestatalismo radical, sino que, partiendo de un nítido rechazo de la prevalencia del Estado, se pretende fomentar la comunicación entre el Estado y la sociedad y observar cómo la garantía de las libertades se ubica, necesariamente, en el propio Estado.

Además de subrayarse elementos esenciales de la teoría social krausista como la organicidad, la multiplicidad o la descentralización, la autora se detiene en la autonomía o *self government*, tanto social como individual, idea capital para entender el alcance del concepto de soberanía krausista que relaciona persona, órganos y fines sociales. Es claro que *self government* y soberanía no son sinónimos sino que, en palabras de Posada, se precisa un “fluido ético” que sirva de elemento de conexión para la verdadera plasmación de la soberanía o soberanías distintas pero compatibles entre sí. Soberanía como poder absoluto y relativo a la vez que expresa igualdad y colaboración derivan, necesariamente, en el carácter democrático del edificio social gineriano.

Un edificio en el que el Estado ni se diluye en la sociedad, ni atribuye Giner jerarquías o prevalencias a ningún órgano o esfera social, sino que plantea una teoría igualitaria en la que el poder político encuentra su lugar en la sociedad que lo construye y en el que ese poder no se expresa bajo fórmulas de dominación sino de asociación, integración y cooperación bajo un modelo de “soberanías múltiples” concordantes con la diversidad y multiplicidad social que Giner defiende y en la que la del Estado aparece como una más, importante, pero no preeminente, de ellas.

Esta construcción deja al Estado, como advierte la autora y se debe enfatizar para no caer en falsas interpretaciones, una función asistencial que resulta esencial en el organicismo ético krausista que, sin embargo, debe entenderse en el contexto histórico en el que se expresó, con independencia de su posterior transcendencia. En efecto, formulado en los momentos iniciáticos de la sociología y de la psicología social, el organicismo de Giner no contiene un componente biológico, derivada organicista que servirá de base a futuros totalitarismos y que supuso una pesada carga peyorativa para el krausis-

mo, debido a la polisemia intrínseca del concepto “organicismo” y que debe aclararse como la autora hace de forma definitiva. Al contrario, Giner y los krausistas españoles, especialmente Posada, interpretan el organicismo de Krause moral y metafísicamente, como un organicismo para la libertad y no como un “organicismo mecánico” al modo de Schelling o Spencer, desarrollándose así la imprescindible idea gineriana de organismo entendido como pluralidad de funciones y no como sistema jerárquico.

Avanzando en la teoría social y política de Giner y, dentro de su concepto de sociedad y de encaje funcional del Estado en ella, la autora revisa los conceptos de libertad negativa y libertad positiva, recordando la necesaria imbricación de ambos, ya enfatizada por Constant y que Giner trató de aunar, apostando por combinar el interés individual con el político, algo en lo que también trabajó otro autor contemporáneo de Giner e íntimo amigo suyo, Gumersindo de Azcárate (1840-1917). Esta idea de ensamblar lo individual y lo comunitario a través de la participación política fue, en el momento histórico que vivieron Giner y Azcárate, un nuevo desiderátum que chocaba con una realidad social y política muy poco estimulante y con un armazón jurídico-constitucional que, en modo alguno, la promovía. Trasladando la referida idea gineriana a la actualidad, se observa el actual tiempo de desconfianza transcurrir entre la incertidumbre generada por un individualismo que nos invade y la recuperación de movimientos que inciden en la fuerza de la sociedad como motor de progreso más allá de que, incluso, algunos piensen en la falta de fuerzas del Estado para dirigir el cambio social, como refleja la autora. Con independencia del recorrido histórico de este tipo de afirmaciones, es claro que el alegato krausista de participar y no alejarse de la política, de no refugiarse en la vida privada y, por tanto, mostrar preocupación por lo social y por el interés general adquiere, en el tiempo actual, un nuevo impulso como idea de renovación para el progreso social en el que el Estado krausista tendría un espacio central como realidad social que debe respetar la dignidad, la autonomía y la libertad de la persona humana y que debe tutelar y armonizar, en régimen de igualdad, los derechos humanos. Esa función asistencial es, en definitiva, el fruto de una concepción social, ética y democrática del Estado que caracteriza la teoría política de Giner.

