

LA MAQUINARIA DEL DERECHO EN IBEROAMÉRICA
Constitución, derechos fundamentales y administración

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 772

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V.
Calle Cuauhtémoc No. 1405, col. Del Gas
C. P. 02950, Azcapotzalco, Ciudad de México
Tels.: (55) 5556-0590 / 5556-7020 / 5355-1108

floreseditor@prodigy.net.mx

floreseditor@hotmail.com

www.floreseditor.com.mx

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

LA MAQUINARIA DEL DERECHO EN IBEROAMÉRICA

*Constitución, derechos fundamentales
y administración*

J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ

Editor

Prólogo de Rafael de Asís Roig



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
EDITORIAL FLORES
MÉXICO, 2016

Primera edición: 29 de junio de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Copyright ©: 2016. Jacinto Héctor Pino Muñoz

Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V.

EDITORIAL FLORES

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico o por fotocopia, por registro u otros medios, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión o uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-610-412-5

CONTENIDO

Prólogo	XI
Rafael de ASÍS ROIG	
La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, derecho y poder.	1
Rafael de ASÍS ROIG	
Eutanasia: una reflexión moral	17
Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG	
Plurinacionalidad y derechos culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano	57
J. Alberto del REAL ALCALÁ	
Administración pública, realización y financiación de los derechos fundamentales	73
Julio Pinheiro FARO HOMEM DE SIQUEIRA	
Los contenidos materiales constitucionales y la concepción del orden jurídico como sistema normativo mixto	89
Patricia CUENCA GÓMEZ	
Legitimidad democrática y ética pública en la administración pública	107
Rafael AGUILERA PORTALES	
Seguridad jurídica e interpretación constitucional	135
Juan VEGA GÓMEZ	
El papel del juez en el Estado constitucional.	153
María del Carmen BARRANCO AVILÉS	

Igualdad, complejidad y diferencia. Tres modelos de articulación de la vida en común en el Estado democrático constitucional.	171
José Antonio LÓPEZ GARCÍA Ma. Dolores PÉREZ JARABA	
Los desafíos del derecho a la salud: justicia y condicionantes sociales de la salud	191
Carlos LEMA AÑÓN	
La integración de los inmigrantes a través del derecho	207
Ángeles SOLANES CORELLA	
La protección del interés general por parte de la administración y del derecho administrativo	229
María Isabel GARRIDO GÓMEZ	
El principio de proporcionalidad como instrumento para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales y como límites de la actuación administrativa.	245
Ramón RUIZ RUIZ Lourdes de la TORRE MARTÍNEZ	
Nuevos límites a los derechos constitucionales en la administración local: las ordenanzas de convivencia	263
Catalina RUIZ RICO-RUIZ	
La Conferencia de Presidentes en la encrucijada de la lealtad institucional.	277
Fernando REVIRIEGO PICÓN	
Constitución, garantías jurisdiccionales y derechos fundamentales. . .	297
Belén UREÑA CARAZO	
Justicia y equidad en el Estado constitucional a través de los derechos	317
Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ	
El Estado de derecho frente al delito de terrorismo internacional. . .	341
Agata SERRANÒ	

La configuración de la función judicial en el ordenamiento jurídico cubano.	359
Juan Ramón PÉREZ CARRILLO	
Reforma del aborto en España	377
Patricia LAURENZO COPELLO	
¿El concebido es sujeto de derechos humanos?	395
Juan Carlos CENTURIÓN PORTALES	
Hermann Heller y el valor de la Constitución.	407
Pablo E. SLAVIN	
El concepto de derecho y los derechos fundamentales	423
Luis Pablo SLAVIN	
La argumentación judicial electoral en México. El caso Yurécuaro . .	435
Luis Octavio VADO GRAJALES	

PRÓLOGO

Se me han pedido unas líneas que sirvan de introducción y de prólogo a esta obra. Pues bien, en lo que sigue trataré de dar cuenta cómo estamos en presencia de un volumen que aborda, desde diferentes perspectivas, algunos de los problemas más relevantes que nos ocupan a los estudiosos del derecho y de la política.

Sin lugar a dudas, una de las preocupaciones que unen a los filósofos del derecho y de la política con los constitucionalistas y administrativistas es la relación entre derechos humanos y Constitución. Seguramente todo ello es consecuencia de las implicaciones que tiene la relación, y que se proyectan tanto en la teoría del derecho cuanto en la teoría de los derechos, cuanto, finalmente, en cuestiones que tienen que ver con la democracia, con la separación de poderes o con el control de constitucionalidad. *La maquinaria del derecho en Iberoamérica: Constitución, derechos fundamentales y administración*, es un volumen editado por J. Alberto del Real Alcalá, dedicado al examen de estos problemas.

En el ámbito de la teoría del derecho, la existencia de una Constitución con derechos pone en tela de juicio la consideración del derecho como sistema dinámico que repercute sobre la determinación de los criterios de validez normativa. La lectura de los trabajos de Pablo Slavin y Patricia Cuenca, contenidos en este volumen, aporta luz sobre estas cuestiones. Pero además, esta reflexión sitúa en primer plano el estudio sobre la interpretación jurídica en general y la indagación sobre cómo es y cómo debe ser el desarrollo y la interpretación de las normas de derechos. Se trata de cuestiones que desde hace tiempo han sido debatidas por los estudiosos del derecho y que permanecen todavía abiertas. Y a estas cuestiones se dedican los trabajos de Juan Vega Gómez, el realizado conjuntamente por Ramón Ruiz Ruiz y Lourdes de la Torre Martínez, y los de Rogelio López Sánchez y Belén Ureña Carazo.

Por otro lado, a la teoría de los derechos humanos, como cuerpo doctrinal referido a los problemas de concepto, fundamento e historia de los derechos, ante la adquisición de valor normativo de las normas de derechos tanto en el plano estatal como en el del derecho internacional, se le

presentan una serie de retos, entre los cuales destacan aquellos que tienen que ver con el propio significado de los derechos (véase el trabajo de Luis Slavin contenido en este volumen), con la aparición de nuevas demandas susceptibles de integrar en el catálogo de los derechos o con los conflictos entre los derechos ya reconocidos. Estas últimas cuestiones sirven de nexo a los trabajos de Francisco Javier Ansuátegui, Patricia Laurenzo Copello, Juan Carlos Centurión Portales, Carlos Lema Añón, Ángeles Solanes, Luis Octavio Vado Grajales, Alberto del Real y el mío propio.

Además, la relación entre derechos humanos y Constitución afecta claramente al sentido y la justificación de la democracia y del propio Estado de derecho. Los derechos se presentan como elementos constitutivos e identificadores de la democracia y del Estado de derecho, pero también como instancias limitadoras de los mismos. Al respecto, cabe citar los trabajos de José Antonio López García y María Dolores Pérez Jaraba y Ágata Serrano.

Esta reflexión condiciona sin duda la manera en la que debe ser configurado en la actualidad el principio de la separación de poderes y, de manera particular, la forma de resolver las posibles tensiones entre los parlamentos y los órganos de garantía de la Constitución (tradicionalmente insertados en el marco del Poder Judicial), a lo que se dedica el trabajo de Fernando Reviriego. E igualmente condiciona el papel del Poder Ejecutivo y de la administración en la satisfacción de los derechos.

Y en este libro se encuentran importantes reflexiones sobre estas tres cuestiones. Así, en relación con la separación de poderes, cabe citar el escrito de Juan Ramón Carrillo. Por su parte, el trabajo de María del Carmen Barranco plantea la tensión entre Parlamento y juez constitucional; mientras que los artículos de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, Rafael Aguilera Portales, Catalina Ruiz-Rico e Isabel Garrido Gómez se refieren al papel de la administración pública.

En este sentido, estamos en presencia de un volumen en el que se tratan problemas que están hoy en la agenda de los estudiosos de los derechos. Y ello se hace de una manera plural, desde posiciones en algunos casos enfrentadas, y en el marco de un espacio de reflexión, el iberoamericano, que en los últimos años se ha constituido en un referente en el tratamiento de estas cuestiones.

Rafael de ASÍS ROIG*

* Catedrático de filosofía del derecho en la Universidad Carlos III de Madrid

LA INCURSIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS: POSIBILIDADES, EDUCACIÓN, DERECHO Y PODER

Rafael de ASÍS ROIG*

SUMARIO: I. *Algunas reflexiones previas.* II. *Dignidad, capacidad y posibilidad.* III. *Educación, derecho y poder.*

I. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS

En primer lugar, permítaseme llevar a cabo algunas reflexiones introductorias a lo que será el objeto principal de mi intervención, y que no es otro que el problema de la incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos.

La cuestión de la discapacidad es una de las típicas cuestiones que poseen una fuerte carga emotiva. Sin lugar a dudas, la justificación de una serie de acciones destinadas a paliar o suprimir las dificultades con las que se encuentra un colectivo como el de los discapacitados en el ámbito social se presenta como algo evidente. Y ello es así a pesar de tratarse de un colectivo difícil de identificar, formado por sujetos que pertenecen a él en virtud de rasgos diferentes.

Ciertamente, es difícil encontrarnos con planteamientos que nieguen la necesidad de esta serie de medidas. Sin embargo, cuando se pasa a analizar el alcance de estas medidas, su proyección en otras situaciones y personas, o, incluso, cuando se trata de justificarlas de una manera concluyente, la cuestión adquiere una mayor complejidad. En este sentido, más allá de esa primera impresión, es importante abordar la cuestión de la discapacidad de una manera integral en el ámbito de un discurso racional.

Y en esta línea, me parece importante tomar como referentes del discurso racional a los derechos humanos. Tal vez alguien se pregunte por qué

* Catedrático de filosofía del derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

acudir a los derechos humanos; esto es, por qué tomo como referencia a estos instrumentos para abordar la cuestión de la discapacidad. Pues bien, a este respecto, diré que considero que se trata de una serie de instrumentos que reflejan una determinada concepción de la moralidad pública, y que, en este sentido, constituyen un criterio de legitimación y de justificación. Por otro lado, conviene ser conscientes de que las actuales regulaciones jurídicas que se proyectan sobre esta cuestión toman como referencia a los derechos humanos.

En todo caso, y a pesar de ello, creo que hay una cierta distancia o, si se quiere, una escasa comunicación entre la teoría de los derechos y la normativa sobre los derechos de los discapacitados. Dicho de otra forma, por un lado, la teoría de los derechos (sobre todo la que trata cuestiones de fundamentación) no ha tratado suficientemente la cuestión de la discapacidad, y por otro, la regulación jurídica de dicha cuestión (incluso también el tratamiento social) se ha elaborado a espaldas de la teoría de los derechos. Pues bien, considero necesario acercar ambos ámbitos, comunicar, como en otras tantas cuestiones, la teoría con la práctica.

En la actualidad no sería exagerado afirmar que vivimos en el ámbito de las políticas públicas, un momento de exaltación de la idea de no discriminación con diferentes proyecciones, una de las cuales tiene que ver con el colectivo de discapacitados. En ese contexto, se afirma la necesidad de llevar a cabo una serie de medidas al hilo de los dos grandes tipos de igualdad jurídica (la diferenciación negativa y la diferenciación positiva).

La cuestión de la no discriminación es un asunto antiguo y muy tratado. Su proyección en el ámbito de determinados colectivos se enmarca dentro del llamado proceso de especificación de los derechos. Como es sabido, los análisis de los distintos procesos históricos de los derechos suelen coincidir en subrayar la existencia de cuatro grandes procesos: el de positivación, el de generalización, el de internacionalización y el de especificación.¹ Este último se caracteriza por la aparición de derechos que se predicen como propios de determinados colectivos o de sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias. Sin lugar a dudas, lo que hay detrás de este proceso es una determinada concepción del principio de igualdad.

Siguiendo la terminología tradicional, es posible diferenciar tres grandes sentidos de la igualdad: generalidad, diferenciación negativa y diferenciación positiva.²

¹ Véase, en general, Peces-Barba, G. *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

² Sobre los diferentes sentidos del principio de igualdad, véase Pérez-Luño, A. E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 140 y ss.

La igualdad como generalidad es la igualdad ante el derecho, que no tiene en cuenta circunstancias de los sujetos. Se trata de una consideración de la igualdad que está presente en la fase de positivación de los derechos dentro de los dos grandes modelos (norteamericano y francés), y que se constituye en una constante de las Constituciones y declaraciones liberales. Su finalidad originaria era la de romper las desigualdades y los privilegios de algunos, y por tanto la de ampliar el campo de los iguales (aunque esto se haga compatible en ese momento con tratos desiguales; por ejemplo, con la existencia de la esclavitud). Esta igualdad se relaciona con los requisitos de generalidad y abstracción de las normas. Supone un idéntico estatus jurídico en la aplicación y legislación. Así, en relación con los derechos, implica que todos son iguales en su titularidad y ejercicio.

Puede afirmarse que esta dimensión de la igualdad se constituye en presupuesto de todo derecho. Se trata de una idea que tiene su origen en la formación del derecho moderno, y acompaña desde ese momento a su concepto. Se constituye así en un requisito de moral interna o, si se prefiere, en uno de los contenidos de la seguridad jurídica. Está presente, por otro lado, en la idea de sujeto moral, aunque lógicamente se ve condicionada también por otros caracteres del derecho (como es, por ejemplo, la idea de soberanía estatal, que se traduce, en lo que a los derechos se refiere, en la exaltación de la idea de ciudadanía, y con ella en la distinción entre nacionales y extranjeros en lo referido a la titularidad y ejercicio de los derechos).

Desde este presupuesto, el derecho y sus normas tendrán como finalidad establecer diferencias. El principio de igualdad en el derecho trataría así de establecer cuándo está justificado crear diferencias normativas y cuándo no, que es precisamente lo que vienen a expresar los otros dos tipos de igualdad.

La igualdad como diferenciación negativa supone un trato igual de circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de las normas. Es lo que podríamos denominar como el trato igual de situaciones no idénticas, o también la igualdad como no discriminación. En relación con los derechos, implica la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías. En todo caso, esta proyección no se entiende sin la siguiente. La igualdad como diferenciación positiva supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideran relevantes. Se trata de medidas que de alguna manera se relacionan con un determinado tipo de organización jurídico-política como es el Estado social de derecho, y se presentan al hilo de dos de las principales

funciones que en ese ámbito corresponden al derecho; esto es, la función promocional y la función redistributiva.

Un aspecto problemático de la igualdad como diferenciación negativa es el de la llamada discriminación indirecta, que se produce cuando tratos formalmente neutrales inciden negativamente sobre un grupo o una clase de sujetos. Por su parte, lo problemático de la igualdad como diferenciación positiva radica en que se presenta como discriminación directa.

Cuando nos planteamos la cuestión de la discapacidad en estos ámbitos, la justificación de medidas de equiparación y de diferenciación se muestra como no problemática. Con ello no quiero decir que se trate de una cuestión no problemática. Lo que quiero afirmar es que los principios que inspiran en este momento a las normas jurídicas (o a las políticas públicas) en materia de discapacidad son, sobre el papel, totalmente compatibles con un discurso igualitario sobre los derechos. Y digo en este momento, porque aunque tal vez esto sea un tópico, no hay que olvidar cómo esta cuestión ha sido hasta época muy reciente una cuestión poco tratada (el sujeto discapacitado era un sujeto invisible) o tratada de una manera directamente enfrentada al discurso de los derechos (para comprobarlo basta con examinar la consideración del discapacitado en la historia).

Así, si observamos los principios que inspiran el proyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (actualmente en el Parlamento), es posible observar esta compatibilidad sobre el papel. En efecto, en el artículo 2o. de ese Proyecto de Ley se afirma que todo el articulado se inspira en los principios de vida independiente y diálogo civil (entendidos como el reconocimiento de la autonomía privada y pública de los discapacitados), normalización, accesibilidad universal y diseño para todos (entendidos como la exigencia de favorecer el desarrollo de una vida normal por parte de los discapacitados), y transversalidad (entendido como la exigencia de tener en cuenta la cuestión de la discapacidad en toda política normativa). Se trata, como ya he señalado, de principios, sobre el papel, compatibles y coherentes con el discurso de los derechos.

En todo caso, me parece importante subrayar que en muchos casos esas medidas normativas no son sino parches, enormemente útiles en el sentido de que solucionan problemas reales y actuales, pero que dejan sin resolver cuestiones de fondo, que afectan incluso a la propia forma de entender y considerar a los seres humanos. Es decir, a pesar de que las medidas de diferenciación negativa o de diferenciación positiva en relación con el colectivo de los discapacitados pueden encontrar un acomodo no problemático en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, es necesario ir más allá y

abordar la cuestión de la discapacidad de una manera integral; es necesario analizar esta cuestión en un ámbito que supere el de las medidas concretas y casuísticas; en definitiva, es necesario estudiar la discapacidad dentro del discurso de los derechos humanos, partiendo de su principal referente, que no es otro que la idea de dignidad humana.

Sólo dos aclaraciones introductorias más. La primera, a pesar de su obviedad, creo que es importante. En esta problemática, como en cualquier otra que tiene que ver con los derechos humanos, la posición conceptual de quien les habla es fundamental. Al respecto, sólo diré que, desde ese punto de vista, cuando hablamos de los derechos humanos es necesario llevar a cabo una serie de reflexiones de índole moral, jurídica y política, o, dicho de otra manera, todo análisis de los derechos que pretenda ser integral exige considerar que estamos ante figuras que poseen unos componentes éticos, jurídicos y políticos.³ En este sentido, los análisis que se llevan a cabo desde un punto de vista exclusivamente jurídico, o ético o político, son (a pesar, en ciertos casos, de su utilidad) parciales. La segunda, tiene que ver con cierto malentendido existente cuando se abordan cuestiones de este tipo, y que consiste en afirmar que los principales actores del discurso tienen que ser precisamente los sujetos discapacitados. Pues bien, sobre ello, sólo diré que, independientemente de que todo análisis de la cuestión de la discapacidad exige tener en cuenta a los sujetos discapacitados, no son sólo éstos los que deben intervenir. Al igual que las cuestiones de la igualdad de la mujer o de la igualdad de los inmigrantes, no son cuestiones que afectan sólo a estos colectivos; la cuestión de la discapacidad afecta tanto a los discapacitados como a los que podríamos denominar como “capacitados”. Evidentemente, esto es así si tenemos en cuenta cómo afectan estas situaciones a las personas del entorno de las personas discapacitadas. En todo caso, esta consideración va más allá. La situación de estas personas nos afecta a todos y, por tanto, nos interesa a todos y no sólo a este colectivo, a sus familiares o a sus representantes. No es una cuestión que pertenezca, por ejemplo, a las organizaciones representativas de este colectivo. Por cierto, y aunque no me detendré en ello, es importante también que estas organizaciones se abran a la sociedad, estén en contacto con el pensamiento social, y lleven a cabo planteamientos integrales.

Ciertamente, lo anterior tiene que ver con uno de los significados del principio de transversalidad al que antes aludí, pero tiene que servir también para atemperar un uso incorrecto de llamado principio de “diálogo civil”, que aparece también como inspirador de la política en materia de

³ También véase Peces-Barba, G., *Curso de derechos...*, cit.

discapacidad, y que no creo que deba ser situado en el mismo plano que el resto de los principios. Según establece el proyecto de Ley antes aludido, se trata de un principio “en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad”. Pues bien, considero por un lado que este principio debe estar supeditado al principio de vida independiente (esto es, al reconocimiento del valor de la autonomía privada y pública del discapacitado, lo que implica que por encima de las organizaciones y de las familias está el individuo); y por otro, que no puede ser interpretado en el sentido de que la cuestión de la discapacidad deba estar abierta sólo a los colectivos de los discapacitados.