En la tercera y última parte de *El legado jurídico y social de Giner* analiza Delia Manzanero la filosofía jurídica gineriana abordando por una parte, la dimensión interna del derecho krausista, con referencias ineludibles al rechazo de la violencia y a la importancia de la costumbre y de la moral como firmes

garantías del derecho y, por otra, la idea de autorregulación o adhesión autónoma, base de la propuesta educativa de Francisco Giner antes de profundizar en el gran proyecto educativo gineriano y su expresión práctica más relevante: La Institución Libre de Enseñanza.

La crítica gineriana a la visión formalista y contractualista del derecho incorpora como principio esencial de la filosofía jurídica de Giner, rechazando como rasgo esencial del derecho la coactividad, la adhesión interior, es decir, el derecho realizado por la voluntad encuentra su garantía final en los resortes morales y racionales de la persona lo que abre un proceloso campo de crítica a esta posición al que volveremos no sin antes advertir la necesaria inserción de la educación en este argumento debido a que el optimismo antropológico de Giner y de los krausistas españoles conduce a apostar por medios no coactivos por lo que, necesariamente, Giner incluye la pedagogía en su doctrina jurídica, como bien argumenta Manzanero en su denso desarrollo del tema.

Esta parte de la filosofía gineriana incorpora dos elementos centrales: por un lado, que la no aceptación de los principios generales del derecho genera su falta de validez, lo que sostenía incluso Kelsen, derivando tal axioma en un segundo aspecto expresado como la necesaria participación de los ciudadanos en el proceso de construcción del derecho, de modo que, a mayor participación, mayor aceptación de la norma y viceversa. Esta correlación nos acerca de nuevo a nuestro tiempo, inserto en debates profundos sobre los modos de perfeccionamiento de las vías de participación real de los ciudadanos en las decisiones y, por ende, en el debate sobre la calidad y la profundidad de nuestro sistema democrático.

La referida correlación aceptación-participación que deriva en eficacia del derecho fue, en su contexto histórico, un desiderátum de los krausistas que, advirtiendo su insuficiente fuerza, advertían, criticándolo, el recurso a la fuerza como único medio de mantenimiento del orden jurídico. Hoy, sostiene Manzanero, lo deseable será lograr la adhesión interior a la norma a fin de disminuir las posibilidades de incumplimiento siendo la participación y la orientación del derecho hacia los intereses generales el mejor camino para lograr esa adhesión lo que nos lleva a un nuevo terreno, igual de importante y profundo cual es el de los fines del derecho y su legitimidad, aspecto que también aborda la autora situando, de nuevo, en íntima relación moralidad y derecho con una clara dimensión social del problema lo que subraya, en Giner, el dialogo permanente entre la filosofía del derecho y la sociología y

la consecución de un ideal: que el derecho se cumpla no por miedo a la sanción sino por una motivación ética interior lo que se conseguiría legislando de acuerdo con las aspiraciones humanas, el interés general y el bien común.

Para la consecución del ideal del derecho, la educación resulta, en la filosofía jurídica gineriana, el argumento central. Su proyecto de renovación pedagógica y social, plasmado a finales del siglo XIX, y su repercusión posterior llega, en algunos aspectos, hasta nosotros. La autora sostiene, con razón, que la interpretación de la doctrina jurídica y social krauseana tuvo, en la llamada Edad de Plata española (1868-1936) en la que Giner es referencia inexcusable, “el vigor de proyecto de renovación nacional” en el que la educación resultaba la clave para una reforma de la sociedad dentro de un proyecto político basado en la ética y en la verdadera representación parlamentaria del cuerpo social. Estas bases sostienen el proyecto reformista que nos transmite Giner: “sólo a través de la educación, la ciencia y la renovación pedagógica es posible la reforma en España.” Esta tesis, obviamente precursora de posteriores políticas educativas se explicitaron, en el tiempo de Giner en su gran proyecto: La Institución Libre de Enseñanza, constituida en 1876 y que significa la expresión práctica de las ideas reformadoras del krausismo español que ya, desde ese momento, conoceremos también como institucionismo.

Delia Manzanero, como no puede ser de otro modo, se detiene en el proyecto de la Institución Libre de Enseñanza (ILE) del que Giner fue alma máter, sin duda, como protagonista de las dos cuestiones universitarias (1867 y 1875). El proyecto institucionista contiene elementos de enorme trascendencia como primar la educación sobre la instrucción, la continuidad de una educación integral a lo largo de la vida, el uso de la razón y no, exclusivamente, de la memoria o la aplicación del método intuitivo, entre otros, que llevaron a los institucionistas a insertar la educación en el modelo de vida humana como método activo invirtiendo la didáctica tradicional. Se trataba, por tanto, de un modelo educativo participativo, dinámico y democrático que, de acuerdo con la acertada interpretación de la autora, hoy continúa vigente y que podemos apreciar en la actual apuesta por el uso de la tecnología y las redes sociales, en la cibercultura y la democratización de los medios tecnológicos como herederas directas del proyecto gineriano y que, incluso, deriva hacia una proyección internacional y universal que puede tener su antecedente en el concepto krausista de soberanía global y que hoy se expresa en las redes abiertas que trascienden a las naciones, debate éste de incuestionable interés y que, sin duda, abre interesantes campos de análisis

e investigación en estas materias, con la educación y el derecho manteniéndose como categorías esenciales del mismo, de igual modo que lo entendió Giner en su momento.

Pero el análisis del legado gineriano no se agota con el examen de su relevancia y vigencia, de su incardinación en la sociedad de su tiempo y de su proyección hacia el futuro. Manzanero reserva una parte de su ensayo a poner de manifiesto los aspectos más cuestionables de la teoría jurídica y sociológica de Giner, lo que debe alabarse pues nos permite reflexionar sobre su desarrollo histórico al haber llegado hasta nuestros días con formulaciones de indiscutible valor político y jurídico.

Además de sostener la crítica habitual que se realiza al intelectual finisecular decimonónico, incluido a Giner, poco preocupado de incidir en las insuficiencias estructurales de la sociedad española, lo que enfatiza el carácter elitista y minoritario de sus propuestas generales, parece claro que sobrevalorar la ética y la educación y reducir la función del Estado a un mínimo pone en peligro la seguridad jurídica. Esta crítica al eticismo krausista pone de manifiesto su insuficiencia para resolver, con los exclusivos medios que proponía, los problemas sociales y jurídicos que afrontaba. Su idealismo provoca un voluntarismo y una limitación del Estado que llevan a la autora a ver que el mayor peligro de la tesis krausista es hacer prevalecer la justicia y la creencia en la ética del ciudadano sobre la legalidad lo que termina socavando, indefectiblemente, la seguridad jurídica siendo necesario, por tanto, mesurar la crítica krausista a la coacción como rasgo esencial del derecho y no fiarlo todo a los medios no coactivos de fundamento moral. Ello la lleva a concluir que resulta imprescindible afirmar una fuerza coactiva del Estado que, a la vez, mantenga las exigencias éticas y justas de la sociedad en su aplicación. Este será el único medio en el que el ideal krausista no se quede “en un vano intento”.

Así se explicita el legado krausista de Giner, sus luces y también sus sombras, legado que hoy alcanza sentido y valor desde la propia teoría krausista que señalaba la necesidad de superar el liberalismo individualista y enfatizaba la necesidad de vincular derecho y moral, hasta llegar, de la mano de las aportaciones ginerianas, a nuestro Estado social de derecho y a la constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales, poniendo en valor, de este modo, la dimensión social del hombre y la necesidad de disponer de hombres solidarios preocupados por el interés general.

Al subrayar la actualidad del legado jurídico y social de Francisco Giner, en el que sobresale la primacía de la sociedad civil frente al Estado único, la

idea de libertad ligada a derechos irrenunciables, la exigencia de integrar la moral en la norma jurídica, la necesidad de fomentar la educación, consigue la autora presentar, como resultado de su trabajo, un texto que, sin apartarse de la pretendida rigurosidad científica, nos acerca a las ideas jurídicas y sociales del gran intelectual que fue Francisco Giner que pasan por la íntima relación entre derecho y moral como elemento vertebrador de una sociedad basada en la dignidad de la persona y en el respeto de sus derechos. La trascendencia social, jurídica, histórica y política de tal afirmación está fuera de toda duda lo que hace muy recomendable, incluso para los profanos en las materias abordadas, la lectura de este libro de Delia Manzanero.

FRANCISCO M. BALADO INSUNZA
UNED
e-mail: fbalado@bec.uned.es

NOTICIAS

III Congreso Internacional “El tiempo de los derechos”, Cádiz, 17 y 19 de noviembre 2017

Los días 17 y 18 de noviembre de 2017 se celebró en el Aulario 1812 de Cádiz el III Congreso internacional “El tiempo de los derechos” organizado en el marco de las actividades de la Red temática del mismo nombre.