Por último, y abundando en todo lo anterior, la cuestión de la discapacidad, cuando se aborda desde un punto de vista teórico (necesario siempre para la justificación y determinación de la práctica), debe ser coherente con un discurso integral sobre la no discriminación. Esto es, es importante abordar esta cuestión de manera compatible con la proyección de la no discriminación en otras cuestiones que, aun siendo diferentes, son también importantes. Así, por ejemplo, considero desafortunado mantener un planteamiento no discriminatorio en relación con las personas con discapacidad, pero discriminatorio en cuestiones de sexo, de raza o de religión. No me parece acertado, por ejemplo, proteger a la persona discapacitada de una determinada nación y no a la que lo es de otra, o justificar la protección a la persona discapacitada aludiendo a la dificultad que ésta puede tener para satisfacer un derecho y no hacerlo en relación con otra persona no discapacitada (mujer, inmigrante, mayor, niño, etcétera).

II. DIGNIDAD, CAPACIDAD Y POSIBILIDAD

Entrando ya en el contenido de mi intervención, que como ya adelanté tiene que ver con la necesaria incursión de la cuestión de la discapacidad en el discurso de los derechos, y más concretamente en el discurso sobre la dignidad humana, quiero partir señalando que esta problemática se presenta por un lado como una cuestión previa al propio discurso y, por otro, como determinante de éste. De ahí la importancia de tratar esta materia.

Es cierto que, en muchos casos, los teóricos nos encontramos con problemas a la hora de abordar determinadas cuestiones que, sin embargo, parecen estar asumidas desde un punto de vista social. Un ejemplo de este

tipo de cuestiones es la del fundamento de los derechos humanos. Aunque los derechos humanos son instrumentos, normalmente aceptados desde un punto de vista social (lo que no quiere decir que no planteen problemas también en ese ámbito), su fundamentación racional es problemática.⁴ De sobra es conocida la afirmación de Bobbio en el sentido de que lo importante en relación con los derechos es la cuestión de su garantía y no la de su fundamento.⁵ Algo así podría afirmarse cuando de lo que se trata es de los derechos de las personas discapacitadas o de las medidas de igualdad dirigidas a este colectivo. Lo importante es su garantía y su eficacia.

Sin embargo, tanto por razones de honestidad intelectual cuanto por el convencimiento de que este tipo de análisis deben hacerse para resolver el problema de fondo, cuanto, por último, por el interés que para mí tiene la coherencia de la teoría de los derechos (y más en concreto de una teoría de los derechos universalista abierta a la diferencia), considero que es una obligación abordar este tipo de cuestiones.

De la afirmación anterior se deduce con claridad que no estoy de acuerdo con quienes consideran que las teorías de los derechos que poseen un perfil universalista no son aptas para abordar este tipo de cuestiones, y que se hace necesario llevar a cabo discursos particularistas o exaltadores de la diferencia. Considero que el discurso universalista está de por sí abierto a la cuestión de la diferencia, y es el marco adecuado para el estudio de la cuestión de la discapacidad.

Tradicionalmente consideramos a los derechos humanos como instrumentos, básicamente de índole social, que favorecen el logro de determinados planes de vida. Los derechos humanos tienen su fundamento en la dignidad humana y en el desarrollo de una vida humana conforme a ella; esto es, de una vida humana digna. Por cierto, y aunque más adelante volveré sobre ello, no está de más apuntar ya desde aquí que no es lo mismo dignidad humana que vida humana digna. Los derechos parten de la idea de dignidad y se presentan como instrumentos para el logro de una vida humana digna.

En todo caso, la teoría de los derechos humanos esta cimentada sobre un modelo de individuo caracterizado, principalmente, por su “capacidad” para razonar, por su “capacidad” para sentir y por su “capacidad” para comunicarse.⁶ Es ese modelo el que constituye el prototipo del agente moral;

⁴ Rodríguez Toubes, J., *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 101 y ss.

⁵ Bobbio, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

⁶ Peces-Barba, G., “La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 26, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 63 y ss.

esto es, el prototipo del sujeto capacitado para participar en la discusión moral. La proyección de ese modelo en el contexto moral implica orientar esas capacidades hacia la cuestión moral, que no es otra que el logro de la felicidad o, si se prefiere, el logro de un plan de vida. Es a esto a lo que solemos denominar como “capacidad” moral, siendo también un rasgo identificador de los individuos, como agentes morales.

Esos atributos se presentan como argumentos que avalan la posibilidad de hablar de la dignidad humana, y desde ellos se justifica la existencia de derechos cuya principal función es la de proteger el desarrollo de esa dignidad. Los derechos se presentan así como mecanismos que protegen el desenvolvimiento de la dignidad, principalmente limitando, restringiendo o eliminando las barreras que ésta se puede encontrar. Se logra una vida humana digna cuando el ejercicio de esas capacidades orientado hacia el logro de un plan de vida se lleva a cabo de una forma satisfactoria para el agente en cuestión.

Vistas así las cosas, podríamos pensar que la inclusión en este discurso de una idea de individuo discapacitado no tendría sentido, o como mucho lo tendría como objeto de la discusión, pero no como sujeto. En el mundo moral participarían individuos dignos; esto es, capaces de razonar, sentir y comunicarse, que orientarían estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida. Aquellos que no tuvieran esas capacidades podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución.

La conclusión anterior, aunque puede presentarse como coherente con la forma clásica de entender la idea de dignidad humana, debe ser matizada. Es cierto que el discurso de los derechos y el mismo discurso sobre la dignidad humana parten de ese modelo como modelo estándar; sin embargo, ese modelo no agota (no debe agotar) la idea de individuo ni la del agente moral, dado que esos tres rasgos son graduales, relativos y abstractos. Es necesario, por tanto, replantearse ese concepto de dignidad humana; introducir en este discurso, al menos, tres tipos de reflexiones que aquí sólo apuntaré, y que denominaré como la reflexión sobre la diferencia en las capacidades, la reflexión sobre la potencialidad de las capacidades, y la reflexión sobre la dignidad en las posibilidades.

La reflexión sobre la diferencia en las capacidades exige ser consciente de la existencia de una desigualdad de hecho entre los sujetos morales, en lo referente tanto a la calidad como al ejercicio de esas capacidades. Aunque se entiende que todos los individuos considerados como sujetos morales las tienen, se asume que no todos cuentan con el mismo talento. Y esta dife-

rencia en el talento tiene que ser relevante en la discusión moral, si bien esa relevancia debe hacerse siempre bajo una serie de exigencias, entre las que destacan:

- a) La importancia que en la discusión moral tiene (debe tener) la idea de individuo previa al examen de su papel en la sociedad. Este examen es, sin duda, relevante, pero no tiene que condicionar el discurso (no puede hacerlo en un primer momento). Dicho en otros términos, existen una serie de criterios definitorios de la idea de dignidad y del valor de los individuos que están por encima del papel que se le asigne o cumplan éstos en la sociedad.
- b) La importancia del análisis del origen de la diferencia en el talento, en el sentido de examinar por qué se produce y si es una consecuencia natural o construida. Respecto al tema que nos ocupa, es importante ser conscientes de que el sujeto capaz y con talento puede serlo porque ha tenido acceso a cosas que el sujeto discapaz o que el sujeto sin talento no ha podido acceder.
- c) La importancia de cuestionarse una relación, a veces presente, entre talento y dignidad; esto es, la idea de que a mayor talento (o, si se prefiere, a mayor capacidad de razonar, sentir y comunicarse) mayor dignidad. Creo que es posible afirmar que una mayor capacidad trae consigo una vida más digna, pero una vida más digna no implica una mayor dignidad. La dignidad será la misma y, en todo caso, si ésta se valora positivamente, lo que habrá que hacer es potenciar la posibilidad de adquirir y perfeccionar esos rasgos. Como ya fue señalado antes, es posible hablar de una vida humana digna cuando el ejercicio de las capacidades que definen la idea de dignidad humana se lleva a cabo de manera satisfactoria para el sujeto en cuestión. Y esto implica que, aunque el logro de una vida humana digna sea algo eminentemente subjetivo e individual, existen una serie de condicionantes objetivos, representados precisamente por el respeto y el valor de las capacidades (independientemente de su calidad) que definen la idea de dignidad humana, sin los cuales ésta no podrá alcanzarse.
- d) La importancia de tomar conciencia de que los talentos se proyectan en capacidades concretas, pero es difícil que tengan una proyección en todas y cada una de las capacidades. Dicho de otra manera, es posible encontrarnos con sujetos que tienen más desarrolladas unas capacidades que otras, y es posible afirmar que ese desarrollo debe tener consecuencias sociales. No obstante, es difícil mantener que unas capacidades valgan más que otras en un contexto general. A pesar de ello, y

aunque soy consciente de que esto debería justificarse, considero que son más relevantes en último término la capacidad de razonar y de sentir, en unión con la capacidad moral.

- e) La importancia de conectar entre sí las diferentes capacidades y, por tanto, también los diferentes talentos, exigencia ésta que obliga a ponerlos en relación con la capacidad moral. En este sentido, la diferencia en las capacidades de razonar, sentir o comunicarse no debe repercutir en la capacidad moral (esto es, en la capacidad para alcanzar un plan de vida). Y si lo hacen, esto debe servir para justificar medidas que intenten paliar esta repercusión y lograr el ejercicio y desarrollo de la capacidad moral, y no para entorpecerlo.

Por su parte, la reflexión sobre la potencialidad de las capacidades, muy conectada a lo anterior, nos lleva, por un lado, a la necesidad de tener en cuenta la existencia de individuos que pueden tener disminuidas sus capacidades para razonar, sentir y comunicarse de un modo temporal o transitorio, y, por otro, a la necesidad de valorar la capacidad moral al hilo de las otras capacidades y dentro de sus límites. Citaré un ejemplo, tal vez problemático, y que seguramente no sirva como modelo general de lo que estoy hablando, pero que sí nos puede proporcionar una cierta idea. Se trata de los menores. Tradicionalmente se considera —cuestión muy discutible— que los menores tienen disminuida (no desarrollada) su capacidad para razonar. Si utilizara el modelo de individuo del que antes hablé sin matices, nos veríamos obligados a afirmar que el menor no tiene dignidad o que la tiene disminuida. Sin embargo, pensamos en el menor como un ser digno en el sentido de que, en condiciones normales, alcanzará un grado de capacidad estándar. De este modo, consideramos justificado emplear medios para lograr ese desarrollo. Pero igualmente, en los últimos años se ha ido de alguna manera disminuyendo esa apreciación del menor como sujeto incapaz, concediendo importancia a sus opiniones y a sus intereses; en definitiva, valorándolo como un sujeto autónomo (al menos relativamente).⁷ El menor, aun considerándolo como un sujeto con su capacidad disminuida, posee capacidad moral, en el sentido de que orienta su existencia hacia el logro de planes de vida. Creo que estas consideraciones son trasladables a otros sujetos que se encuentran en situaciones de discapacidad. El llamado principio de vida independiente subraya esta consideración.

La reflexión sobre la dignidad en las posibilidades exige abrir el discurso sobre la dignidad a la cuestión de la posibilidad. La capacidad está

⁷ Véase al respecto la interesante tesis de Ignacio Campoy, que espero pronto pueda ser publicada, *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Madrid, 2002.

irremediamente conectada a la posibilidad, pero no debe ser confundida con ella. Dicho de otra manera, una cosa es tener capacidad para razonar, para sentir y para comunicarse y otra, bien distinta, es tener la posibilidad de razonar, sentir y comunicarse. La apertura del discurso a la cuestión de la posibilidad, que es también relativa, gradual y abstracta, trae consigo al menos dos consecuencias.

- a) La primera de ellas es una consecuencia presente siempre en el discurso de los derechos, y se manifiesta a través de la idea de los derechos como límites al poder. Es sabido que los derechos han sido considerados tradicionalmente como límites al poder político. Hace tiempo, en un pequeño libro, señalaba cómo esa idea debía matizarse en varios sentidos.⁸ Me interesa aquí resaltar dos. La primera matización tiene que ver con la constatación de que en muchos casos la transgresión de los derechos o las barreras para su disfrute no provienen del poder político, sino más bien de la sociedad o de los particulares; la segunda, con la constatación de que en muchos casos la historia de los derechos ha consistido en una lucha no contra el poder político, sino contra otros tipos de poderes y fuerzas, entre las que están lo que podríamos denominar como fuerzas de la naturaleza (la escasez puede servir de ejemplo). Pues bien, me parece que ambas matizaciones adquieren un sentido importante en el ámbito de la discapacidad. Es importante luchar contra aquello que provoca la imposibilidad, ya sea algo “natural” o algo que hemos construido. En muchos casos, la incapacidad (revestida como imposibilidad) es fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico, sino también intelectual.
- b) La segunda es una consecuencia menos explorada, e implica que la manifestación de esas capacidades puede hacerse por medios distintos. No existe una única forma de razonar, aunque esto tal vez será discutible, pero lo que parece claro es que no existe una única forma de sentir (al menos existirán tantas como sentidos), y mucho menos una única forma de comunicarse, como tampoco existe un único plan de vida moral.

El discurso justificatorio de los derechos debe ser consciente de que poder caminar, oír, ver o comunicarse correctamente son auténticas ven-

⁸ Asís, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2000.

tajas. En este sentido, de lo que se trata es de favorecer al máximo esto y de justificar acciones destinadas a disminuir la desventaja de los que no lo hacen correctamente. Pero también es necesario incluso plantearnos el propio significado de lo correcto, siendo conscientes de que lo importante no es la forma, sino la propia acción, que lo importante es el uso de las posibilidades (y no tanto de las capacidades) hacia el logro de los diferentes planes de vida.

Desde estas matizaciones, los agentes relevantes en la discusión moral, en el ámbito del discurso de los derechos, deben ser los capaces, pero incluyendo en esta categoría a los que tienen algún tipo de problema para desarrollar su racionalidad, su sentimiento y su comunicación, y, por lo tanto a los que cuentan con dificultades para el desarrollo de su capacidad moral. O, dicho de otra manera, el sujeto moral es aquel que de alguna manera cuenta con la posibilidad potencial de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida. Así, el marco de la discusión moral está presidido por el valor que se concede a dichas capacidades y posibilidades en la búsqueda de un plan de vida (en el desarrollo de la capacidad moral).

Y este marco formal, que como ya señalé posee unas fuertes dimensiones de subjetividad, posee no obstante una serie de exigencias de índole objetiva y material, como son la obligación de respetar esas capacidades y posibilidades y la obligación de favorecer su mantenimiento (obligación ésta que puede presentarse como la exigencia de satisfacer las necesidades básicas de los agentes morales). La idea de dignidad humana, expresada de esta manera, trae consigo estas exigencias, que tienen que presidir el discurso de los derechos, y que lo hacen inteligible. Es este el punto de conexión entre dignidad humana y vida humana digna. Esta última se alcanza cuando se respetan las capacidades definitorias de las ideas de dignidad y su ejercicio; cuando se alcanza una satisfacción razonable de un plan de vida.

III. EDUCACIÓN, DERECHO Y PODER

Con ello paso al último punto de mi intervención, y que lleva por título “Educación, derecho y poder”.

La reflexión efectuada antes, si tiene alguna utilidad es para presentar algunos de los referentes imprescindibles del discurso de los derechos cuando éste se proyecta sobre la cuestión de la discapacidad. Sin duda, estos referentes y algunas de sus consecuencias exigen ciertos cambios en las sociedades contemporáneas. Las formas de lograr esos cambios pueden ser

variadas, pero tal vez el principal camino venga de la mano de la educación y del derecho. Ciertamente, no puedo extenderme mucho en ello.

Respecto al papel de la educación, y dejando a un lado una cuestión esencial, como es la de la necesidad de promover el acceso a la educación de las personas con discapacidad (aspecto normalmente presente en estas discusiones), sólo señalaré que la educación, en su proyección sobre la discapacidad, debe tener dos grandes sentidos. El primero de ellos debe ir en la línea de favorecer la interiorización de esa idea de dignidad y de vida humana digna de la que hablé, y que en definitiva implica considerar al discapaz como sujeto moral. Y este sentido se proyecta tanto en la persona con discapacidad (algo que considero enormemente relevante y que, a veces, no es tenido en cuenta) cuanto en las personas que no pertenecen a este colectivo. El segundo debe ir en la línea de mostrar la relevancia y el valor de los sujetos que por alguna circunstancia puedan quedar fuera de esa idea básica de sujeto moral. Uno de los objetivos de la educación deber ser el de concienciar sobre la relevancia de estos sujetos, hacer sentir su importancia; en definitiva, que sean objeto de interés para el sujeto moral. En todo caso, el camino de la educación es siempre un camino lento. Por eso, adquiere enorme sentido el camino del derecho.

Como señalé al comienzo, el análisis de la discapacidad en el derecho debe ser abordado al hilo del examen del papel de la igualdad y, más concretamente, de la diferenciación negativa y positiva.

Aunque normalmente se tiende a justificar sólo la diferencia y no el trato uniforme, seguramente por la presencia de la idea de igualdad formal en el propio concepto de derecho, tanto la diferenciación negativa cuanto la positiva presuponen un juicio de relevancia y de razonabilidad, y esto es precisamente lo esencial en su justificación. En efecto, el juicio de relevancia y razonabilidad no es otra cosa que el intento de presentar razones que permitan apoyar medida una u otra (lo que de nuevo nos advierte sobre la importancia del examen de la idea de dignidad y de los discursos de fundamentación y justificación de los derechos).

He venido haciendo referencia a una serie de presupuestos que deben estar presentes en el discurso de los derechos. Desde ellos, y siendo conscientes de que el problema de la igualdad debe ser resuelto principalmente desde el examen del caso en cuestión, es posible, no obstante, establecer un marco genérico en el que desenvolver las exigencias de razonabilidad y relevancia. Se trata en definitiva de apuntar ciertos rasgos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de operar con la idea de razonabilidad en lo referente a medidas de igualdad.

Desde esa perspectiva, el juicio de la relevancia y razonabilidad en el ámbito de los derechos está presidido, en primer lugar, por la exigencia de atención al problema de la capacidad moral y de las necesidades básicas, o, dicho de otra forma, el principal criterio de relevancia es el del respeto a la capacidad moral y la satisfacción de necesidades básicas. Se trata de un presupuesto de la discusión moral, y por lo tanto de un requisito previo de toda medida de igualdad. No es posible referirse al discurso sobre los derechos si no tenemos en cuenta la exigencia de considerar a los seres humanos como dotados de dignidad y si no presumimos la justificación de aquellas medidas que tienen como misión hacer posible el ejercicio de las capacidades y posibilidades a ella conectadas.

Pero además, existe otro criterio-guía que se deduce del igual valor que se concede a la capacidad moral. En virtud de ello, el juicio de relevancia y de razonabilidad está limitado por la necesidad de contemplar y en su caso situar, en el presupuesto de toda discusión moral, a los sujetos morales en igual situación de poder para la determinación de aquello que puede ser considerado como correcto. Es decir, el marco de justificación de los derechos exige entenderlos como el resultado de la puesta en común de diferentes demandas vinculadas al logro de planes de vida. Y, en este sentido, presupone una idéntica participación de todos los agentes morales, sin que ello suponga, claro está, que finalmente todas las exigencias sean tenidas en cuenta.