La Red “El tiempo de los derechos”, financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad dentro del programa de Redes de Excelencia, aglutina a 15 grupos de investigación especializados en la docencia e investigación en derechos humanos y da continuidad al proyecto desarrollado por muchos de estos grupos en el periodo 2008-2014 dentro del Programa Consolider-Ingenio 2010. Esta Red tiene como objetivo desarrollar un programa capaz de ampliar la frontera del conocimiento sobre los derechos humanos y promover su implementación y efectividad.

El III Congreso “El tiempo de los derechos”, al igual que los celebrados en ediciones anteriores, tuvo como objetivo estimular el debate entre los diversos grupos de la Red acerca de los desafíos a los que tienen hacer frente en la actualidad los derechos humanos y sumar al mismo a otros investigadores y agentes que desarrollan su trabajo en este campo. En concreto este Congreso se centró en cuatro grandes retos: *Crisis migratoria y refugiados; Libertad de Expresión; Internet y Derechos y Resiliencia y respuestas a la vulnerabilidad.*

En la inauguración del Congreso participaron Francisca Fuentes Rodríguez, Excma. Secretaría General de la Universidad de Cádiz; Miguel Revenga Sánchez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz y Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho y coordinador de la Red “El tiempo de los derechos”.

El evento, que contó además de con la financiación de la Red con el apoyo de la Universidad de Cádiz, se dividió en cuatro grandes Paneles temáticos relacionados con cada uno de los retos antes mencionados. Dichos Paneles se estructuraron en torno a una ponencia principal, dos intervenciones que comentaron y discutieron las principales ideas de esa ponencia y una relación de las comunicaciones. En total se presentaron en el Congreso más de

25 comunicaciones que se han publicado en los Papeles “El tiempo de los derechos” disponibles en <https://redtiempodelosderechos.com/publicaciones-2/papeles-el-tiempo-de-los-derechos/>.

En concreto, el programa del evento fue el siguiente:

Primer panel: Crisis migratoria y refugiados

Presidente de la Sesión: Ignacio Aymerich Ojea (Universitat Jaume I de Castellón)

Ponente: Javier de Lucas Martín (Universitat de València)

Comentaristas: Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto) y José Joaquín Fernández Alles (Universidad de Cádiz)

Relator de Comunicaciones: Alberto del Real (Universidad de Jaén)

Segundo panel: Libertad de Expresión

Presidente de la Sesión: David Bondía García (Institut de Drets Humans de Catalunya)

Ponente: Francisco Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid)

Comentaristas: Olga Sánchez Martínez (Universidad de Cantabria) y Miguel Revenga Sánchez (Universidad de Cádiz)

Relator de Comunicaciones: Mario Ruiz Sanz (Universitat Rovira i Virgili de Tarragona).

Tercer panel: Internet y Derechos

Presidenta de la Sesión: Ana Garriga Domínguez (Universidade de Vigo)

Ponente: Antonio E. Pérez Luño (Universidad de Sevilla)

Comentaristas: Cristina Pauner Chulvi (Universitat Jaume I de Castellón) y José María Martínez De Pisón Caverio (Universidad de La Rioja)

Relatora de Comunicaciones: Susana Álvarez González (Universidade de Vigo)

Cuarto panel “Resiliencia y respuestas a la vulnerabilidad”

Presidente de la sesión: Javier García Medina (Universidad de Valladolid)

Ponente: Cristina Churruca Muguruza (Universidad de Deusto)

Comentarista: Ruth Mestre i Mestre (Universitat de València) y Raúl Susín Beltrán (Universidad de La Rioja)

Relatora de Comunicaciones: María del Carmen Barranco Avilés (Universidad Carlos III de Madrid)

El III Congreso Internacional “El tiempo de los derechos” el que participaron en total más de 60 investigadores de diferentes Universidades, cumplió con su objetivo de promover la investigación de frontera en el campo de los derechos humanos y de fomentar la transferencia y difusión del conocimiento en esta materia.

Tras la clausura del Congreso se celebró una reunión de la Red “El tiempo de los derechos” en la que se expusieron los avances en las líneas de trabajo del equipo, entre ellos la inclusión de su Revista *The Age of Human Rights Journal* (<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/TAHRJ>) en diversos índices y catálogos, y se debatieron futuras actuaciones, entre ellas, el contenido y la sede del próximo Congreso.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

**Seminario “La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen”
Università di Napoli Federico II, 26-27 enero 2017**

Con ocasión de la reciente publicación del volumen de Luigi Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen* (Laterza, 2016), el Dipartimento di Giurisprudenza de la Università di Napoli Federico II, conjuntamente con el Doctorado en Filosofía del Derecho, ha organizado un seminario bajo el título “10 obiezioni a Kelsen – Discutendo con Luigi Ferrajoli”.

El libro de Ferrajoli, que sistematiza alguna de las contradicciones, –definidas por el autor como “aporías”– anteriormente puestas de manifiesto en trabajos anteriores (desde *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*), presentes en el pensamiento de Hans Kelsen, ha suscitado una amplia y articulada discusión entre los estudiosos presentes.

En la primera sesión, presidida por Angelo Abignente, han intervenido Francisco Javier Ansuátegui Roig, Francesco Riccobono y Francesco Romeo.

La primera ponencia, *Ferrajoli su Kelsen: aporie o confronto di paradigmi?*, de Francisco Javier Ansuátegui Roig, ha inaugurado las actividades proponiendo releer las aporías identificadas por Ferrajoli en el pensamiento de Kelsen como contradicciones entre dos diferentes sistemas de pensamiento. Las objeciones de Ferrajoli a Kelsen –la acusación de paleo-iuspositivismo, el haber propuesto una teoría simplificada de la validez, con la consiguiente incapacidad de teorizar la figura del derecho ilegítimo– parecen, para Ansuátegui, más que contradicciones internas al pensamiento de Kelsen, críticas de un formalista a otro formalista. El constitucionalismo garantista diseñado por Ferrajoli, en realidad, presenta una coherencia y sistematicidad interna, no menos que la teoría pura kelseniana, y, precisamente como la kelseniana, propone una concepción formalista del derecho: mientras que censura el desconocimiento de los derechos fundamentales por parte de Kelsen, para Ferrajoli tales derechos pueden tener cualquier contenido. Esto representa para Ansuátegui, sin embargo, uno de los puntos críticos de la teoría de Ferrajoli. Si el constitucionalismo, para Ferrajoli, vale como técnica garantista de limitación del poder, cualquiera que sea el objeto de regulación jurídica, parece difícil superar aquella misma incapacidad de reconocer un contenido sustancial del derecho, que Ferrajoli imputa a Kelsen. Tan es así que el cortocircuito entre forma y sustancia encuentra un punto de parcial resolución en la parte última del volumen de Ferrajoli, que dejaría entender,

en una superación del formalismo, que el garantismo no tiene un valor en sí, sino sobre todo en relación con el objeto de la garantía.

Francesco Riccobono, en la ponencia con el título *Norma e sanzione*, ha examinado la segunda aporía que Ferrajoli atribuye al pensamiento de Kelsen, aquella según la cual en ausencia de sanción no sería posible hablar de acto ilícito. De tal aporía, para Ferrajoli indicativa de una “concepción imperativista del derecho” (p. 28), derivaría la paradójica consecuencia, “anti-positivista”, de considerar aquellas normas, aunque válidamente creadas por órganos autorizados aunque desprovistos de sanción, meros *flatus vocis*, y por tanto inexistentes. Contra la acusación de imperativismo dirigida a Kelsen, Riccobono ha demostrado como desde los *Hautprobleme* de 1911 Kelsen habría evidenciado una orientación anti-imperativista, que culmina con la disolución de la idea sustancialista del derecho y del Estado hecha explícita en la *Reine Rechtslehre* de 1934.

La tercera ponencia de la jornada, *Senso e significato in Kelsen e nei suoi interpreti*, presentada por Francesco Romeo, ha intentado reflexionar sobre la noción kelseniana de *Sollen* que, asumida como categoría fundamental del derecho, constituye la premisa de la tesis de la no aplicabilidad de la lógica al derecho en Kelsen. Para Romeo, las antinomias identificadas por Ferrajoli –que constituyen, como reconoce el autor, «cuestión central» del libro (p. 144)– serían atribuidas, en realidad, a la distancia entre las ideas de normatividad y deber, tal y como son entendidas por Ferrajoli, y la auténtica noción kelseniana de *Sollen* (*deber ser*), de la que deriva el concepto de normatividad kelseniano. Estos tienen hunden sus raíces en la filosofía de Kant y se desarrollan sobretodo en el intenso debate neokantiano que atraviesa la cultura alemana a caballo de los dos últimos siglos, incluyendo también a Gottlob Frege y la negación de toda posibilidad de formalización lógica del lenguaje natural.