Ambos criterios son previos a la cuestión sobre la distribución de los derechos, en el sentido de presentarse como condición de cualquier tipo de reconocimiento real de los mismos.

Más allá de estos dos criterios-guía, la justificación de la diferenciación, ya sea ésta negativa (no discriminación) o positiva (diferenciación), exige atender a las razones que originan dicha medida, siendo necesario prestar atención a la posible presencia de diferentes tipos de desigualdad y, en su caso, de diferentes criterios de distribución (tales como las necesidades, capacidades, méritos, talentos, etcétera). Y en este punto adquieren importancia otros dos grandes principios, como son el principio de proporcionalidad y el principio de aceptabilidad.

En virtud del primero, la justificación de la diferenciación; esto es, de una medida de igualdad, debe superar tres filtros. Por un lado, debe ser una medida idónea (esto es, debe perseguir un fin legítimo —en el ámbito de nuestro discurso esta exigencia obliga a plantear como finalidad básica la de satisfacer un derecho— y ser adecuada en términos de eficacia y eficiencia); por otro, debe ser necesaria (esto es, debe ser la mejor entre todas las po-

sibles); por último, debe estar ponderada (esto es, las ventajas que se obtienen deben superar a las desventajas).

En virtud del segundo, la justificación de la diferenciación debe tener en cuenta a todos los sujetos a los que la medida afecta. Y en este punto, con carácter general, está justificado llevar a cabo medidas de diferenciación (tanto en el sentido de igualdad de oportunidades como de resultados), siempre y cuando éstas sean aceptadas por aquellos colectivos o personas a los que van dirigidas y afectan.

Así, el examen de la razonabilidad debe ajustarse a estos límites, lo que significa que siempre será razonable aquella medida que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica, mantener la capacidad moral o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Y a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a circunstancias que provocan desigualdad, al contexto y a los criterios posibles de distribución, sean proporcionales y aceptadas por los sujetos implicados.

Ciertamente, estos principios, además de polémicos, son enormemente generales. Pero a pesar de ello pueden servir de guía para abordar cuestiones de igualdad desde el discurso de los derechos.

Y, en todo caso, y por lo que al tema del seminario se refiere, justifica una cláusula general de igualdad en materia de discapacidad (una medida transversal que afecta a cualquier política pública y privada, y que exige tener en cuenta la situación del discapacitado como agente moral). Esta cláusula de igualdad supone tanto la eliminación de cualquier tipo de barrera que imposibilita el disfrute de los derechos humanos (cláusula de no discriminación) cuanto la promoción de su inclusión en todos los ámbitos de la vida social (cláusula de diferenciación positiva). La correcta realización de estas cláusulas exige no sólo hacer visible al discapacitado, sino darle voz y poder de decisión. Para ello, puede ser necesario actuar con acciones positivas, incluso en el ámbito de la participación política.

Como se observará, desde estas reflexiones, adquieren justificación los grandes principios que habitualmente son tenidos en cuenta en el ámbito de las normas contemporáneas en materia de discapacidad, y que fueron señalados al principio: vida independiente, normalización, accesibilidad universal y diseño para todos.

EUTANASIA: UNA REFLEXIÓN MORAL*

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La eutanasia como problema*. III. *La eutanasia en perspectiva moral*. IV. *Sobre la identificación de las conductas eutanásicas*. V. *El valor de la vida y la autonomía individual*.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendo llevar a cabo una reflexión sobre el problema de la eutanasia, tendente a señalar determinados argumentos morales que pueden jugar un papel importante en la justificación de la despenalización de determinados comportamientos eutanásicos. La penalización o despenalización de las prácticas eutanásicas constituyen las dos posibilidades ante las que se encuentra el derecho a la hora de afrontar esta cuestión. Sin embargo, es deseable que la respuesta jurídica ante la misma esté basada en sólidas razones, capaces de triunfar en un debate racional. Mi intención no es efectuar un repaso y análisis de todos los argumentos al respecto, sino de aquellos que en mi opinión merecen mayor reconocimiento. En este sentido, creo que el recurso a la autonomía individual a la hora de determinar el valor de la vida en ciertos contextos y circunstancias merece ser tenido en cuenta a la hora de articular una respuesta social y jurídica al problema de la eutanasia.

Intentaré articular el trabajo partiendo de la identificación de determinadas circunstancias que provocan que el de la eutanasia sea hoy un auténtico problema que necesariamente las sociedades y los ordenamientos están obligados a afrontar. Posteriormente, me referiré al tipo de argumentos utilizables en el debate y susceptibles de formar parte de la ética pública, que

* Este trabajo ha sido publicado anteriormente en La Torre, M. *et al.* (coords.), *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Turín, Giappichelli, 2007, pp. 191-227.

** Catedrático de filosofía del derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

constituye la plataforma normativa desde la que se debe responder al problema. Siendo consciente de la pluralidad de conductas eutanásicas posibles y de las diferencias que nos encontramos a la hora de analizar las diferentes definiciones propuestas, efectuaré un rápido repaso por algunas de éstas, con la intención de identificar los rasgos imprescindibles para poder hablar de eutanasia. A partir del reconocimiento de que los argumentos utilizables varían en función de los distintos casos, tomaré como referencia los casos de eutanasia voluntaria, en relación con los cuales subrayaré el peso del argumento de la autonomía y de la decisión individual a la hora de reconocer el valor o disvalor de la vida.

Ciertamente, el argumento basado en la autonomía individual puede interpretarse como muy próximo a un argumento basado en la dignidad humana. Pienso que el pleno ejercicio de la autonomía individual —que implica la capacidad de determinar planes de vida y de llevarlos a cabo en condiciones de libertad— se presenta como una exigencia de la dignidad humana, entendida como elemento diferenciador de lo humano. Sin embargo, el recurso a la dignidad humana se puede presentar como problemático desde el momento en que estamos frente a un concepto que, más allá de su complejidad, frecuentemente se rellena de diferentes, e incluso contradictorios, contenidos. Creo que esta circunstancia es perfectamente observable en relación con las distintas posiciones adoptadas respecto a la licitud o ilicitud moral de la eutanasia. El “derecho a una muerte digna” se interpreta de diferente manera según la diversa consideración de lo que implica la dignidad. Tanto los defensores de la eutanasia como sus detractores apoyan sus propuestas en una determinada concepción de la dignidad. Por ello, me referiré al argumento de la autonomía que en mi opinión se vincula de manera más directa a una exigencia de autorrealización personal.

II. LA EUTANASIA COMO PROBLEMA

Qué duda cabe que en la actualidad el avance de los medios científicos es un hecho que plantea problemas éticos evidentes. La revolución tecnológica aplicada a determinadas situaciones ha conseguido crear situaciones de supervivencia artificial, caracterizadas por una posibilidad de prolongación de la existencia de sujetos en determinadas circunstancias, insospechada hasta hace pocas décadas. En este contexto, en seguida surge la pregunta sobre si se debe prolongar la vida de una persona en casos en los que concurren determinadas condiciones. Pensemos por ejemplo en aquella situación en la que la persona afirme —o haya afirmado— que no quiere seguir viviendo y se encuentre

en un estado de gran sufrimiento; o se encuentre en algún estado comatoso profundo; o existan muy pocas posibilidades de seguir desarrollando una existencia “normal”.¹ Parece evidente que en estos casos, que son en realidad en aquellos en los que se plantea la posibilidad y la discusión sobre la licitud moral de las conductas eutanásicas, se ponen sobre el escenario de la discusión y de la reflexión cuestiones y nociones muy relevantes en la reflexión ética, como por ejemplo los de libertad individual, sufrimiento, santidad de la vida humana, calidad de vida, posibles efectos de una decisión individual sobre la sociedad en su conjunto, autonomía, paternalismo o consentimiento.

Ciertamente, en la actualidad asistimos a una transformación de las circunstancias en las que se produce y se gestiona la muerte.² En este sentido, se han señalado dos modos paradigmáticos de morir: el modo tradicional y el modo tecnológico. El modo tradicional concebía a la muerte como un acontecimiento natural, dotado de sentido, acompañado de un determinado ceremonial que permitía “una integración más o menos lograda de la muerte de un individuo en el orden de la naturaleza y en el orden social”.³ En el siglo XX, como consecuencia de la medicalización de la muerte y del desarrollo de la técnica, se produce una transformación en el modo de morir. El modo tecnológico de morir supone, por lo pronto, un cambio de escenario: la muerte se produce en el hospital, y el sujeto se ve rodeado de ingenios técnicos y de personal especializado en el empleo de esos ingenios. En este contexto, la muerte “desde el punto de vista de la ciencia, parece llegar más como el resultado de un fracaso técnico que como un acontecimiento que tiene un lugar determinado e inamovible dentro de un orden de la naturaleza cuyos fines no nos son conocidos”.⁴ Así, el proceso de muerte crece en complejidad, debido además al mayor número de decisiones humanas que intervienen en el mismo.

Junto a lo anterior, cabe añadir que asistimos al mismo tiempo a la variación en la noción científica de la muerte, de la cual se extraen consecuencias éticas.⁵ En efecto, si anteriormente la muerte había sido identificada con la cesación de la respiración o de los latidos cardiacos, desde el momento en que estas funciones pueden producirse y prolongarse mediante

¹ Ferrater, J. Cohn, P., *Ética aplicada. Del aborto a la eutanasia*, Madrid, Alianza, 1992, p. 94.

² Lecaldano, E., *Bioética. Le scelte morali*, Bari, Laterza, 1999, pp. 49 y ss.

³ Mendez Baiges, V., *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*, Madrid, Trotta, 2002, p. 27.

⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁵ Jonsen, A. R. et al., *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, trad. de A. Alcaraz Guijarro, Barcelona, Ariel, 2005, pp. 84-87; Humpry, D., y Wickett, A., *El derecho a morir. Comprender la eutanasia*, trad. de M. R. Buixaderas, Barcelona, Tusquets, 2005, pp. 363 y ss.

asistencia mecánica, se pasa a una identificación de la muerte como muerte cerebral. Es evidente que la transformación en el concepto de muerte tiene importantes implicaciones y consecuencias, ya que si se mantiene una comprensión de la muerte vinculada a la cesación de la respiración o de los latidos cardíacos, un sujeto en un estado comatoso que se presenta como irreversible se considera vivo desde el momento en que su corazón sigue latiendo. Es precisamente en esta situación en donde se plantea el problema del empleo de medios extraordinarios para el mantenimiento de la vida del sujeto. Por el contrario, si la muerte se identifica con el encefalograma plano, la conclusión a la que se llega en relación con la persona que se encuentra en un estado comatoso irreversible es diferente y, por tanto, el problema moral que se puede plantear ante la posibilidad, por ejemplo, de desconectar medios de sostenimiento vital, es diferente.

Pero la transformación en la noción de muerte va más allá de la identificación con uno u otro estado clínico de un determinado sujeto. La de muerte es también una noción cultural, de manera que la muerte no debería interpretarse exclusivamente como una circunstancia biológica, sino como un proceso “culturalmente interpretado”,⁶ como un proceso intelectual, que se iniciaría en el momento en que la vida deviene en mera existencia física, o desde que las circunstancias físicas en las que un determinado sujeto está llamado a continuar su existencia son insoportables. Desde el momento en que la muerte se presenta como un proceso interpretable en clave intelectual y cultural, es cierto que al sujeto que se encuentra en esas circunstancias se le debería reconocer un determinado protagonismo. Ese protagonismo, como subrayaremos posteriormente, tiene mucho que ver con el reconocimiento de la autonomía individual.

Y es que, en efecto, creo que en la actualidad la reflexión moral que se lleve a cabo en relación con la eutanasia no puede pasar por alto la presencia y el valor de la autonomía individual. Posiblemente desde Kant, el discurso moral se encuentra condicionado de manera necesaria por este valor. Y esta presencia se manifiesta de manera directa en la cuestión que nos ocupa. Tomarse en serio la autonomía individual implica reconocer la capacidad de actuar y decidir de acuerdo con esa autonomía también a los sujetos que se encuentran en diversas circunstancias, en las que se plantea la licitud de las conductas eutanásicas. La capacidad de autorrealización debe ser reconocida también en estas situaciones.

La caracterización contemporánea de la reflexión y de la discusión sobre la eutanasia está condicionada también por la transformación de las

⁶ Cortina, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 241.

mentalidades que en relación con esta cuestión se ha producido en la cultura occidental. Es precisamente en el seno de esa transformación en donde el principio de autonomía individual ha ido ganando posiciones. Podemos recordar los tres “momentos” a los que ha aludido Diego Gracia al describir las diferentes etapas de la historia de la eutanasia. Así, cabría hablar de una eutanasia “ritualizada”, de una eutanasia “medicalizada” y de una eutanasia “autonomizada”.⁷ La eutanasia ritualizada es la que se constata en aquellos escenarios culturales en los que se observan ritos cuya finalidad sería la humanización del proceso de la muerte y la evitación del sufrimiento. La eutanasia medicalizada implica la aparición de una determinada figura, la del médico. Es el médico el encargado de llevar a cabo las actuaciones encaminadas a aligerar la muerte en el caso de que concurran determinadas circunstancias. En fin, la eutanasia autonomizada supone la entrada en juego de la autonomía individual, en este caso de la autonomía del paciente, frente a una situación anterior, caracterizada por el paternalismo médico. De manera que la cuestión se plantearía, en opinión de Diego Gracia, en los siguientes términos:

...lo que a nosotros directamente nos preocupa no es si el Estado tiene o no derecho a eliminar a los minusválidos y a los enfermos, sino si hay posibilidad ética de dar una respuesta positiva a quien desea morir y pide ayuda a tal efecto. Vivimos la época de los derechos humanos y, prácticamente, acabamos de descubrir que entre estos está el derecho a decidir —dentro de ciertos límites, claro— sobre las intervenciones que se realizan en el propio cuerpo, esto es, sobre la salud y la enfermedad, sobre la vida y la muerte... El debate actual está en saber si este proceso de autonomización del morir puede llevarse hasta el punto de que los pacientes puedan, no sólo rechazar tratamientos que consideran innecesarios o perjudiciales, sino también pedir que se ponga de modo directo y activo fin a su vida.⁸

III. LA EUTANASIA EN PERSPECTIVA MORAL

La cuestión de la eutanasia, tal y como es planteada en las sociedades contemporáneas, permite diversas posibilidades de análisis, desde las que se plantean la incidencia en el sistema sanitario hasta las que reflexionan sobre el tipo de respuesta penal que merecen las conductas eutanásicas. En esta

⁷ Gracia, D., “Historia de la eutanasia”, en Gafo, J. (ed.), *La eutanasia y el arte de morir*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1990, pp. 13 y ss.

⁸ *Ibidem*, p. 29.

ocasión nos vamos a plantear diversas cuestiones morales que surgen desde el momento en que en determinadas situaciones se plantean la posibilidad y la conveniencia o inconveniencia de determinadas actuaciones. Parece evidente en este sentido que la reflexión moral es el antecedente necesario de la respuesta jurídica a la cuestión de la eutanasia.

Asumimos que la eutanasia es un problema moral. Y que necesita una respuesta por parte del sistema jurídico. Desde el momento en que existe la posibilidad real de llevar a cabo conductas eutanásicas, y desde el momento en que hay sujetos que reclaman que, encontrándose en determinadas circunstancias, se les apliquen determinadas actuaciones, o que les sean aplicadas en el caso de que lleguen a encontrarse en el futuro en esas circunstancias, parece que el ordenamiento jurídico tiene un problema frente a sí, que de alguna manera debe afrontar. Evidentemente, lo anterior implica una determinada concepción del derecho vinculada a la identificación de la resolución del conflicto y de la atención a los intereses de los sujetos como una de sus funciones básicas. Y desde el momento en que el ordenamiento tiene un problema delante de sí mismo, parece coherente pretender un tratamiento jurídico del mismo. Téngase en cuenta que en este momento no se está haciendo alusión al tipo de respuesta que el derecho debe ofrecer. Ese es un momento posterior de la discusión. Lo que se está haciendo es señalar que el derecho debe responder. Carece de sentido que el derecho dé la espalda a problemas como el de la eutanasia, si bien es cierto que en este punto tendría pleno significado el dicho popular de acuerdo con el cual el silencio es ya una opinión.

La respuesta que ofrezca el sistema jurídico debe ser el resultado de una previa discusión moral. Es cierto que todo el sistema expresa un punto de vista sobre la justicia o sobre la moralidad, pero también lo es que el derecho no se está pronunciando constantemente sobre cuestiones del calado moral de la que nos planteamos en estas páginas. La reflexión que se va a desarrollar en este trabajo no está referida al tipo de respuesta jurídica que debe plantear el sistema jurídico, sino al tipo de problema moral al que el sistema jurídico debe dar respuesta. Es evidente, en este punto, que la respuesta jurídica va a ser expresión de la solución o de la posición que se haya adoptado en su caso en relación con el problema moral. Por otra parte, desde el momento en que estamos frente a un problema moral, la reflexión y la argumentación debe obedecer a determinados criterios. En este sentido, Marina Lalatta ha subrayado la necesidad de la universalizabilidad de los argumentos y razones que se utilicen.⁹ La universalizabilidad sería, al mis-

⁹ Lalatta Costerbosa, M., “Eutanasia e filosofia morale: l’autonomia e le sue insidie”, en Zanetti, G. (ed.), *Elementi di etica pratica*, Roma, Carocci, 2003, pp. 182 y ss.

mo tiempo que elemento necesario de la argumentación y de sus razones, también elemento provocador de la debilidad de tales argumentos, desde el momento en que son incapaces de clausurar la discusión presentando razones irrefutables y objetivas.