La segunda sesión, presidida por Fabio Ciamelli, ha acogido las ponencias de Otto Pfersmann, Vincenzo Omaggio y Carlo Nitsch.

Otto Pfersman, en la ponencia titulada *Kelsen, Ferrajoli, l'ombra di Merkl e la questione della struttura gerarchica del diritto: antinomia o antivisione?*, ha criticado la tesis según la cual de la concepción dinámica del ordenamiento derivaría una teoría de la interpretación entendida como actividad creadora y puramente volitiva. Invitando a reconocer el papel de la teoría de Merkl en la construcción gradual del ordenamiento en la Teoría pura, como también la incidencia del ordenamiento constitucional vigente en el momento de la

elaboración del sistema teórico kelseniano, Pfersmann ha criticado la lectura ius-realista del Kelsen, defendiendo la actualidad de la teoría de la interpretación kelseniana, en base a la cual la producción de una norma individual válida por arte de los jueces resultaría siempre vinculada por una norma atributiva del poder jurisdiccional.

La ponencia de Vincenzo Omaggio, *Interpretazione e principi fondamentali in Kelsen (e in Ferrajoli)*, se ha detenido en la transformación del papel de la actividad interpretativa a la luz del nuevo Estado constitucional. La aporía analizada por Omaggio es la que deriva de la tesis kelseniana de la inexistencia de derechos en ausencia de garantías, ausencia que impondría, para Ferrajoli, el deber del legislador de colmar la laguna, previendo específicos mecanismos de tutela. La incorporación de los derechos fundamentales en el interior de las Constituciones post-bélicas, de hecho, ha imprimido un significativo cambio de paradigma para la teoría del derecho, obligando a reconocer el papel de los principios en el interior de la actividad interpretativa de los jueces.

En la última ponencia, *Guerra e diritto: natura e limiti di un'aporia kelseniana*, Carlo Nitsch se ha centrado en las consecuencias de la “paradójica tesis anti-positivista” del Kelsen que, para Ferrajoli, a partir de la inexistencia del ilícito en ausencia de una sanción, impediría considerar ilícita la guerra de agresión. Si, no obstante, hasta 1945 era dudosa la existencia misma de una norma de derecho internacional que dispusiera una genérica prohibición del uso de las armas, lo cual supone reconocer el esfuerzo del jurista de Praga en la reformulación de la teoría del *bellum iustum* (la guerra como sanción legítima frente a una agresión armada), es curioso que Kelsen mantenga casi inalterada su tesis, también tras la formulación de la prohibición del uso de las armas contenida en la Carta de las Naciones Unidas. Los *Principles of International Law* y la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* confirmarían entonces las perplejidades avanzadas por Ferrajoli sobre la teoría de la guerra justa (que considera una “inútil incongruencia”).

Ambas sesiones concluyeron con las réplicas de Luigi Ferrajoli, seguidas por numerosas intervenciones por parte de los académicos presentes, que han reconocido –aún en la diversidad de las posiciones teóricas representadas– la contribución extremadamente significativa de la teoría de Ferrajoli al debate filosófico-jurídico contemporáneo.

ALESSIA FARANO

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

FRANCESCO RICCOBONO

Es profesor ordinario de Filosofía del Derecho en la Università di Napoli Federico II. Actualmente es vicepresidente de la SIFD –Società Italiana di Filosofia del Diritto–. Ha dedicado sus estudios a la teoría jurídica del siglo XX, de modo particular al pensamiento de Hans Kelsen, y a los temas vinculados a la interpretación jurídica, derechos humanos y Estado constitucional de Derecho. Entre sus obras: *Interpretazioni kelseniane* (Milano 1989); *Soggetto Persona Diritti* (Napoli 1999); *I diritti e lo Stato* (Torino 2004); *Antikelsenismo italiano* (2017).