El carácter formal de los argumentos asegura la universalizabilidad de los mismos, de la misma manera que el carácter formal de la ética pública permite la compatibilidad con las particulares éticas privadas y con sus respectivas propuestas. Y es que, en efecto, la distinción entre ética pública y ética privada posiblemente sea en este punto útil.¹⁰ Lo que permite la aceptabilidad de una propuesta de ética pública es precisamente su carácter formal, y, por lo tanto, su compatibilidad con las diferentes opciones de ética privada. Esa dimensión formal y esa garantía de compatibilidad deriva del hecho de que el contenido de la ética pública está constituido por un mínimo moral común aceptable desde los diferentes planteamientos particulares. Este mínimo moral común se caracteriza por: *a*) permitir el desarrollo de los diferentes planteamientos particulares, y *b*) y conectado con lo anterior, ser compatible con los diferentes planteamientos, lo cual es a su vez incompatible con afirmaciones excluyentes y no sometibles a ponderación y contraste. Creo, en este punto, que la situación en la que nos encontramos ante los diferentes argumentos que concurren en tema de eutanasia puede ser analizada en términos de la distinción entre ética pública y ética privada, y de la función que el derecho debe cumplir como elemento en el que se configura la ética pública de manera que asegure que las éticas privadas puedan desarrollarse. Aquí se plantea el problema de la contradicción entre propuestas (particulares) de ética privada y la regulación (general) de la ética pública que lleva a cabo el derecho. Desde el momento en que la cuestión se plantea desde el punto de vista moral, como un dilema, la solución jurídica que ofrezca el derecho necesariamente va a desagradar a determinadas propuestas de ética privada. Por tanto, no cabrían regulaciones absolutamente correctas, aunque sí caben (no puede ser de otra forma) decisiones jurídicas, tendentes a permitir la compatibilidad de las concepciones particulares.¹¹

¹⁰ Peces-Barba, G., *Ética pública y derecho*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1993; *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

¹¹ “L’idea in questione è quella di un diritto —destinato ad intervenire con il suo aparato coercitivo là dove il controllo dei comportamenti attraverso le norme morali non sembra più bastare— che, per realizzare la coesistenza di soggetti portatori di interessi e visioni del mondo potenzialmente confliggenti, renuncia ad imporre, per via coercitiva, una determinata visione della vita morale (sia questa la morale naturale le cui norme sono considerate absolu-

Precisamente, los dos rasgos anteriores —el carácter excluyente y la permeabilidad a la ponderación— son predicables de determinados planteamientos que concurren en la arena de la discusión sobre la eutanasia, y que en nuestros días están desarrollando una importante influencia. Conviene ser conscientes de que en esta cuestión existen planteamientos —no sólo— religiosos muy fuertes (con una gran difusión social) que desarrollan argumentos directamente opuestos a cualquier observación sobre la licitud moral de las conductas eutanásicas. Muchas de las concepciones más extendidas al respecto descansan sobre esos argumentos. La cuestión que se plantea a partir de ahí es la de hasta qué punto esos argumentos deben imponerse en el ordenamiento jurídico, desde el momento en que presentan de manera evidente el inconveniente de su falta de universalizabilidad. El problema de las justificaciones religiosas es el de la

...imposibilidad de universalizar las obligaciones éticas derivadas de este tipo de fundamentación a todas aquellas personas que no comparten tales creencias... si bien toda creencia merece respeto, no por ello puede ser impuesta a los demás. En una sociedad como la nuestra, que ha hecho de la pluralidad y del respeto del ser humano un valor ético fundamental, a todos compete utilizar la razón humana para justificar aquellos juicios éticos que pretendan poder ser asumidos por toda una determinada colectividad y, por lo tanto, generalizados para toda ella.¹²

Y es que, como ha recordado Max Charlesworth, las decisiones que se pueden adoptar en un tema como el de la eutanasia serán distintas si se producen en el marco de una sociedad liberal democrática, caracterizada por un pluralismo ético,¹³ o si se producen en un entorno diferente, como puede ser el de una sociedad teocrática, autoritaria o paternalista. El paradigma supremo de las sociedades liberales está constituido por la idea de

tamente giuste, o, più semplicemente, la morale prevalente nella società nel suo complesso o in alcuni suoi settori), ed apresta tutte le garanzie perchè l'autonomia decisionale e d'azione degli individui possa avere il più alto grado d'esplicazione compatibile con l'impedimento del danno ad altri e con il rispetto dell'altrui autonomia e libertà". Borsellino, P., "Bioetica e filosofia", *Politica del Diritto*, año XXVI, núm. 1, marzo de 1995, p. 85.

¹² Simon Lorda, P. y Couceiro Vidal, A., "Decisiones éticas conflictivas en torno al final de la vida: una introducción general y un marco de análisis", en Urracas, S. (ed.), *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, Madrid, Noesis, 1996, p. 338.

¹³ Charlesworth, M., *La bioética en una sociedad liberal*, trad. de M. González, Cambridge University Press, 1996, p. 1. D. Neri ha subrayado las consecuencias que tiene el hecho de que el debate sobre la eutanasia se desarrolle en un Estado laico en *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone, cit.*, pp. 131-133.

autonomía individual, que implica el reconocimiento de la capacidad personal para llevar a cabo sus propias elecciones en relación con el estilo de vida y con el rumbo que cada cual quiere dar a su existencia, y que al mismo tiempo tiene determinadas consecuencias. Así, entre otras, cabría destacar la idea de que existe una frontera entre el ámbito de la moralidad personal y el de la ley, ya que los objetivos de moralidad personal se encuentran más allá de las preocupaciones de la ley. De ello se debería deducir que a través de la ley no se pueden imponer planteamientos éticos particulares que afecten a cuestiones de moralidad personal. En todo caso, es cierto que todas las argumentaciones y fundamentaciones deben ser sometidas en la misma medida a examen crítico y escrutinio racional.

Los argumentos religiosos se caracterizan por ser de tipo metafísico, no susceptibles de prueba, y dogmáticos. Patricia Borsellino ha sintetizado las ideas principales que caracterizan la aproximación del pensamiento católico a las cuestiones bioéticas:¹⁴ 1) la ética no es el resultado de una construcción humana, sino que tiene un origen independiente de la voluntad del sujeto desde el momento en que existe una fuente externa de valores (Dios) que el hombre descubre mediante la razón iluminada de la fe; 2) la naturaleza y la vida se entienden de acuerdo con criterios finalistas (autoconservación), que desempeñan una determinada función a la hora de determinar la corrección de las acciones, de manera que actuar conforme a los fines de la naturaleza es correcto, y alejarse de ellos es incorrecto; 3) hay principios absolutos (sacralidad de la vida) que escapan al examen de la razón y de la experiencia, y 4) existe una estructura jerárquica (la Iglesia) que ejerce la competencia y la autoridad a la hora de establecer los criterios de corrección moral. Frente a lo anterior, creo que es posible y deseable otro modelo, al que también alude Borsellino, que conciba a la ética como una creación humana, en donde el criterio de autoridad en todo caso viene determinado por el peso de las razones y no por las instituciones, y en donde frente a los principios y valores absolutos —que no atienden a las consecuencias— se considera que los conflictos deben ser solucionados mediante argumentos racionales y contrastables, no necesariamente dependientes de los argumentos religiosos.¹⁵

En mi opinión, conviene subrayar que aquellas circunstancias en las que la aplicación de conductas eutanásicas parece justificada, pueden ser caracterizadas como casos trágicos. Como es sabido, en el ámbito de la filo-

¹⁴ Borsellino, P., “Bioética e filosofía”, *cit.*, pp. 79 y 80.

¹⁵ Farrell, M. D., “La justificación de la pena en los casos de eutanasia: un análisis ético”, *Doctrina Penal*, 1983, pp. 6 y ss.

sosía del derecho se ha manejado la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, de acuerdo —entre otras cosas— con la mayor o menor dificultad a la hora de encontrar la respuesta (o respuestas) incluidas en el ordenamiento y de la necesidad o no de interpretación. Junto a los anteriores están los casos trágicos, que son aquellos “que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por tanto, plantean a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción) sino qué camino tomar frente a un dilema”.¹⁶ Los casos trágicos se caracterizan porque sitúan al sujeto frente a auténticos dilemas morales, en los que cualquiera de las alternativas suponen el sacrificio de valores considerados relevantes.¹⁷ En efecto, en el caso de los dilemas, “no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista *jurídico y/o moral*”.¹⁸ Pues bien, en relación con el problema de la aceptabilidad de las actuaciones eutanásicas, podemos afirmar que nos encontramos frente a auténticos dilemas morales, en relación con los cuales cualquiera de las decisiones que se tomen se van a plantear como problemáticas, desde el momento en que en cualquier caso van a suponer el sufrimiento de determinadas afirmaciones o valores morales relevantes, y que por tanto exigen muy buenas razones a la hora de ser sometidos por otras consideraciones.¹⁹ Si, por ejemplo, interpretamos el problema que nos ocupa en términos de conflicto entre dos afirmaciones (la referida al valor absoluto de la vida y la referida al valor de la autonomía personal), parece claro que cualquiera de las opciones que se asuma va a suponer el sacrificio de algún valor importante, que en determinadas propuestas morales bien puede ocupar el lugar de los valores y principios últimos. Por ello, el de la eutanasia se nos presenta como un auténtico caso trágico que sitúa al sujeto frente a un verdadero dilema moral.

¹⁶ Atienza, M., “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, p. 13. Anteriormente, *idem*, “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1987.

¹⁷ Es la necesidad de elegir entre diferentes valores morales en juego y no la necesidad de elegir el criterio a seguir en la distribución de bienes o recursos escasos la que determina, en los casos de eutanasia, el carácter trágico de la situación. Véase Mazzoni, C. M., “Scelte tragiche e analisi giuridico”, *Democrazia e Diritto*, año XVIII, núms. 4 y 5, 1988, pp. 125 y ss.

¹⁸ Atienza, M., “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *cit.*, p. 19. *Cursivas* en el texto.

¹⁹ Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 360. D. Statman desarrolla un ejercicio de comparación entre los casos difíciles analizados en la teoría del derecho y los dilemas morales estudiados por la teoría moral en “Hard Cases and Moral Dilemmas”, *Law and Philosophy*, vol. 15, núm. 2, 1996, pp. 117 y ss.

A partir de lo anterior, se pueden derivar algunas ideas. En primer lugar, los casos en los que concurren las condiciones que —veremos— permiten plantear la posibilidad de conductas eutanásicas son excepcionales. Ello es consecuencia de la cautela que se debe adoptar a la hora de definir el marco conceptual de la eutanasia. Precisamente, va a ser esta cautela la que contribuya a disminuir los argumentos a favor de tesis como aquellos que afirman que de producirse una determinada legalización de la eutanasia en ciertos supuestos, estaríamos obligados a caer por una pendiente resbaladiza en la que la situación se tornaría absolutamente ingobernable e incontrolable. Junto a lo anterior, en segundo lugar, creo que el hecho de que en la discusión sobre la eutanasia se encuentren en juego valores y principios relevantes —irrenunciables— desde el punto de vista moral, explica que en múltiples ocasiones la discusión pierda su carácter racional y se transforme en un intercambio de acusaciones que carecen de todo atisbo de racionalidad, desde posiciones incapaces de asumir las buenas razones ajenas. En tercer lugar, como recuerda también Atienza, el hecho de que en un ordenamiento jurídico se planteen dilemas morales, casos trágicos, no quiere decir que necesariamente estemos frente a un sistema inmoral o no democrático.²⁰ Así, el que en un sistema jurídico y político se plantee la discusión en torno a la aceptabilidad de determinadas actuaciones eutanásicas es precisamente signo de que ese sistema ha interiorizado los valores que entran en conflicto en esa discusión. Estaríamos por tanto frente a una cierta moralización del derecho —constituida por la anterior interiorización— a partir de la cual se genera esa contradicción entre valores y principios.

Pues bien, creo que el carácter de auténtico dilema moral al que necesariamente debe enfrentarse el sujeto en relación con la eutanasia, y también la conveniencia de proponer argumentos universalizables, apoya la preferencia por una actitud cautelosa. Actitud cautelosa que es en realidad la que debe ser propia del filósofo moral, que se aproxima a los casos trágicos como el que nos ocupa; que no implica el escepticismo en relación con lo adecuado o conveniente de las propias razones y argumentos, sino la actitud expectante ante la posibilidad de la bondad y corrección de las ajenas; y que es difícil de encontrar en aquellos que aportan al debate verdades absolutas, incontrovertibles y no ponderables, lo que los sitúa más en el ámbito de la dogmática inmune a la duda que en el de la filosofía consciente de sus propias limitaciones.

²⁰ Atienza, M., “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *cit.*, p. 20.

En este escenario, ¿cuál es el papel que puede jugar el filósofo del derecho?, ¿qué tipo de reflexión puede llevar a cabo? El filósofo del derecho está llamado a proponer una reflexión racional sobre los principios morales que deben inspirar el ordenamiento jurídico y un análisis crítico del derecho a la luz de esos valores. Todo ello, a la luz de una determinada concepción sobre el derecho y su función social, que al fin y al cabo es la que consiste —entre otras cosas— en evitar conflictos y solucionarlos. Pero cuando hablamos en este caso de conflictos no nos estamos refiriendo solamente a conflictos entre individuos, sino también a los conflictos entre los valores y las preferencias de los individuos y los valores que el ordenamiento asume. Por eso, la reflexión moral que lleva a cabo el filósofo del derecho (que en gran medida es también un filósofo moral) debe estar condicionada por los valores que inspiran el derecho (o que deben inspirarlo). En última instancia, la reflexión que se debe elaborar desde la filosofía del derecho sobre la eutanasia es una reflexión en relación con los valores y principios que debe asumir un ordenamiento jurídico para que el punto de vista sobre la justicia, que indefectiblemente va a expresar, pueda ser considerado correcto. En este sentido, la reflexión en sede iusfilosófica se nos presenta como previa a la decisión que debe tomar el legislador.

IV. SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS EUTANÁSICAS

Aunque mi intención no es centrar el análisis en los problemas de conceptualización de las conductas eutanásicas, sino en los de su posible justificación, sí creo necesario, aunque sea de manera breve y somera, aludir a la cuestión de la identificación de las conductas eutanásicas. Como se observará, a lo largo de esta reflexión voy a referirme al término “conductas eutanásicas”. Y ello, por el hecho de que, como podremos observar a continuación, la caracterización de la eutanasia se muestra compleja desde el momento en que cabe exigir la concurrencia de determinadas circunstancias o elementos, según los cuales se pueden proponer conceptos más o menos exigentes, por un lado, que van a condicionar la reflexión sobre la aceptabilidad moral de las diversas posibilidades, por otro.

Creo que efectuar determinadas aclaraciones en relación con la tipología o la clasificación de las conductas eutanásicas es especialmente relevante desde el momento en que los problemas y los juicios morales que pueden llevarse a cabo son distintos de acuerdo con la situación en la que se esté pensando. Es cierto, además, que el análisis de la doctrina representativa al

respecto no siempre nos sitúa frente a un contexto pacífico. Por el contrario, observamos variaciones o disparidades, que justifican de manera especial un esfuerzo a la hora de identificar elementos comunes.

Parece, en efecto, fuera de toda duda el hecho de que la discusión y la reflexión moral en relación con las conductas eutanásicas está directamente condicionada por la caracterización que de las mismas se haga. Creo, en este sentido, que un esfuerzo de clarificación conceptual es conveniente. Y más desde el momento en que “eutanasia” “se ha convertido en una palabra-conjuro. Una palabra que, en vez de anunciar una buena muerte, se ha mezclado con imágenes y conceptos que le son ajenos”.²¹ Para evitar la confusión, creo conveniente, en primer lugar, aludir al concepto de eutanasia, para, posteriormente, distinguirla de otras conductas. En todo caso, debemos ser conscientes de que nos encontramos frente a un término tabú, con un alto componente emocional, que condiciona la aproximación y el tratamiento del mismo. No obstante, me parece adecuado adelantar una posible conclusión con la que nos podemos encontrar tras el análisis de las distintas propuestas conceptuales, tipos y subtipos de la eutanasia. La conclusión es la de que estamos ante una pluralidad de propuestas, de distinciones y divisiones, que pueden llegar a conseguir someter el esfuerzo fundamentador a una causística que lo dificulta. Como se ha afirmado con razón,

...la confusión que aportan [las diferentes definiciones y clasificaciones] resulta innegable si se tiene en cuenta que el efecto más claro de estas distinciones es el de que la discusión de la eutanasia acabe presentándose llena de discrepancias ya en su fase inicial descriptiva y antes siquiera de entrar en la discusión “fuerte” acerca de la legitimidad de unas prácticas.²²

En todo caso, creo que enredarse en las cuestiones conceptuales, en la exigencia de unos u otros elementos cuya concurrencia se exige para poder identificar a una práctica como eutanásica, en realidad no hace sino distraernos y demorarnos a la hora de abordar el problema más importante, que es, en realidad, el del debate sobre la justificación moral de determinadas peticiones y de las respuestas a esas peticiones en ciertos contextos. Ciertamente, el que el de eutanasia sea un término maldito explica que desde determinadas perspectivas se excluyan de su ámbito ciertas prácticas, que en realidad podrían ser identificadas como eutanásicas de acuerdo con la caracterización que se está ofreciendo en estas líneas, pero que no se

²¹ Sababa, J., *Principios de bioética laica*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 98; Lecaldano, E., *Bioética. Le scelte morali*, cit., p. 109.

²² Mendez Baiges, V., *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*, cit., p. 20.

quieren ver afectadas por una presumible sospecha moral. Es el caso de la eutanasia pasiva, que en ocasiones no se entiende como auténtica eutanasia y se identifica con determinadas actuaciones médicas aceptadas.

Antes de enfrentarnos con distintas definiciones, parece necesario hacer una alusión a los elementos básicos del escenario en el que se produce la discusión sobre la identificación de las conductas eutanásicas. El escenario es el constituido por la situación en la que se encuentran personas que o bien están en un estado de terminalidad, con la muerte próxima, o están en un estado en el que consideran que la vida —a partir de la concurrencia de determinadas condiciones— no merece digna de ser vivida. Por otra parte, la aceptabilidad de comportamientos eutanásicos implica de manera necesaria la actuación benevolente en relación con el sujeto que se encuentra en determinada situación: el único interés que se busca satisfacer es el de ese sujeto, lo cual excluye cualquier tipo de consideración económica o social. Junto a lo anterior, si de lo que se trata de atender es el interés del sujeto, parece importante el problema de la identificación de ese interés. Nos situamos aquí frente a las diferentes circunstancias en las que es posible conocer el consentimiento del sujeto y frente a las dificultades que en ocasiones presenta la identificación del mismo. Además, como veremos, también es posible identificar las conductas eutanásicas de acuerdo con carácter directo o no respecto a la muerte del sujeto, y también en relación con la dimensión activa o pasiva de las mismas.

Observemos determinadas definiciones. Así, Albert Calsamiglia identificó la eutanasia con la “inducción de la muerte sin dolor en interés del destinatario y supone la *reducción* de la duración de la vida de un enfermo terminal”.²³ Ana María Marcos del Cano la entiende como “la acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora a quien, sufriendo una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy dolorosa, la solicita para poner fin a sus sufrimientos”.²⁴ Peter Singer la identifica con la conducta de “acabar con la vida de los que padecen enfermedades incurables, con gran dolor y angustia, por el bien de los que mueren y para ahorrar más sufrimiento y angustia”.²⁵ Marina Gascón alude a

...aquellas acciones —u omisiones— motivadas por consideración a una persona que, directa o indirectamente, provocan su muerte, pero entendiendo la muerte como un bien para esa persona y no simplemente como un

²³ Calsamiglia, A., “Sobre la eutanasia”, *Doxa*, 14, 1993, p. 345.

²⁴ Marcos del Cano, A. M., *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 69.

²⁵ Singer, P., *Ética práctica*, Madrid, Cambridge University Press, 1995, p. 217.

ayudar a bien morir, y siendo, además, condición indispensable que la vida adquiera un status de indignidad irreversible.²⁶

Jean-Yves Goffi la define como “el hecho de provocar directamente la muerte de un ser humano (o de un animal), de manera que esta muerte suceda rápidamente y sin sufrimiento, ya sea actuando para este fin o absteniéndose de actuar”.²⁷ Por su parte, el Instituto Borja de Bioética, de la Universitat Ramon Llull, en el documento “Hacia una posible despenalización de la eutanasia” (enero 2005), afirma:

...eutanasia es toda conducta de un médico, u otro profesional sanitario bajo su dirección, que causa de forma directa la muerte de una persona que padece una enfermedad o lesión incurable con los conocimientos médicos actuales que, por su naturaleza, le provoca padecimiento insoportable y le causará la muerte en poco tiempo. Esta conducta responde a una petición expresada de forma libre y reiterada, y se lleva a cabo con la intención de librarle de este padecimiento, procurándole un bien y respetando su voluntad.

Podríamos seguir con más ejemplos.²⁸ En todo caso, creo que las anteriores son suficientes a la hora de exponer algunas observaciones. Y ello, con independencia de que no todas las definiciones subrayen las mismas circunstancias. En efecto, un análisis comparativo de las anteriores definiciones, y de otras posibles, nos muestra que entre ellas varían de acuerdo, por ejemplo, de factores tales como que la conducta eutanásica deba ser llevada a cabo por un médico o personal sanitario bajo la dirección de éste; que se exija o no el consentimiento —reiterado o no— del sujeto; que se contemple la posibilidad de comportamientos que directamente provocan la aceleración del acaecimiento de la muerte o no; que quepa la posibilidad de considerar tanto acciones como omisiones; que se exija que la situación sea aquella en la que la muerte tendrá lugar próximamente o no.

A partir de aquí podemos comenzar a efectuar matizaciones que permitan identificar correctamente las actuaciones a las que nos estamos refiriendo y las situaciones en las que cabe plantearse éstas. En primer lugar, es necesario señalar que la discusión sobre las conductas eutanásicas se plantea no sólo en relación con situaciones de terminalidad, sino también en relación

²⁶ Gascon, M., “Problemas de la eutanasia”, *Sistema*, núm. 106, 1992, p. 86.

²⁷ Goffi, J.-Y., “Eutanasia”, en Canto-Sperber, M. (dir.), *Diccionario de ética y filosofía moral*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, t. I, p. 585.

²⁸ Parejo Guzman, M. J., *La eutanasia. ¿Un derecho?*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 362 y ss.

con aquellas situaciones en las que no existen posibilidades de llevar a cabo una vida normal. Es evidente que en este punto la cuestión de qué es o deja de ser una vida normal, y de quién decide lo que es normal o no, salta al centro de la discusión. En todo caso, lo cierto es que la terminalidad, entendida como una condición de la identificación de las conductas eutanásicas, es un concepto confuso, y que, en todo caso, permite diversas comprensiones, lo cual contribuye a dificultar el debate. Calsamiglia considera que un enfermo es terminal si está en una situación en la que la autonomía está en un estado de deterioro tal que le impide disfrutar de sus derechos, o si está en una situación de irreversibilidad, en el sentido de que no existe posibilidad alguna de volver a disfrutar de sus derechos. Creo que Phillipa Foot está pensando —como veremos— en una caracterización de la dignidad como la anterior cuando afirma que la situación en donde se puede plantear la eutanasia es aquella en la que la continuación de la vida constituye más un mal que un bien. Pero entonces estamos obligados a plantearnos la cuestión de cuándo la vida se puede considerar más un mal que un bien. Y parecería evidente que, como ha señalado Marina Gascón, para que la vida sea un bien no es suficiente estar vivo: para que la vida sea un bien, parecen de necesaria concurrencia determinados patrones de normalidad, que en última instancia podrían ser observados desde una perspectiva cualitativa. Es evidente que la perspectiva cualitativa, como posteriormente se mostrará, nos sitúa frente a la cuestión de la identificación del sujeto cuyo juicio debe valer en última instancia a la hora de decidir la cualidad o no de unas condiciones de existencia. Como consecuencia de lo anterior, deberíamos llegar a la conclusión de que las situaciones en las que la discusión sobre las conductas eutanásicas tiene sentido no serían exclusivamente aquellas identificadas con una situación terminal “médica”, sino aquellas que cabría identificar el componente de la irreversibilidad. Como hemos visto, Marina Gascón se ha referido al concepto de “indignidad irreversible”, que en mi opinión bien podría asociarse a ciertas situaciones básicas y típicas: 1) aquellas situaciones en las que existe un riesgo considerable de una muerte próxima del paciente que puede estar considerando agudos dolores; 2) aquellas situaciones en las que la muerte no constituye un peligro inmediato, mas el individuo tiene una existencia dramática, que puede estar acompañada de dolores, pérdida de sentidos..., y 3) aquellas situaciones en las que si bien no existe ni peligro inminente de muerte, ni tampoco padecimiento por dolores, se ha producido una pérdida irreversible de consciencia, y al enfermo se le mantiene con vida mediante el empleo de técnicas de mantenimiento vital.²⁹

²⁹ Gimbernat Ordeig, E., “Eutanasia y derecho penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, 1987, p. 107.

En todo caso, un elemento imprescindible a la hora de identificar la eutanasia, y de diferenciarla de otros comportamientos, es el constituido por el motivo de la conducta eutanásica, que se identifica exclusivamente con la benevolencia en relación con el sujeto que se encuentra en una determinada situación. Como el propio Calsamiglia recuerda, nadie se puede arrogar la capacidad de decidir imponer un sufrimiento a una persona que pide morir. Es en esta circunstancia en la que la vida se presentaría como un valor *prima facie*, que, como tal, cedería ante el interés del sujeto en dejar de vivir. El interés que se persigue con la actuación eutanásica es el de ese individuo; la finalidad de la actuación es la de favorecer al sujeto, sin que esté justificado atender a cualquier otra consideración económica o social. Desde este punto de vista, como luego se subrayará, no deja de llamar la atención la identificación de la eutanasia con prácticas de depuración atendiendo a criterios raciales o con prácticas consistentes en la eliminación de ancianos o dementes. Parece evidente la dificultad de identificar en estas prácticas la actuación en atención al interés y al beneficio del sujeto destinatario de las mismas.

A la luz de las anteriores propuestas, pienso que cualquier identificación de la eutanasia requiere la identificación de determinados requisitos. En primer lugar, la existencia de un determinado contexto. Me refiero con ello a la situación en la que un estado de “indignidad irreversible”. En segundo lugar, la identificación del interés o de la voluntad del sujeto en escapar de ese estado. En tercer lugar, la actuación necesaria de un tercero que lleve a cabo, por acción u omisión, un comportamiento necesario para que el sujeto escape a ese estado, acelerando el proceso de muerte. En cuarto lugar, la existencia de un móvil benevolente en relación con el sujeto.

Es evidente que estos requisitos no constituyen una definición de la eutanasia. Y también lo es que son quizá amplios en exceso. Pero creo que su toma en consideración tiene la virtud de abarcar gran parte de las modalidades con las que nos encontramos cuando se intenta llevar a cabo una tipología de las conductas eutanásicas.

Lo que sigue tiene una finalidad meramente expositiva, pretendiendo únicamente reflejar la posibilidad de conductas eutanásicas. Creo que es importante subrayar esto, ya que el punto de partida (distinción entre eutanasia activa y eutanasia pasiva) es irrelevante, desde determinados puntos de vista, a la hora de especificar la adjudicación de responsabilidad moral.³⁰ La primera distinción a la que debemos aludir es a aquella que existe

³⁰ Me he referido anteriormente a esta cuestión en “Eutanasia: dilemas relevantes”, en Ansuategui Roig, F. J. (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1999, pp. 89 y ss.; Frey, R. G., “Distintos tipos de muerte”, en Dworkin, G. *et al.*,

entre *eutanasia activa* y *eutanasia pasiva*. Esta distinción está en función de la conducta que de manera directa o indirecta provoca la muerte del sujeto. La eutanasia activa se identifica con el conjunto de actividades que tienen como finalidad adelantar la muerte de una persona que se encuentra en determinadas circunstancias. Se refiere al conjunto de acciones eutanásicas que causan la muerte, que no hubiera tenido lugar (al menos de manera tan rápida o inminente) sin ella. Estas acciones suponen un acortamiento de la vida del paciente. Evidentemente, es importante que se cumplan los presupuestos básicos en relación con los cuales cabe plantearse la posibilidad de estas conductas, con independencia del juicio moral que ellas merezcan. La eutanasia pasiva hace referencia a la supresión de las medidas o tratamientos que mantienen o prolongan la existencia de un paciente. Estamos frente a una situación en la que la suspensión del tratamiento o de las medidas en cuestión producen la muerte; pero también podemos pensar en aquellos casos en los que no se suspendan las medidas ya iniciadas, sino que éstas no se adoptan. En todo caso, también aquí, como en el caso de la eutanasia activa, se produce una aceleración del desenlace. En este sentido, la eutanasia pasiva debe ser diferenciada de la *ortotanasia*, que se identifica con la muerte acaecida en el momento justo, en el momento que le corresponde, dejando a la naturaleza que siga su curso. En este caso no existiría la aceleración del desenlace a la que se ha aludido anteriormente. Desde el momento en que en la ortotanasia se respetan los ritmos naturales de los acontecimientos, se diferencia de la *distanasia*; esto es, la prolongación de la existencia por todos los medios posibles a pesar del carácter inevitable de la muerte en el caso concreto. La distanasia sería, en este sentido, una situación muy próxima a la que se produce en los casos de “encarnizamiento terapéutico”.

La segunda distinción a la que haremos referencia es aquella que se produce entre eutanasia indirecta y eutanasia directa. La *eutanasia indirecta* se identifica con aquellas actuaciones cuya finalidad directa es el alivio de los dolores y sufrimientos, pero que además tienen como consecuencia indirecta o secundaria la aceleración del proceso de la muerte. La *eutanasia directa* se identifica, por el contrario, con aquellas conductas cuya finalidad directa es la de acelerar el proceso de muerte.

También se puede aludir a una tercera distinción, aquella que se produce entre *eutanasia consentida* (voluntaria) y *eutanasia no consentida* (no voluntaria). Estamos frente a una distinción construida en función de la mediación o no del consentimiento del sujeto. Se habla de eutanasia consentida cuando las conductas se llevan a cabo a petición de la persona cuyo proceso de

La eutanasia y el auxilio médico al suicidio, trad. de C. Franci Ventosa, Madrid, Cambridge University Press, 2000, pp. 41 y ss.

muerte se acelera. En este caso estamos frente a una eutanasia voluntaria. Por el contrario —y excluyendo de nuestra consideración aquellos casos, en ocasiones identificados de manera errónea con la eutanasia involuntaria, en la que no existe consentimiento, porque el sujeto quiere seguir viviendo, y por tanto no concurre el elemento de la benevolencia en relación con el sujeto y la atención a sus intereses— la ausencia de consentimiento puede tener lugar ya que el sujeto no se encuentra en condiciones de prestarlo. En efecto, todos podemos imaginar casos (accidentes, situaciones de coma, casos de neonatos) en los que no hay posibilidad de prestar consentimiento. Estamos frente a la eutanasia no voluntaria. En estas situaciones se plantea el problema de la identificación de la voluntad del sujeto. Pero debe tenerse en cuenta que la voluntad que no se puede constatar es la voluntad actual. Es en este punto en el que cobran sentido instituciones como las del testamento vital, que permiten identificar la voluntad expresada por el sujeto para el caso que concurriera la situación en la que se encuentra. Es evidente que las cautelas a la hora de asegurar la correcta identificación de los deseos del sujeto deben apurarse al máximo en estos casos.

El somero repaso a la diversidad de dimensiones que pueden presentar las conductas eutanásicas ayuda a comprender la complejidad del debate. Creo que es adecuado reconocer que cuando se discute sobre la eutanasia se puede estar discutiendo sobre diversas situaciones, y que cuando se emite un juicio moral en relación con la eutanasia se debe ser consciente del hecho de que posiblemente los argumentos utilizados no sean de aplicación perfecta en todos los casos. Por ejemplo, de acuerdo con la tesis que se mantenga respecto a la relevancia moral de las omisiones se juzgará de distinta manera la licitud moral de la eutanasia activa y de la eutanasia pasiva y sus respectivas diferencias. Por otra parte, la distinción entre eutanasia directa o eutanasia indirecta, y la argumentación que se pueda desarrollar al respecto, tiene mucho que ver con la función que se predique del médico y del personal sanitario. Junto a lo anterior, los argumentos en contra de la eutanasia basados en la denuncia de la dificultad de identificar el correcto interés de que se actúa en contra del interés del paciente no pueden ser articulados de manera similar si estamos pensando en eutanasia voluntaria o en eutanasia no voluntaria.

Sin embargo, es conveniente fijar, a la hora de emprender el razonamiento moral, el tipo de conductas eutanásicas en las que se está pensando. Como hemos podido observar, las situaciones varían, por ejemplo, de acuerdo con la presencia o no de consentimiento por parte del sujeto. Piénsese en aquellos casos en los que el sujeto que puede ser destinatario de la conducta eutanásica es un neonato, un niño o una persona que no se en-

cuentra en condiciones de prestar dicho consentimiento. Es evidente que la identificación del interés del sujeto y el ejercicio de la autonomía individual parece aún más compleja en determinadas circunstancias. Por otra parte, como ya he apuntado en otro momento, en ocasiones se eliminan del ámbito de las conductas eutanásicas aquellos comportamientos que se pueden entender como casos de eutanasia directa o eutanasia pasiva. Aunque anteriormente he expuesto una determinada caracterización de las tipologías de las conductas eutanásicas, no veo demasiada utilidad en detenernos en la identificación de ciertos comportamientos como eutanásicos o no. En todo caso, recordemos que el lenguaje y la atribución de significado a los términos es una cuestión convencional. El debate sobre lo que es o deja de ser eutanasia no nos debe alejar de nuestro objetivo, que es en realidad el de discutir sobre los principios morales que apoyan o no el atender a la petición de un sujeto en determinadas circunstancias. Por ello, a la hora de abordar el problema de la justificación moral voy a centrarme en un tipo de situación, que es aquella en la que un sujeto, que se encuentra en determinadas circunstancias, pide que se lleven a cabo ciertas actuaciones encaminadas a acelerar el proceso de su muerte. Entiendo que estas circunstancias se caracterizan de manera evidente, además de por la concurrencia objetiva de una determinada circunstancia médica, por la expresión de un requerimiento por parte del sujeto, en el sentido que Nino atribuye al término. En efecto, Nino distingue entre la expresión de un deseo por parte del sujeto, por un lado, y el consentimiento, por otro:

...el que un resultado sea deseado implica que es parte del plan de vida de la persona y que su efectivación supone el ejercicio de su autonomía. En cambio, que un resultado sea consentido sólo implica que se lo percibe como necesario para realizar el plan de vida, pero no como parte de él ni como ejercicio de la autonomía. Esta distinción nos permite sostener que mientras el consentimiento puede no ser suficiente para justificar privar de la vida a alguien o contribuir a que se la quite, si a ese consentimiento se le agrega un deseo, la privación de la vida puede estar justificada como forma suprema del ejercicio de la autonomía de la persona... Por eso es que es necesaria la combinación de los dos elementos: el deseo que hace que la muerte implique el ejercicio de su autonomía y el consentimiento que asegura que cualquier error sobre la interpretación de ese deseo sea asumido por la persona en cuestión.³¹

³¹ Nino, C. S., "La autonomía constitucional", *La autonomía personal*, Madrid, CEC, 1992, p. 61.

V. EL VALOR DE LA VIDA Y LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Las sociedades en las que rige un sistema de derechos son sociedades en las que el valor autonomía desempeña una función importante en la estructura axiológica asumida. En efecto, en un sistema de derechos la clave de bóveda de la propuesta moral asumida está ocupada por la referencia a la dignidad humana, y a partir de ahí, las referencias a la dignidad se especifican en los valores de libertad e igualdad. Así, libertad e igualdad se presentan en realidad como derivaciones de la dignidad humana. Al mismo tiempo, puede admitirse que partiendo de estos referentes axiológicos últimos, la subsiguiente estructura de derechos tiene ciertamente una dimensión instrumental evidente. Creo que la posición de los derechos respecto a los valores puede explicarse aludiendo a la dimensión instrumental de los primeros en relación con los segundos. Ciertamente, hablar de instrumentalidad de los derechos puede causar cierta perplejidad. Si los derechos son un objetivo valioso a reconocer y proteger, parece extraño que los derechos puedan ser considerados medios para alcanzar determinados fines, que, por definición, parecerán mercedores de mayor estimación y reconocimiento. Parecería desde este punto de vista que los derechos decrecen en su peso moral respecto a los valores. Pienso que esta perplejidad puede superarse. Los derechos están en relación instrumental respecto a los valores, ya que, por un lado, son una manifestación de los mismos. En efecto, los valores constituyen el fundamento de los derechos. No es extraño en este sentido el recurso a los derechos de libertad, o a los derechos de igualdad, para aludir a los valores de los que estos derechos reciben su fundamento. Aunque la estricta dicotomía entre libertad e igualdad además de ser poco fructífera es falsa, creo que es posible, aunque sólo sea a meros efectos explicativos, reconocer que hay derechos que están, más que otros, conceptualmente ligados a la libertad, mientras que otros lo están a la igualdad. Pero el sentido de esa posición de instrumentalidad de los derechos respecto a los valores se puede explicar desde el momento en que aquéllos serían expresión de las exigencias de éstos. Quiere decirse con ello que la implementación de los valores, la articulación de una sociedad de acuerdo con las exigencias de los valores, implica la existencia y pleno funcionamiento de un sistema de derechos. Dicho de otra manera, tomarnos en serio la libertad y la igualdad significa articular un sistema de derechos. Creo que la idea puede entenderse también si aludimos al valor que en definitiva aunaría el sentido y significado de la libertad y de la igualdad, y que ocuparía el vértice normativo sustantivo o material del ordenamiento, el valor dignidad: tomarse en serio

la dignidad implica organizar la sociedad a través del establecimiento de un sistema de derechos.

De lo anterior puede deducirse que un sistema de derechos debe entenderse en clave de este tipo de relación con los valores últimos del sistema. En este sentido, como ya se ha adelantado, el valor autonomía ocupa una posición básica al respecto, desde el momento en que se nos presenta como directa manifestación de la dignidad humana. El concepto de dignidad está dotado de una muy alta dosis de abstracción. Su comprensión se encuentra condicionada por su profunda dimensión emotiva. La identificación de su contenido resulta compleja, de manera que normalmente es más normal señalar determinadas situaciones como violaciones de la dignidad que determinar los componentes de la misma. Creo, no obstante, que con independencia de las distintas percepciones que al respecto se puedan mantener, la dignidad humana presenta un núcleo irreductible de significado, constituido por la idea de autonomía, de autorrealización personal.³² En efecto, el reconocimiento de la capacidad para construir y realizar planes de vida personales parece la exigencia mínima del reconocimiento de la dignidad, que en este sentido sería el reconocimiento de la capacidad para determinar y materializar esas opciones de vida. Esta idea, que sin duda tiene un protagonismo básico en la ética a partir de Kant, puede encontrar su manifestación en el derecho a través de diferentes manifestaciones o concreciones.

Las anteriores observaciones pueden ser tenidas en cuenta a la hora de valorar la respuesta que frente al problema de la eutanasia deba ofrecerse. Es en este punto en el que tenemos que afrontar el problema de las justificaciones y de los argumentos en relación con la aceptabilidad moral de la eutanasia. Ciertamente, en este punto nos encontramos con muy diferentes propuestas, no todas ellas apoyadas por las mismas razones de peso. Aquí hay que recordar la exigencia de universalizabilidad de los argumentos que se introduzcan en el debate; sólo ellos son susceptibles de formar parte de la ética pública.