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Profesor de los Cursos de Posgrado en Derecho y Sociedad de la UNILASALLE-RS, y de la Maestría en Derechos Humanos de la UNESC-SC. Igualmente Catedrático Jubilado de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Doctor en Derecho. Investigador nivel 1-A del CNPq y Consultor de la CAPES, en Brasil. Miembro de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica e integrante del GT “Pensamiento Jurídico Crítico” de la CLACSO (Buenos Aires/Ecuador). Profesor visitante de Cursos de Posgrado de varias universidades de Brasil y del exterior (Argentina, Perú, Colombia, Chile, Venezuela, Ecuador, Costa Rica, México y Italia). Docente visitante y investigador del Master/Doctorado en Derechos Humanos y Interculturalidad, Universidad Pablo de Olavide (España). Autor de diversos libros como: *Crítica Jurídica na América latina* (2013); *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una Nueva Cultura Del Derecho* (2006) (agotado); *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina. Aguascalientes* (2015); *Historia de las Ideas Jurídicas: de la Antigüedad Clásica a la Modernidad. Síntesis* (2008).

SAMUEL MÀNICA RADAELLI

Máster en Derecho por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Doctorando en Derecho en PPGD/UFSC. Profesor IFPR, abogado y conferencista. Miembro del grupo de Estudos em Direitos Sociais na América Latina- GEDIS y del NEPE/UFSC –Núcleo de Estudos y Práticas Emancipatorias.

JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Rioja. En 2009 fue investido como Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Piura (Perú). Secretario General de la Universidad de La Rioja 1994-96, Director del Departamento de Derecho 2001-2004 y Rector de la Universidad de La Rioja desde 2004-2012. Ha publicado 11 monografías y coordinado 6 libros, 34 artículos de revistas y 26 colaboraciones en obras colectivas. Entre otras, destacan las siguientes monografías *Constitución y libertad religiosa en España* (2000) y *Tolerancia*

y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales (2001). Los últimos años ha publicado José M^a Blanco White: *la palabra desde un destierro lúcido* (2009) y *Semblanza de Miguel Servet, reformador y defensor de la libertad de conciencia* (2012).

MICHELE SAPORITI

Se doctoró en 2013 en Ciencias Jurídicas (Filosofía del Derecho) en la Università Degli Studi de Milán-Biccoca, donde actualmente es investigador bajo la dirección científica de Patrizia Borsellino. Es investigador postdoctoral en el laboratorio Groupe Sociétés, Religions, Laïcités (CNRS-EPHE) de París y en la École Pratique des Hautes Études (París-Sorbona) bajo la dirección científica de Philippe Portier. En 2015 fue Junior Academic Visitor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y entre el 2011 y el 2012 fue doctorando invitado en el CNRS de París. En el año 2016 recibió dos reconocimientos por su actividad de joven estudiante; uno de ellos de la Sociedad Italiana de Filosofía del Derecho y gracias a su libro *La coscienza disubbidiente*, (2014) otro de la Università Degli Studi de Milán-Biccoca, en las oposiciones realizadas con el patrocinio de la Academia Nacional de Lincei. Su ámbito de investigación se centra en la relación entre derecho y moral (con especial atención al tema de la familia y de la objeción de conciencia) y en la Filosofía del derecho y de la política internacional (especialmente en la relación soberanía-religiones y en los derechos humanos).

JUAN JESÚS MORA MOLINA

Doctor en Derecho con Sobresaliente cum Laude por unanimidad por la Universidad de Huelva, es Profesor Titular de Universidad de Filosofía del Derecho y Política en la Universidad de Huelva, anteriormente en la Universidad "Pablo de Olavide", Sevilla, y posee el título de Máster en "Teorías Críticas de la Democracia", por la Universidad Internacional de Andalucía (UNIA). Tiene reconocido por el Ministerio un sexenio de investigación. Es autor, traductor y coautor de más de una docena de libros y más de una veintena de artículos científicos de fondo sobre Teoría General del Derecho, Filosofía Política, Sociología del Derecho, Bioética y Derechos Humanos, en editoriales y revistas de prestigio. Imparte clases y conferencias en programas de posgrado con mención de calidad. Ha sido coordinador académico de la Maestría "Derechos Humanos en el mundo contemporáneo" (UNIA). Está al frente, como codirector, de la publicación periódica "Revista Internacional de Pensamiento Político" (www.pensamientopolitico.org). Coordina colecciones de filosofía política y jurídica en editoriales especializadas. Forma parte del Laboratorio de Ideas y Prácticas Políticas (LIPPO), Centro oficial de investigación de la Universidad "Pablo de Olavide" de Sevilla y del Grupo I+D "Derechos Fundamentales: Teoría General (SEJ 277)", formando parte de proyectos I+D ganados en convocatorias competitivas.