Es cierto que nos encontramos con una buena cantidad de argumentos y de propuestas, tanto a favor como en contra de la moralidad de las actuaciones eutanásicas. No me voy a detener en el análisis pormenorizado de todos y cada uno de ellos, eliminando de las siguientes consideraciones a aquellos que son expresión de postulados absolutos o de creencias religiosas. Y ello

³² Peces-Barba, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2003. Carlos Nino diferencia entre el principio de autonomía, que implica el reconocimiento del valor intrínseco de la persecución de planes de vida e ideales de excelencia y el principio de dignidad, referido a la prescripción de tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones, en *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 46.

por razones diferentes. En relación con aquellas propuestas basadas en afirmaciones absolutas, creo que con ellas es difícil el debate, la argumentación y la contraargumentación, desde el momento en que presentan una inmunidad al contraste y una absoluta ausencia de predisposición a ser convencidos por argumentos más poderosos que los propios. En relación con los argumentos estrictamente religiosos, en ellos juegan un papel más importante en última instancia las creencias que las razones. La capacidad de convencimiento a través de estrategias intersubjetivas es más familiar a las segundas que a las primeras. Junto a esto, las creencias religiosas presentan una mayor dificultad respecto a su aceptación generalizada, lo cual no debe ser interpretado como muestra de disvalor, sino de su carácter privado o personal.

Pues bien, creo que el argumento más poderoso en relación con la moralidad de las conductas eutanásicas es el referido a la autonomía individual. Me parece, en este punto, que el principio de autonomía satisface dos exigencias básicas en este discurso. Por una parte, parece evidente que se encuentra en el núcleo de una determinada propuesta moral centrada en el individuo, en el reconocimiento de su valor y en el aprecio moral que merece la autodefinición de los planes de vida (que también son los planes de muerte). Pero por otra parte, la reivindicación de la autonomía también ocupa un papel muy importante en la definición de un determinado modelo de organización social, que es precisamente el constituido por la mejor propuesta liberal. Recordemos el contenido del artículo 10 de la Constitución española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. A la luz de este contenido, que bien constituye el núcleo de una determinada propuesta de ética pública, nos podemos formular determinadas cuestiones: ¿de qué forma la reivindicación del libre desarrollo de la personalidad condiciona una determinada respuesta al problema de la aceptabilidad de determinadas conductas eutanásicas?; ¿el libre desarrollo de la personalidad implica también protagonismo de la decisión individual a la hora de decidir sobre el destino que se quiere seguir en determinadas circunstancias? En definitiva, ¿hasta qué punto tomarse en serio las exigencias de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad condicionan una determinada respuesta en relación con la eutanasia? Ciertamente, el planteamiento de estas preguntas permite considerar que la de la eutanasia es también una cuestión política.³³

³³ Dworkin, R., *El dominio de la vida*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona, Ariel, 1994, p. 238.

Pero antes de abordar el argumento de la autonomía individual me gustaría hacer una referencia, aunque breve, a otros argumentos utilizados en el debate que nos ocupa.

Sabido es que el argumento referido a la sacralidad de la vida, que afirma el carácter absoluto del bien vida, que por tanto no debe ceder ante ninguna otra consideración, se asocia frecuentemente con perspectivas religiosas. Creo que esta asociación es correcta, aunque no excluye otras posibilidades. En este sentido, me parece que la afirmación referida a la consideración de la vida como un valor sagrado puede ser defendida también por quien no comparta necesariamente, por ejemplo, la afirmación de que la vida pertenece a Dios y que el sufrimiento humano forma parte del plan divino.³⁴ Por otra parte, incluso desde determinadas perspectivas religiosas, cabe recordar que la vida no es considerada un bien absoluto, que no cede en ningún caso. Un buen ejemplo es el del catecismo de la Iglesia católica cuando afirma:

La preservación del bien común de la sociedad exige colocar al agresor en estado de no poder causar perjuicio. Por este motivo la enseñanza tradicional de la Iglesia ha reconocido el justo fundamento del derecho y deber de la legítima autoridad pública para aplicar penas proporcionadas a la gravedad del delito, sin excluir, en casos de extrema gravedad, el recurso a la pena de muerte. Por motivos análogos quienes poseen la autoridad tienen el derecho de rechazar por medio de las armas a los agresores de la sociedad que tienen a su cargo (2266).

También, y en este caso desde un punto de vista político-social, se recurre al argumento de la pendiente resbaladiza para significar que, una vez aceptadas determinadas actuaciones eutanásicas, la sociedad se introduciría en una espiral en la que de la restricción de esas conductas para los casos en los que concurren las circunstancias de la eutanasia se pasaría a acabar con la vida de otras personas que no se encuentran en esas circunstancias. El argumento de la pendiente resbaladiza denuncia, pues, los abusos en los que se puede incurrir, y asume el peligro —con independencia de que sea cierto o no— de estos abusos como argumento suficiente para prohibir las prácticas eutanásicas. En realidad, estamos frente a una tesis que no centra sus razones en la moralidad o inmoralidad de las prácticas eutanásicas, sino que se fija en los peligros que podrían derivarse de un

³⁴ Cabe recordar en este punto que Dworkin se ha referido a los tres sentidos en que se puede afirmar que algo es valioso en sí mismo: instrumentalmente, subjetivamente, e intrínsecamente. Dworkin, R., *El dominio de la vida*, cit., p. 97.

abuso —de una mala gestión por tanto— de las mismas. Como determinadas prácticas, se dice, pueden degenerar en extralimitaciones de las mismas, aquéllas deben ser prohibidas con independencia de su aceptabilidad moral. Estamos, en resumidas cuentas, frente a un argumento basado en una “concepción determinista del futuro”,³⁵ respecto del que son posibles algunas reflexiones. En primer lugar, es cierto que un sistema de despenalización de la eutanasia en determinadas circunstancias debe incluir la presencia de ciertos y rígidos controles. Pienso que esta necesidad no es negada ni aun por los más acérrimos defensores de la eutanasia. En este sentido, la exigencia de que las actuaciones se lleven a cabo en un contexto sanitario y bajo la supervisión de los correspondientes comités éticos parece razonable. Por otra parte, conviene recordar que cuando nos planteamos la aceptabilidad de las conductas eutanásicas lo hacemos sobre la base de la consideración del interés y del beneficio del sujeto. Es cierto que no en todos los casos la identificación de ese interés, de la voluntad del sujeto, es fácil, lo cual necesariamente obliga a extremar las cautelas. En todo caso, lo que no se considera es que el personal sanitario decida por sí mismo qué vidas constituyen para el sujeto titular de las mismas una mayor cantidad de mal que de bien. En este sentido, no creo que existan dudas razonables en relación con que de lo que se trata cuando se plantea el problema de la justificación de la eutanasia no es de aplicar conductas eutanásicas a todos los individuos que se encuentren en determinadas circunstancias, por el mero hecho de encontrarse en esas circunstancias, sino sólo a aquellos individuos que, estando en esa situación, manifiestan su voluntad al respecto. Es cierto que lo anterior deja fuera los casos de eutanasia involuntaria. Pero ahí, como señala Nino, hay que extremar las precauciones, y la eutanasia sólo puede ser aceptada “en condiciones excepcionales en que se tenga casi una certeza absoluta acerca de las preferencias de la persona concernida y acerca de la irreversibilidad de los sufrimientos, de la falta de conciencia para prestar consentimiento y del proceso letal”.³⁶ El caso de una persona, que por las razones que se quiera, asuma el valor del sufrimiento, del dolor y de la situación en la que se encuentra o puede llegar a encontrarse, es digna de todo respeto. Por tanto, las actuaciones —precisamente aquellas en las que se piensa cuando se esgrime el argumento de la pendiente resbaladiza— en las que no se atendiera a la voluntad del sujeto y en las que se actuara de acuerdo con otros criterios, o sin ningún tipo de control o evaluación, excederían claramente de las conductas eutanásicas y deberían

³⁵ Lecaldano, E., *Bioética. Le scelte morali, cit.*, p. 76.

³⁶ Nino, C. S., “La autonomía constitucional”, *cit.*, p. 59.

ser calificadas, moral, social y jurídicamente, de otra manera. Y por último, es cierto que cualquier práctica en la que intervienen los individuos es susceptible de degenerar en abusos, y no por ello se prohíbe esa práctica. La cuestión que debe plantearse es si la posibilidad de abusos constituye un argumento suficiente para dificultar comportamientos y exigencias a favor de las cuales concurren buenas razones morales.

Como he señalado anteriormente, creo que el argumento de la autonomía vinculado al reconocimiento del protagonismo del individuo a la hora de definir el valor de su vida es ciertamente poderoso. No obstante, también soy consciente de que el argumento de la autonomía tiene sus limitaciones en el sentido de que es de más fácil aplicación a unos casos que a otros.³⁷ Parece evidente que el recurso a la autonomía implica la identificación de la decisión del sujeto a través de la cual se materializa esa autonomía. Y en este sentido, no en todas las ocasiones en las que se puede encontrar un sujeto es fácil identificar el contenido de su decisión. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los neonatos o en el de aquellas personas que sufren pérdida de consciencia o trastorno psíquico. En alguno de estos casos el recurso al testamento vital o a la declaración de voluntad que el individuo haya podido llevar a cabo en un momento anterior permite identificar la decisión del sujeto. Pero en otros casos eso no es tan fácil. De todas maneras, quiero recordar que el caso tipo en el que estoy pensando en esta reflexión es aquel en el que el sujeto expresa o ha expresado su voluntad claramente.

Frente a una concepción de la vida que la entiende como un bien absoluto —y que hunde sus raíces en la tradición judeo-cristiana, y que constituye “la base emocional más poderosa para resistirse a la eutanasia”—,³⁸ es posible hacer referencia a otra comprensión de la misma, desde un punto de vista cualitativo, que permite distinguir en este sentido entre la vida como una realidad biológica y la vida como una realidad biográfica, entre “estar vivo”, y “tener una vida”.³⁹ Hay determinadas circunstancias en las que la vida de una persona llega a ser una mera existencia biológica, careciendo de todas aquellas posibilidades que le permiten al individuo construirse a sí mismo, ir escribiendo su propia biografía vital. Ciertamente, puede ser complicado identificar con exactitud todas las cualidades que deben adornar una existencia para poder considerar que, a partir de ellas, el individuo —libre y autónomamente— puede ir redactando su propia biografía. Po-

³⁷ Lalatta Costerbosa, M., “Eutanasia e filosofia morale: l'autonomia e le sue insidie”, *cit.*, pp. 190 y 191; Lecaldano, E., *Bioetica. Le scelte morali*, *cit.*, pp. 69 y 129.

³⁸ Dworkin, R., *El dominio de la vida*, *cit.*, p. 255.

³⁹ Rachels, J., *Euthanasia and the End of Life*, *cit.*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 25.

siblemente es útil recurrir al concepto de dignidad. En determinadas circunstancias hay existencias que al titular de las mismas pueden no parecerle dignas de ser vividas. En opinión de G. Peces-Barba, la idea de dignidad lleva implícita la “capacidad de elegir entre diversas opciones, de razonar y de construir conceptos generales, de comunicarse con sus semejantes, con los que forma una comunidad dialógica, y de decidir sobre sus planes de vida para alcanzar la plenitud y la autonomía moral”,⁴⁰ a lo que yo añadiría explícitamente la capacidad de tener fines y de ejecutar preferencias. Dichas características nos suministran indicios que pueden permitir a una persona llegar a una determinada conclusión sobre las notas cualitativas de su existencia.

Rachels señala que la perspectiva de la calidad de la vida puede implicar un replanteamiento de la regla moral que prohíbe matar, porque ya no se trataría exclusivamente de asegurar la existencia de los sujetos, con independencia de las circunstancias que acompañen esa existencia, sino también de proteger de la mejor manera posible los intereses de los sujetos que son titulares de esas vidas. Por ello, se podría afirmar que “es moralmente importante proteger vidas y a los individuos que son los sujetos de dichas vidas. Si se mata a esos individuos, sus vidas biográficas, y no sólo sus vidas biológicas, serán destruidas. Por eso matar es malo”.⁴¹

En este marco, el valor de la vida es el que tiene esa vida también para sus titulares. El problema que se plantea es el del valor de la vida, no desde el punto de vista de un observador, sino desde el punto de vista de quien disfruta o sufre esa vida. Si afirmamos que la vida es valiosa, es porque para el titular de esa vida, su permanencia y continuidad supone un bien, algo agradable, y entre sus intereses se encuentra el de conservarla. Ese sujeto va a estar firmemente interesado en que nadie le arrebatase la vida y va a intentar conservarla a toda costa. Él, mejor que nadie, sabe lo que vale su vida. En este sentido, se ha afirmado que “decir que algo tiene valor para *alguien* no significa que eso tiene valor porque él o ella *crea* que es valioso. No significa que esa cosa tiene valor sólo porque a alguien conscientemente le importa. Por el contrario, significa lo siguiente: algo tiene valor para una persona si su pérdida le causase un *daño*”.⁴²

Estamos pensando evidentemente en un contexto en el que se subraya el valor de la autonomía individual y se otorga protagonismo a la decisión del individuo en aquellos casos en los que considera que la vida ha dejado

⁴⁰ Peces-Barba, G., “La libertad del hombre y el genoma”, *Derechos y Libertades*, núm. 2, 1994, p. 319.

⁴¹ Rachels, J., *Euthanasia and the End of Life*, *cit.*, p. 28.

⁴² *Ibidem*, p. 38.

de ser valiosa para él. Es cierto que este planteamiento tiene tras de sí la acusación de un excesivo subjetivismo. Se podría objetar que cada sujeto podría decidir en cada momento, según sus propios criterios, qué es para él la calidad de vida y qué vida merece ser vivida. En realidad, es cierto que los sujetos proceden a evaluaciones de las situaciones vitales en las que se encuentran, pero lo anterior es distinto que concluir que sus opciones son pura y exclusivamente subjetivas. Se ha señalado en este sentido que son posibles dos aproximaciones al concepto de calidad de vida: una objetiva y otra subjetiva.⁴³ La objetiva es la que viene determinada por la actividad diagnóstica que lleva a cabo el médico. Posteriormente va a ser el propio paciente el que, contando con los datos suministrados por el médico, transforme la calidad de vida objetiva en calidad de vida subjetiva a la luz de sus ideas, preferencias, concepciones. En este sentido, la calidad de vida de la que se habla cuando nos planteamos los problemas de la eutanasia es en efecto la calidad de vida subjetiva, en la que el que tiene la última palabra es el sujeto afectado. Pero aún así, no creo que se pueda decir que nos movemos en el terreno de lo absolutamente subjetivo. La determinación última del sujeto sobre el valor que le merece su propia vida es evidentemente el producto de una reflexión personal, pero no quiere decir que sea válida en cualquier tipo de circunstancias, sino en aquellas en las que puede constatar la presencia de un estado *de indignidad irreversible* y que permiten plantear la posibilidad de conductas eutanásicas. En este sentido, se han propuesto determinadas identificaciones objetivas de aquellas situaciones de aminoración o mengua de la calidad de vida:⁴⁴ “calidad de vida limitada”, en las que se produce un déficit de la capacidad física o mental, pero que siguen permitiendo una vida propiamente humana, no planteando por tanto ningún problema en relación con la eutanasia; “calidad de vida mínima”, que se identifica con situaciones de irreversibilidad, en las que hay un sufrimiento constante y prolongado por parte del sujeto, en las que no hay capacidad de llevar a cabo proyectos personales, hay frustración de expectativas vitales, y además hay una importante disminución del nivel de conciencia y de las posibilidades de comunicación: constituyen situaciones típicas que plantean la legitimidad de actuaciones eutanásicas; “calidad de vida por debajo del mínimo”, se identifican con los estados vegetativos,

⁴³ Simon Lorda, P. y Couceiro Vidal, A., “Decisiones éticas conflictivas en torno al final de la vida: una introducción general y un marco de análisis”, *cit.*, p. 336; Becchi, P., “I dilemmi dell’eutanasia”, *Teoría Política*, IX, núm. 1, 1993, p. 129.

⁴⁴ Jonsen, A. R. et al., W. J., *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, *cit.*, pp. 217 y ss.

que se caracterizan con una ausencia irreversible de cualquier capacidad de conciencia y de comunicación.

En realidad, la cuestión sobre el valor de la vida está íntimamente relacionada con la vinculación entre las nociones de vida y bien. Como ha señalado Philippa Foot, tener bien claro qué se quiere decir cuando se afirma que la vida constituye un bien es una premisa básica previa a nuestra decisión sobre la moralidad o inmoralidad de las conductas eutanásicas. A continuación me centraré en los planteamientos de dos autores: la propia Philippa Foot y José Ferrater Mora, que me parecen sumamente esclarecedores al respecto.

Teniendo en cuenta que la moralidad de las conductas eutanásicas puede valorarse de acuerdo con los intereses de los individuos, conviene plantearse qué significa afirmar que una vida tiene valor para un sujeto, que una vida es algo bueno para ese sujeto. Es cierto que, considerada la vida como un bien, los individuos titulares de ella misma pueden considerar beneficioso o favorecedor de sus intereses la prolongación de la vida; pero de la misma manera que lo anterior es cierto, también lo es que en ocasiones la prolongación de la vida de un sujeto no constituye en absoluto un beneficio para él, algo valorable positivamente;⁴⁵ en esas ocasiones la muerte es “la liberación de una condición que cada día es más insoportable”.⁴⁶ Hay, por tanto, que considerar cuándo se puede afirmar que la vida constituye un bien o algo beneficioso para un individuo.

Como señala Foot, criterios como el de la propia experiencia del sujeto o el propio deseo de vivir por parte del individuo pueden ayudar a responder a la anterior cuestión. Pero ahora el problema radica en saber si existe una conexión conceptual entre las nociones de vida y bien. El análisis es diferente si la vida en la que estamos pensando es la de las plantas o los animales o la de los seres humanos, ya que en este caso se introduce un elemento nuevo, que es el de la propia opinión del sujeto sobre su vida.

A la cuestión de cuándo podemos decir que la vida es un bien para un sujeto o que constituye un beneficio para él, Foot responde de la siguiente manera: la vida es un bien cuando procura cosas buenas. Ello, que parece razonable, debería permitir afirmar que, de la misma manera que consideramos que la vida es un bien cuando procura cosas buenas, debería poder ser considerada un daño cuando procura cosas malas ¿se puede considerar que la vida es un bien incluso cuando procura más cosas malas que buenas?⁴⁷

⁴⁵ Foot, Ph., “Euthanasia”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, núm. 2, 1977, p. 88.

⁴⁶ BecchiI, P., “I dilemi dell’eutanasia”, *cit.*, p. 126.

⁴⁷ Foot, Ph., “Euthanasia”, *cit.*, p. 93.

Teniendo en cuenta este contexto, posiblemente no sea adecuado afirmar simplemente que uno de los elementos de la eutanasia es que “la muerte ha de ser el objetivo buscado, ha de estar en la intención de quien practica la eutanasia”.⁴⁸ Hay que tener en cuenta que la vida, para un sujeto, en determinadas circunstancias, no tiene el mismo significado que en otras. De la misma manera, en las situaciones de indignidad irreversible, la muerte en realidad es un medio, ya que el fin sería dejar de sufrir una existencia que constituye para el sujeto un mal.

Posiblemente, arguye Ph. Foot, existe en efecto una conexión conceptual entre “vida y “bien”. Pero el concepto de vida que se identifica con algo beneficioso para el sujeto no es cualquier vida, una mera existencia (recordemos la idea de vida biológica), sino una vida en la que se encuentran presentes determinados *estándares de normalidad*, que son los que permiten precisamente hablar de un *vida ordinaria*. Es la presencia o ausencia de esos estándares las que pueden hacer atractiva u odiosa una vida. La idea de estándares de normalidad reconduce a la de un mínimo de bienes básicos cuya ausencia no permite asociar la idea de vida a la de bien. Por ejemplo, Foot alude a que el individuo no sea obligado a trabajar más allá de sus capacidades, a que tenga el apoyo de su familia o de su comunidad, a que pueda satisfacer —por lo menos en lo mínimo— su hambre, a que se le permita albergar esperanza para el futuro, a que se le permita descansar.⁴⁹ Éstas son características no directamente vinculadas a los casos en los que se plantea la posibilidad de una conducta eutanásica, pero todos sabemos que estos casos se definen sobre todo por la concurrencia de circunstancias que alejan mucho al sujeto de esos estándares de normalidad.

Si admitimos que la dignidad de una existencia exigiría unos bienes mínimos básicos, y que difícilmente se puede concebir la vida como un bien sin esos mínimos, se puede desembocar en la afirmación de que la vida de

⁴⁸ Comité Episcopal para la Defensa de la Vida, *La eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos*, Madrid, PPC, 1993, p. 13. La anterior consideración le permite a la Iglesia católica aceptar la eutanasia indirecta negando que dicha práctica constituya un caso de eutanasia: “no es eutanasia, por tanto, el aplicar un tratamiento necesario para aliviar el dolor, aunque acorte la expectativa de vida del paciente como efecto secundario no querido” (*ibidem*). La cuestión que se puede plantear es hasta qué punto, si se tiene certeza de que el tratamiento analgésico tiene como consecuencia segura la muerte, se puede excluir a ésta del contenido de la voluntad del que toma la decisión en favor del tratamiento. Si de lo que se trata es de mantener la vida del paciente, teniendo en cuenta que la eutanasia indirecta puede ser una modalidad de eutanasia activa —negada en todo punto por la Iglesia católica—, no se entiende muy bien cuál es la verdadera razón que justifica la distinta postura que se mantiene respecto a la eutanasia directa y a la indirecta.

⁴⁹ Foot, Ph., “Euthanasia”, *cit.*, p. 95.

un sujeto determinado constituiría un bien para él sólo cuando se trata de una vida digna. La alusión a esos bienes mínimos tiene una gran importancia porque sirve para ayudar a delimitar la ya de por sí sinuosa y difusa frontera que delimita los casos en los que es operativa la idea de eutanasia. El ámbito de la eutanasia no sólo sería el de las situaciones terminales muy próximas a la muerte, sino también el de aquellos casos en los que no hay una muerte inminente, pero una persona sufre una existencia dramática. Por eso me parece útil el concepto de “indignidad irreversible”, tal y como ha sido explicado por Marina Gascón. También Diego Gracia ha señalado que las situaciones que se deben tener en cuenta en estos casos no sólo son aquellas en las que el paciente está sometido a técnicas especializadas y avanzadas de soporte vital. Por el contrario, “tiene sentido pensar que muchas personas viven situaciones que solemos considerar “ordinarias” como peores que la muerte. Tales son, por ejemplo, los casos en que las personas han perdido toda capacidad para cuidar de sí mismas, como sucede en las cuadriplejías”.⁵⁰ En este sentido, Gracia refleja los resultados de un estudio en el que se percibe el dato de que los enfermos sometidos a situaciones graves piensan que hay situaciones peores que la muerte. Así, situaciones de inmovilidad física, dolor y agotamiento, incapacidad para cuidar de sí mismo, incapacidad para entablar relaciones interpersonales, permiten pensar que la vida no ha de medirse sólo por su “cantidad”, sino también por su calidad, en la cual desempeñan un papel muy importante estos factores:

El problema ético —concluye D. Gracia— se resume en saber si las personas que viven una vida que consideran peor que la muerte pueden poner término a sus sufrimientos (suicidio) y si en el caso de que estén imposibilitadas para realizarlo por sí mismas, pueden pedir a otras, especialmente a los médicos, que pongan término a su vida (eutanasia).⁵¹

Pero volvamos por un momento a la propuesta de Philippa Foot. Como la misma autora señala, el problema se plantea en términos de lo bueno y lo dañino, pero no en términos de felicidad o infelicidad.⁵² Felicidad o infelicidad no serían directamente identificables con lo bueno o lo dañino en el análisis de Foot, pero, en todo caso, lo que sí parece es que son nociones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de ponderar el valor de una vida para un sujeto. Creo que lo anterior nos permite conectar con los planteamien-

⁵⁰ Gracia, D., “Historia de la eutanasia”, *cit.*, pp. 29 y 30.

⁵¹ *Ibidem*, p. 30.

⁵² Foot, Ph., “Euthanasia”, *cit.*, p. 93.

tos de Ferrater en relación con la idea de valor de la vida, que como bien recuerda no está muy lejana de la de cualidad (también calidad, añadiría yo) de la vida.⁵³

Ferrater utiliza una propuesta en relación con las cualidades de la vida y con la posición del individuo en relación con esas cualidades. Así, se puede hablar de cualidades objetivas y subjetivas.⁵⁴ Las primeras pueden ser estudiadas en términos de indicadores sociales; las segundas se pueden identificar por las reacciones individuales y particulares de los individuos frente a las cualidades objetivas. Por su parte, las cualidades objetivas pueden ser primarias o básicas y secundarias. Las primarias “permiten a un ser humano subvenir a necesidades fundamentales”, mientras que las secundarias “no se distinguen siempre radicalmente de las primarias, porque son a menudo posibles, y deseables, resultados de éstas”. Entre las primarias, Ferrater señala la alimentación adecuada y suficiente, la protección contra inclemencias y amenazas y la certeza razonable de que la propia seguridad no se va a ver amenazada, un mínimo nivel de reposo y ocio, unas suficientes y satisfactorias relaciones con los demás, y libertad contra la opresión. La caracterización de las cualidades secundarias es ciertamente más complicada pues, entre otras cosas, “algunas de las cualidades secundarias son proyecciones e intensificaciones de cualidades primarias... Ciertas cualidades objetivas secundarias pueden depender de cualidades primarias, pero no se reducen a ellas”.

El peso e importancia de las cualidades objetivas debe ser contextualizado, ya que “aun arraigadas en la constitución biológica y psiconeuronal de los seres humanos, pueden variar grandemente de acuerdo con el tipo de comunidad o el momento histórico”. Por ello, es difícil trazar una lista de preferencias válida para todo momento y lugar. Por su parte, las cualidades subjetivas dependen en gran medida de las intenciones y opiniones del sujeto.

Las decisiones de los individuos en cuanto al beneficio que les reporta la continuación de su vida pueden depender de la presencia e importancia de cualidades objetivas y subjetivas. Ferrater propone considerar cuatro situaciones:

- (1) Una vida humana con cualidades de vida objetivas, pero sin ninguna cualidad subjetiva —una vida humana que sea indiferente a, o reaccione negativamente contra, cualquier cualidad positiva— no parece merecedora de continuarse;
- (2) Una vida humana con sólo cualidades subjetivas pa-

⁵³ Ferrater, J. y Cohn, P., *Ética aplicada. Del aborto a la eutanasia*, cit., p. 103.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 104 y ss.

rece merecedora de continuarse; (3) Una vida humana sin cualidades ni objetivas ni subjetivas no parece merecedora de continuarse; (4) Una vida humana con cualidades a la vez objetivas y subjetivas parece merecedora de continuarse.⁵⁵

Estas situaciones pueden llegar a ser muy diferentes entre sí, y la posición del individuo que se encuentra en ellas puede justificar consideraciones muy distintas sobre el valor que puede tener para él la continuación de la vida.

En todo caso, la anterior distinción es útil porque sirve para mostrar que la decisión y la opinión individual del sujeto es posiblemente el último y definitivo criterio a tener en cuenta a la hora de ponderar el valor de la vida, que vendría definido por una decisión profundamente moral, condicionada por las convicciones del sujeto.⁵⁶ Ferrater propone un ejemplo, que considero muy útil. Es el del soldado gravemente herido en un campo de batalla que no puede ser transportado por sus compañeros, estando próximo el enemigo, que llegará al lugar donde se encuentra y que le torturará hasta la muerte, como suele hacer con todos los prisioneros. Se plantean dos alternativas. Se le puede administrar un calmante, que le va a ayudar a soportar los dolores, pero que le va a mantener con vida a la llegada del enemigo. Por otra parte, se le puede pegar un tiro de gracia o suministrarle un calmante que le reduzca los dolores y que le asegure una muerte tranquila antes de que llegue el enemigo. En este caso se le estaría aplicando algo muy parecido a una técnica eutanásica. Y puede parecer que eso es lo que más conviene a sus intereses, teniendo en cuenta que, en todo caso, la muerte es segura, pero si sigue vivo a la llegada del enemigo tiene aseguradas insufribles torturas. De manera que la situación parece absolutamente carente de cualidades objetivas. Pero si el soldado quiere en todo caso seguir vivo, por las razones que sea, mostrando con ello que para él la existencia sigue teniendo cualidades subjetivas que permiten valorarla positivamente, éstas deben respetarse. Como señala Ferrater:

...habrá que respetar su decisión, aún si se la estima disparatada o delirante. Lo que el soldado habrá decidido en este caso es adoptar la actitud expresada en la tesis (3). No tiene, ni es presumible que tenga, ninguna cualidad de vida a que agarrarse, pero se agarra a una cualidad subjetiva, para la cual puede inclusive dar razones —por ejemplo, que quiere sufrir por la patria, o por la

⁵⁵ *Ibidem*, p. 106.

⁵⁶ Dworkin, R. *et al.*, “Assisted Suicide: the Philosopher’s Brief”, *The New York Review of Books*, vol. 44, núm. 5, 27 de marzo de 1997.

revolución, o por lo que sea; o que si llegan los enemigos y lo torturan se convertirá en un mártir, con lo cual, a su entender, se va a ennoblecer su vida—. La idea de un martirio ennoblecedor no es ninguna cualidad objetiva de vida, pero es una cualidad subjetiva que se le impone contra la única cualidad objetiva a la que podría abrazarse: la de no sufrir.⁵⁷

Sabemos que el concepto de autonomía constituye una noción básica de toda concepción política que se presente como liberal. La comprensión liberal del principio de autonomía lo presenta como “un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control, ya sean los medios empleados la fuerza física en forma de penalidades legales o la coacción moral de la opinión pública”.⁵⁸ Es el propio Mill el que nos ofrece una formulación de dicho principio, que hoy podemos observar como clásica:

...el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por al cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que el concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.⁵⁹

Es evidente que las consecuencias del principio liberal son amplias y condicionan la entera legitimación del ejercicio de la autoridad en sociedad. Y en este sentido, van mucho más allá del tema concreto de la eutanasia. Pero en todo caso, creo que de él se pueden derivar implicaciones para nuestro tema. En efecto, de acuerdo con Mill, la única justificación de

⁵⁷ Ferrater, J., Cohn, P., *Ética aplicada. Del aborto a la eutanasia, cit.*, p. 107.

⁵⁸ Mill, J. S., *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, Madrid, Alianza, 1986, p. 65.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

una limitación de la libertad de un sujeto es procurar la autoprotección, y sólo en el caso en que el ejercicio de la libertad cause daño a terceros, ése puede ser restringido. En este sentido, una restricción de la libertad de una persona, cuyo ejercicio no causa daño a terceros, encaminada únicamente a procurarle el bien —lo que el individuo identifica como bien—, carece de justificación. Si analizamos las situaciones en las que se plantea la licitud moral de las conductas eutanásicas de acuerdo con este principio, podemos llegar a la conclusión de que no estaría justificada la restricción de la libertad de elección del sujeto en aquellos casos en los que no se generara un daño a terceros. La restricción de la libertad de un sujeto, derivada de la imposición de un bien, es un atentado contra la autonomía individual, ya que podríamos afirmar que el bien (o la concepción del bien) que asuma un sujeto debe ser el resultado de una elección personal y no de una imposición por parte de terceros. Sólo en ese caso cabrá atribuir a esa elección un auténtico sentido y valor moral.

Ciertamente, en aquellas situaciones en las que no se accede a la pretensión del sujeto que en determinadas condiciones reclama la aplicación de una técnica eutanásica, estamos ante una imposición de una determinada concepción del bien. Esto me parece evidentemente claro cuando el argumento en el que se apoya la negativa está vinculado a una explicación perteneciente por tanto al ámbito de la ética privada. Esa negativa supone una violación de la autonomía individual, entendida, con Nino, a partir de tres elementos básicos: la capacidad de valorar, la individualidad y la capacidad de tomar decisiones efectivas.⁶⁰ Como señala Marina Gascón, “al sostener que la vida es indisponible incluso por su propio titular, se está asumiendo implícitamente la imposición de un límite bastante serio al principio de autonomía de los individuos, razón por la cual la tesis de la indisponibilidad de la vida peca... de enmascarar un cierto paternalismo”.⁶¹

Creo que el análisis de la cuestión que nos ocupa en términos de tensión entre autonomía y paternalismo puede ser fructífera. Y es que, en realidad podemos plantearnos hasta qué punto esa negativa frente al que reclama una conducta eutanásica no implica una imposición de una concepción del bien frente a su voluntad. Si ello es así, esa negativa podría ser entendida como un caso de paternalismo, y más en concreto como un caso de paternalismo indirecto, o impuro, que es aquel en el que se protege a una persona a través de la imposición de sanciones a terceros. Es decir, se sanciona a un sujeto A con la intención de proteger al sujeto B. En estos

⁶⁰ Nino, C. S., “La autonomía constitucional”, *cit.*, pp. 33 y ss.

⁶¹ Gascon, M., “Problemas de la eutanasia”, *cit.*, p. 103.

casos, la libertad que se restringe directamente es la de A, pero también se limita la de B —de manera indirecta— ya que a través de la sanción que se impone a A se elimina una posibilidad de actuación por parte de B.⁶² La aceptabilidad de esa negativa dependería de su mayor o menos justificación. En efecto, el paternalismo no es *ex definitione*, aceptable o inaceptable; por el contrario, su aceptabilidad o inaceptabilidad depende de la presencia u ausencia de buenas razones a favor de la imposición.

Cuando nos enfrentamos con la cuestión del paternalismo, el primer problema con el que nos encontramos es con el de su conceptualización y caracterización. Gerald Dworkin lo ha definido como “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a las necesidades a los intereses o a los valores de la persona coaccionada”.⁶³ De acuerdo con esta definición, que podemos asumir como referencia, para poder caracterizar una conducta como paternalista deberían concurrir tres elementos básicos: en primer lugar, existe una restricción de la libertad de una persona o, podríamos añadir, de su protagonismo efectivo a la hora de tomar decisiones; en segundo lugar, la intención de la intervención paternalista tiene como objetivo salvaguardar los intereses de la persona sobre la que se interviene, y en tercer lugar, la intervención no cuenta con la aceptación de la persona. A la vista de lo anterior, podemos adelantar que aquellos casos en los que no se atiende el requerimiento de conductas eutanásicas por parte del individuo que se encuentra en determinadas circunstancias podrían ser caracterizados como casos de paternalismo. Parece evidente que en estos casos se produce una intervención restrictiva en las decisiones del sujeto —a través de la estrategia indirecta propia del paternalismo impuro—, por parte de un tercero, con la intención de asegurar sus intereses. Pero es cierto que, de acuerdo con esta interpretación, nos deberíamos enfrentar con el problema de hasta qué punto, en realidad, una negativa al requerimiento de una conducta eutanásica no puede ser considerada más como un caso de auténtico moralismo que de paternalismo.

Las fronteras conceptuales que separan al moralismo del paternalismo en ocasiones pueden ser muy difusas. En todo caso, aquello que está ausente en el moralismo es la intención favorecedora de los intereses del sujeto.

⁶² Frente al paternalismo indirecto o impuro, el paternalismo directo o puro consiste en la directa limitación de la libertad del sujeto al que se pretende proteger. Véase Dworkin, G., “El paternalismo”, trad. de J. Málem, en Betegón, J. y Páramo, J. R. de (eds.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 149 y 150; Tomás-Valiente Lanuza, C., *La disponibilidad de la propia vida en el derecho penal*, Madrid, CEPC-BOE, 1999, pp. 26 y ss.

⁶³ Dworkin, G., “El paternalismo”, *cit.*, p. 148.

También en el moralismo, como en el paternalismo, existe una restricción en la libertad y en la decisión del sujeto; pero en el caso del moralismo la restricción está apoyada en consideraciones referidas al valor de una moralidad intrínseca y objetiva, que por su mismo peso y calidad deben ser impuestas. En el moralismo, a diferencia del paternalismo, no cabe la consideración a los intereses y a las preferencias del individuo.

Pues bien, asumiendo la anterior caracterización del paternalismo, podemos asumir en este momento una conclusión provisional: a priori, el paternalismo parece una negación de la autonomía individual. En efecto, si lo que se pretende es favorecer los intereses del sujeto, parecería lo más lógico que, siendo éste el mejor conocedor de los mismos, tuviera libertad a la hora de actuar de acuerdo con los mismos. Así planteada la cuestión, parecería que el paternalismo parece difícilmente justificable. Pero lo que es cierto es que el paternalismo puede encontrar justificaciones, que van a depender del juicio que merezca la posición en la que se encuentra el individuo a la hora de identificar sus mejores intereses y actuar de acuerdo con los mismos. En este punto nos encontramos con dos cuestiones. Por una parte, la referida a la identificación de los intereses individuales; por otra, la referida a la capacidad del sujeto a la hora de actuar en consecuencia (asumiendo, naturalmente, que los sujetos tienden a actuar de acuerdo con sus preferencias e intereses).

A la hora de identificar aquello beneficioso para el individuo, aquello que le interesa, creo que son posibles al menos dos estrategias. En primer lugar, sería posible optar por la identificación de intereses “objetivos”, de situaciones que *per se* son beneficiosas —o así deben ser entendidas— en relación con el individuo, más allá de sus preferencias personales. Si se defiende esta posibilidad, necesariamente hay que identificar esos intereses objetivos y justificar por qué son superiores a las preferencias individuales. En segundo lugar, cabe pensar en el protagonismo del sujeto a la hora de definir esos intereses; es el sujeto el que toma la decisión a la hora de señalar sus preferencias, asumiendo las responsabilidades al respecto. Parece razonable pensar que esta segunda estrategia es más fácilmente armonizable con las exigencias de la autonomía individual que la primera.

Si, por un lado, hemos afirmado el valor de la autonomía individual y del protagonismo de la decisión libre del sujeto a la hora de identificar sus intereses y, por otro, se ha hecho referencia a la posibilidad de que el paternalismo esté justificado en determinadas ocasiones, estamos obligados a preguntarnos por la justificación del paternalismo; es decir, debemos establecer en qué ocasiones la decisión libre del sujeto no le asegura la identificación y la consecución de sus mejores intereses. En este punto, podemos

recurrir a la noción de competencia, tal y como ha sido caracterizada por Ernesto Garzón Valdés: “capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta”.⁶⁴ De acuerdo con esta propuesta, el sujeto competente, o que se encuentra en una situación de incompetencia, estaría en condiciones de elegir y decidir de manera que aseguraría —o, al menos, posibilitaría— la consecución de sus preferencias. Por el contrario, la ausencia de competencia le niega al sujeto esa capacidad.