IGNACIO CAMPOY CERVERA

Es Profesor Titular de Universidad del Área de Filosofía del Derecho, del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, de la Universidad Carlos III de Madrid y miembro del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de dicha Universidad. Entre sus temas de investigación destacan los relacionados con los derechos humanos y de forma especial los de los derechos de los niños, de las personas con discapacidad y de los niños con discapacidad.

ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia y Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Director de la Cátedra de Discapacidad y Empleabilidad TEMPE-APSA de la Universidad Miguel Hernández. Principales líneas de investigación: teoría general de los derechos fundamentales; calidad de la democracia; Derecho de la Discapacidad. Patrono de la Fundación Derecho y Discapacidad.

MARCO COSSUTA

Profesor de Filosofía del Derecho en la Università degli Studi di Trieste (Dipartimento di Studi umanistici), ha impartido docencia en las universidades de Padova y Udine. Director científico de la revista *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, autor de numerosos ensayos en el ámbito jurídico-político, ha dirigido investigaciones en temas de Teoría del Derecho soviético, de informática jurídica, de fuentes del Derecho y, por último, de interpretación jurídica. Recientemente, profundizando en la relación entre anarquismo y Derecho, cuyo análisis inició en 1987 con el estudio *Anarchismo e diritto. Le componenti giusnaturalistiche del pensiero anarchico*, ha publicado la monografía *Errico Malatesta. Note per un diritto anarchico* (2015).

JOAQUÍN GARRIDO MARTÍN

Estudia en el Colegio Alemán de Sevilla desde 1993 hasta culminar el Bachillerato en 2007. Cursa la licenciatura de Derecho en la Universidad Hispalense, que finaliza en 2012. Carrera que simultanea con estudios de Filosofía, obteniendo el título de Grado de Filosofía en la misma Universidad en 2015. Durante el año académico 2010/11 estudia en la Universidad de Colonia (Universität zu Köln), Alemania. Cursa estudios de master "Political, Legal and Economic Philosophy" en la Universidad de Berna (Universität Bern), Suiza, en el 2014. Comienza estudios de doctorado en la Universidad de Sevilla interesado en la figura de Georg Friedrich Puchta. Desde septiembre de 2014 imparte docencia en el Grado en Derecho en CEU San Pablo Andalucía. Habla inglés y alemán con fluidez.

IKER BARBERO

Profesor del Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho (UPV-EHU). Entre 2011 y 2014, investigador visitante Ikerbasque en el Centre for Citizenship, Identities and Governance de la Open University. Autor de diversas obras en materia de sociología jurídica, Derecho migratorio y de extranjería, entre las que destacan *Globalización, Estado y Ciudadanía: Un análisis socio-jurídico del Movimiento sinpapeles* (Tirant lo Blanch, 2012) o "When rights need to be (re)claimed: Austerity measures, neoliberal housing policies and anti-eviction activism in Spain" (Critical Social Policy, 2015). En 2014, fue galardonado con el premio "Adam Podgòrecki, por el Research Committee on Sociology of Law ISA-RC12. Actualmente es Investigador principal del proyecto IUSFUNDIE: Derechos fundamentales y formas actuales de detención, internamiento y expulsión de personas extranjeras en situación administrativa irregular (www.iusfundie.eu)

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (fco-javier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit., nota 5).

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit., nota 5).

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2018), dos números al año

☐ Abonaré la cantidad de 44,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos _____

Institución _____

Dirección _____

CP _____ DNI/CIF _____

Población / Provincia _____

Teléfono _____ Fax _____

e-mail _____

Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a info@dykinson.com para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 44,00 €

Número suelto 25,00 €

Suscripción on-line

2 números 40,00 €

Número suelto 22,00 €

Artículo suelto 6,00 €



ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación *por Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía *por Guichot Reina, Virginia*
- El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo *por González Ordovás, María José*
- Sobre discapacidad y derechos *por Asís Roig, Rafael de*
- El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho *por Díaz, Elías*
- Las víctimas del terrorismo en España *por Rodríguez Uribes, José Manuel*
- Democracia con motivos *por Jiménez Cano, Roberto M.*
- Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico *por Lloredo Alix, Luis M.*
- *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos* *por Saura Estepà, Jaume (coord.)*
- *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación* *por Iglesias Garzón, Alberto*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*
- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*
- El papel (est)ético de la literatura en la conmemoración del holocausto *por Fernández Gil, María Jesús*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*
- Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables *por Dorado Porras, Javier*
- VIH y accesibilidad en tiempos de crisis *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*

**CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com**