Es precisamente en este punto en el que podemos comenzar a plantearnos la posibilidad de un paternalismo justificado: allí cuando el sujeto carece de la competencia necesaria para decidir lo mejor para él, entendida esta competencia como competencia básica, le referida a la capacidad del individuo a la hora de afrontar situaciones “normales” en relación con los contextos de su existencia, y no como competencia “relativa”, que es la que atañe a situaciones específicas y concretas que exigen especiales destrezas por parte del sujeto. En esos casos, la actuación paternalista respondería al deber moral de evitar el peligro o de posibilitar el bien a aquel sujeto que por sí mismo no lo puede lograr. Recordemos que es el mismo Garzón el que identifica los casos esenciales en los que se carece de competencia básica, y que estarían caracterizados por la ignorancia de los elementos esenciales de la situación en la que el sujeto debe actuar, por la fuerza de voluntad reducida que impide tomar decisiones, por la reducción temporal o definitiva de facultades mentales, por la actuación bajo compulsión y por la actuación irracional. En todo caso, el paternalismo estaría justificado siempre y cuando se constatará la ausencia de esa competencia en el sujeto.

Pues bien, regresemos a aquellas situaciones en las que se plantea la legitimidad moral de las conductas eutanásicas y planteémoslas en términos de contradicción entre autonomía y paternalismo. Así, una negativa a la solicitud de una persona que se encuentra en una de las situaciones a las que nos hemos referido en una parte anterior del trabajo estaría justificada siempre y cuando se considerara que el sujeto carece de la competencia que le permite elegir sus propias concepciones del bien, con independencia del juicio que éstas puedan merecer. Creo que de la misma manera que sería inmoral adelantar la muerte a aquella persona que, encontrándose en esas circunstancias, rechaza cualquier intervención al respecto, también lo sería desatender el requerimiento en sentido contrario. Y en ambos casos por respeto a su autonomía individual. Y ello, con independencia de que el re-

⁶⁴ Garzón Valdés, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *idem*, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 371.

querimiento se haya producido en el pasado (a través de un testamento vital, por ejemplo) o sea presente.

Se podría argumentar que es difícil comprender que un ejercicio de la autonomía individual conduzca al sujeto a una situación en la que no va a existir posibilidad alguna de ejercer esa autonomía. Eso es lo que ocurriría —podría afirmarse— en aquellos casos en los que la decisión del sujeto consistiera en solicitar la muerte. Pero habría que recordar en este punto que el ejercicio de la autonomía constituye un bien para el sujeto desde el momento en que tiene la posibilidad de elegir entre las distintas opciones que se plantean a lo largo de su vida. Las situaciones de “indignidad irreversible”, en las que se discute sobre la licitud moral de la eutanasia, se caracterizan precisamente por la ausencia de esas posibilidades, desde el momento en que el proceso de muerte se ha iniciado de manera inexorable.

En definitiva, las exigencias de tomarnos la autonomía individual en serio y de asumir sus consecuencias condicionan, en mi opinión, la respuesta que en términos morales ofrezcamos a las personas que quieren dejar de sufrir y que reclaman el reconocimiento y la atención a su derecho a morir con dignidad. La exigencia de este derecho puede tener diversos contenidos. Tal constatación no es sino una exigencia de coherencia en el respeto a la autonomía individual, que no necesariamente debe ser interpretada de manera unidireccional. En todo caso, la aceptación del derecho a morir con dignidad implicaría que el derecho a la vida se interpreta como un derecho discrecional, entendido como un área de autonomía en el que el titular del mismo tiene derecho a decidir, frente a su consideración como un derecho obligatorio, que elimina cualquier tipo de discreción en cuanto a su contenido, dejando sólo una posibilidad de ejercicio.⁶⁵ La caracterización de este derecho como discrecional implica por tanto la posibilidad de considerarlo tanto como derecho “negativo”, como derecho “positivo”.⁶⁶ En el primer caso, se alude a la exigencia moral de no sufrir limitaciones de la libertad contra la propia voluntad o intervenciones no deseadas; en el segundo caso, se hace referencia a un derecho de autonomía a la hora de elegir los propios

⁶⁵ Como Joel Feinberg recuerda, de la distinción entre la consideración del derecho a la vida como un derecho discrecional o como un derecho obligatorio, se derivan consecuencias normativas. En el primer caso, “mi vida, también es mía, me pertenece, soy soberano en relación a ella; en la medida que lo relativo a vivir o morir descansa dentro de los límites de mi poder, yo soy el patrón”; en el segundo, el derecho a la vida, “es el deber de permanecer vivo tanto como uno pueda, o, por lo menos el deber de no disponer de nuestra vida o de no cooperar con otros para que lo hagan”. “Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida”, *Anuario de Derechos Humanos*, 7, 1990, p. 76.

⁶⁶ Lecaldano, E., *Bioética. Le scelte morali*, cit., p. 83.

estilos de vida y preferencias, incluidas las referidas al final de aquélla. En este punto, se han señalado diversos contenidos de este derecho:⁶⁷ 1) derecho a rechazar toda decisión ajena que lleve a una muerte no deseada; 2) derecho a morir en condiciones de tranquilidad y serenidad, de acuerdo con los requerimientos de la propia conciencia; 3) derecho a rechazar el encarnizamiento terapéutico; 4) derecho a rechazar cualquier tratamiento médico, aunque ese rechazo desemboque en la muerte; 5) derecho a expresar anticipadamente la voluntad sobre las condiciones del proceso de muerte, de hallarse en determinadas circunstancias; 6) derecho a recibir tratamientos paliativos del dolor; 7) derecho a determinar el momento de la propia muerte. Podría afirmarse que todos estos contenidos forman parte del derecho a morir con dignidad, aunque lo cierto es que no todos ellos son aceptados sin discusión de la misma manera.⁶⁸ La posición que la sociedad y el derecho asuman en relación con ellos no será sino expresión del punto de vista que se comparta respecto al valor de la autonomía individual.

Pero además, el respeto a la autonomía implica la real efectividad de las decisiones. Para que el derecho a morir con dignidad sea efectivo, en el caso de las conductas eutanásicas se exige la intervención de otros individuos, sin la cual el contenido de la decisión del sujeto no se puede materializar. En el caso de una hipotética despenalización de la eutanasia, la petición del sujeto deberá ser atendida por otras personas, que serían las que llevarían a cabo las correspondientes conductas eutanásicas. Procede plantearse por lo tanto la justificación de esa exigencia. En este sentido, creo que si se parte del reconocimiento de la autonomía como valor moral supremo, como requisito de la plena humanidad del sujeto, pueden existir buenas razones morales para atender a esa exigencia cuando se produce en el contexto de una situación trágica, como aquellas en las que estamos pensando, y cuando la petición supone generar un bien para el sujeto.

⁶⁷ Mendez Baiges, V., *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones, cit.*, pp. 54-57.

⁶⁸ Es H. Küng es el que se refiere a la eutanasia “indiscutida” y a la eutanasia “discutida”, en Küng, H. y Jens, W., *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*, trad. de J. L. Barbero, Madrid, Trotta, 1997, pp. 32 y ss. Las afirmaciones que formarían parte del ámbito de lo indiscutible son: el rechazo moral a toda forma de eutanasia impuesta; la aceptación ética responsable de una auténtica ayuda a morir, o eutanasia sin acortamiento de la vida; la aceptación ética responsable de la ayuda a morir pasiva, o eutanasia con acortamiento de la vida como efecto secundario. La eutanasia activa sería la eutanasia “discutida”.

PLURINACIONALIDAD Y DERECHOS CULTURALES EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

J. Alberto del REAL ALCALÁ*

SUMARIO: I. *Neoconstitucionalismo y América Latina*. II. *La plurinacionalidad como hecho fundante básico del Estado y de la Constitución bolivianos*. III. *Plurinacionalidad y derechos culturales como nuevos valores constitucionales*. IV. *Conclusión*.

I. NEOCONSTITUCIONALISMO Y AMÉRICA LATINA

La Constitución aprobada en Bolivia el 25 de enero de 2009, y que ha entrado en vigor el 7 de febrero del mismo año, ha introducido profundas modificaciones en el anterior Estado republicano, y ha supuesto para este país entrar definitivamente en el siglo XXI con instituciones *de su tiempo*,¹ incorporando, a partir de valores, principios, derechos fundamentales e institucionalidad propia, los mecanismos del constitucionalismo moderno,² cuya “dimensión expansiva”,³ valor normativo directo y sistema de justicia (y control) constitucional nucleado en torno a un catálogo de derechos fundamentales, se encuentran presentes como novedades en la nueva carta magna de Bolivia. Con esto, Bolivia se incorpora a las modificaciones constitucionales que están operando en Latinoamérica en el siglo XXI, y que vie-

* Catedrático (acreditado) de filosofía del derecho en la Universidad de Jaén, España (adelreal@ujaen.es).

¹ Me refiero con esta expresión a la terminología de Bobbio. Véase Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.

² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 150.

³ Ansuátegui Roig, F. Javier, “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias”, *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, vol. II, pp. 73-104.

nen significando para muchos de estos países una reforma —o en ocasiones ruptura— profunda en el modelo de Estado de derecho que sostiene a sus sistemas democráticos. Siguiendo esta dirección, la Constitución boliviana de 2009 instaaura un Estado de derecho plurinacional, con todas las implicaciones que este hecho ha dado lugar en el diseño de la institucionalidad y administración pública del país.

A partir de los elementos del constitucionalismo moderno, la ley fundamental boliviana de 2009 articula un nuevo modelo de Estado de derecho.⁴ Se trata de un Estado de derecho sustentado primordialmente en el valor (moral, político y jurídico) de la “plurinacionalidad”. Esto ha supuesto, además del reconocimiento constitucional de 36 naciones y pueblos indígenas originario —campesinos, sin olvidar al conjunto de Bolivia como nación—, esto es, el hecho del “reconocimiento de que Bolivia es una nación de naciones”,⁵ una profunda renovación en las estructuras del país, así como en la conformación de los poderes del Estado en todos los niveles de la administración, hasta el punto que puede hablarse de que la Constitución de 2009 lleva a cabo la “refundación” de Bolivia como país.

Tal como está articulada la actual ley fundamental boliviana, el cumplimiento de numerosos fines que persigue el Estado de derecho plurinacional allí instaurado exige asimismo la apuesta de su articulación como un Estado social de derecho —frente al Estado de derecho liberal o neoliberal republicano—,⁶ o, dicho con otras palabras, de un “Estado de derecho del vivir bien” (según el artículo 8.I, CPE: “El Estado asume y promueve el... suma qamaña” o vivir bien colectivo), a modo de variante conceptual —y original— en el contexto boliviano del modelo de Estado del bienestar europeo.

El informe que aquí desarrollo se va a centrar en estos profundos cambios constitucionales que trae la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009,⁷ y que han dado lugar a un cambio en el modelo de Estado de derecho que operaba en ese país. Concretamente, me detendré en examinar dos destacadas temáticas:

⁴ Asís Roig, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson, 1999.

⁵ García Linera, Álvaro, “Los tres pilares de la nueva Constitución política del Estado”, en García Linera, A., *Discursos, análisis, debate 2008-2010*, La Paz (Bolivia), Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, pp. 55-68.

⁶ García Linera, Álvaro, “Del Estado neoliberal al Estado plurinacional, autónomico y productivo”, en García Linera, A., *Discursos, análisis, debate 2008-2010, cit.*, pp. 71-84.

⁷ En adelante, CPE.

Por una parte, abordaré el dato de la fuerte relevancia que adquiere el valor de la plurinacionalidad en la CPE boliviana de 2009, hasta el punto de que dicho valor (moral, político y jurídico) se constituye en el “hecho fundante básico” del propio Estado (plurinacional) boliviano y de la misma Constitución (epígrafe II).

Y, por otra parte, examinaré en el epígrafe III la trascendencia del valor constitucional de la plurinacionalidad en el diseño de los órganos del Estado (Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral) y de la institucionalidad del país que singularizan al nuevo modelo de Estado de derecho plurinacional que implanta la actual ley fundamental. A estas manifestaciones de la plurinacionalidad, que caracterizan al Estado de derecho plurinacional, las he denominado “plurinacionalidad orgánica e institucional”. Específicamente, analizaré las “expresiones constitucionales” de la plurinacionalidad en el modelo de democracia y representación política (epígrafe III.1), en el modelo de organización territorial (epígrafe III.2), en el modelo de sistema judicial y justicia constitucional (epígrafe III.3), y en el modelo social-económico del Estado social de derecho (epígrafe III.4), según han sido todos ellos configurados por la carta magna boliviana.

II. LA PLURINACIONALIDAD COMO HECHO FUNDANTE BÁSICO DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANOS

Una de las principales novedades de la Constitución boliviana de 2009 es la inclusión de la plurinacionalidad como uno de los valores morales, políticos y jurídicos más importantes, y con más trascendencia, de la ley fundamental. Es tan alta su relevancia constitucional, que puede concluirse que dicho valor es configurado en la carta magna como el “hecho fundante básico” del (nuevo modelo de) Estado de derecho y de la Constitución misma. La plurinacionalidad viene a impregnar a todo el diseño institucional del Estado en todos los niveles de poder. E incluso, en buena medida, el control de constitucionalidad de este nuevo modelo de Estado de derecho se ha de llevar a cabo sobre la base de un “haz de derechos fundamentales”, cuyo sustrato es expresamente plurinacional. Veamos en qué consiste lo aquí afirmado.

En primer lugar, de la observación de la CPE de 2009 se deduce que la plurinacionalidad posee una “vinculación nuclear” con los mismos fundamentos de la Constitución boliviana y con el modelo de Estado de derecho que ésta instituye. Este carácter “nuclear” de la plurinacionalidad se expresa ya en el mismo preámbulo constitucional, que plasma la siguiente declaración colectiva: “el pueblo boliviano, de composición plural, desde la pro-

fundidad de la historia”: “poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia”. “El pueblo boliviano... construimos un nuevo Estado... con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra”. Asimismo, desarrollando esta misma dirección de la declaración constitucional, la trascendencia nuclear de la plurinacionalidad también se constata por la “ubicación sistemática” que ésta asume en la primera parte de la CPE, destinada a las Bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías; título I (Bases fundamentales del Estado), capítulo II (Principios, fines y valores del Estado).

En segundo lugar, en coherencia con lo anterior, la plurinacionalidad atraviesa la CPE de un lado a otro, poniendo de manifiesto su carácter “transversal”, afectando a todas las normas del sistema jurídico boliviano, a todo el diseño político e institucional en todos los niveles del Estado y al mismo sistema de derechos fundamentales. Esto significa que la plurinacionalidad informa a toda la normativa constitucional sin excepción, y que toda entera queda vinculada por ella en su base “moral”, en su “espíritu” y en sus “finalidades”, así como en su base “institucional” y “política”, en su “sistema de derechos”, en los “deberes” y “actuaciones” de los poderes públicos, e incluso en las relaciones entre particulares, y por supuesto, en el “sistema de justicia constitucional”. Extendiéndose las expresiones constitucionales del valor de la plurinacionalidad a todas las grandes instituciones del Estado refundado. Y, de hecho, numerosas instituciones de Bolivia pasan a denominarse “plurinacional”: este es el caso del nombre oficial del Estado, de la Asamblea Legislativa, del Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional Plurinacional),⁸ etcétera.

Además de en el preámbulo de la CPE, desde el punto de vista normativo-constitucional, expresiones de esa transversalidad del valor moral, político y jurídico-constitucional de la plurinacionalidad pueden constatarse en el artículo 1o. de la CPE, el cual define a la plurinacionalidad como elemento determinante del modelo de Estado de derecho que configura la nueva ley fundamental: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario... intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo [entre otros]... jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. O asimismo, en el artículo 98.I, CPE, que establece de manera explícita que “La diversi-

⁸ En adelante, TCP.

dad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario”. Y también determina que “La interculturalidad (que tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones) es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones que conforman Bolivia”. En este sentido, la plurinacionalidad como expresión de la diversidad cultural en Bolivia es estimada por la carta magna como una “fortaleza” a visibilizar y no una debilidad a ocultar,⁹ aun todos los problemas que conlleva la *gestión* de la heterogeneidad,¹⁰ que, en todo caso, son siempre infinitamente menores que el no reconocimiento (por marginación de un sector) de la sociedad civil entera.

En tercer lugar, la vinculación nuclear de la plurinacionalidad a los mismos fundamentos de la Constitución y su carácter transversal a todos los ámbitos de todas las instituciones políticas, jurídicas, sociales y económicas en cualquiera de los niveles del Estado no es algo baladí, sino que encuentra su explicación en que realmente la plurinacionalidad tiene “carácter previo” al Estado boliviano y a la Constitución misma.

Este carácter previo presenta dos manifestaciones principales. Por una lado, cuál es la “raíz empírica” de la plurinacionalidad. Y, por otro lado, cuál es su “raíz moral”. Con relación a la “raíz empírica” de la plurinacionalidad, ésta se encuentra en la sociedad civil boliviana, en el conjunto del pueblo boliviano, específicamente en la diversidad étnica y cultural constitutiva que lo singulariza. Y, en verdad, dicha heterogeneidad se traduce en plurinacionalidad cuando adquiere forma política e institucional en función de la nueva Constitución.

Si la raíz empírica de la plurinacionalidad es la heterogeneidad étnica y cultural de la sociedad civil boliviana, su “raíz moral” se encuentra en el valor general de la “dignidad humana”, tanto de individuos (dignidad de la persona) como de colectivos (dignidad colectiva).¹¹ Este dato es absolutamente relevante, porque coadyuva a determinar *prima facie* a los “titulares” portadores de aquellos derechos fundamentales —dentro del catálogo de esta clase de derechos que reconoce la CPE— que tienen claramente raíz plurinacional. Aunque la delimitación de los titulares de los derechos de la

⁹ Artículo 98.II, CPE.

¹⁰ Real Alcalá, J. Alberto del, “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en Ansuátegui Roig, F. Javier *et al.* (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 177-195.

¹¹ Asís Roig, Rafael de, “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en Molina Navarrete, C. *et al.* (coords.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 153-176.

plurinacionalidad, sobre todo respecto a los grupos colectivos, no es tan fácil, pues la cuestión de “cuáles son los grupos colectivos amparados por la CPE” a este respecto tiene una respuesta en cierto modo indeterminada en la CPE: las naciones y pueblos indígena-originarios campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas. Aquí resulta que, en rigor, la CPE no concreta claramente cuáles son unas/unos y otras. Por lo que, en caso de controversia, y de no identificarse expresamente aquéllos por ley específica, dicha indeterminación deberá ser resuelta por el TCP.¹²

En cuarto lugar, si la plurinacionalidad tiene una vinculación nuclear a los propios fundamentos de la Constitución boliviana y del modelo de Estado que ésta instituye, si posee carácter transversal a todas las instituciones del país en todos los niveles, y si por su raíz empírica —en la diversidad étnica y cultural constitutiva de la sociedad civil boliviana— y por su raíz moral —en el valor general de la dignidad humana— tiene carácter previo al Estado y a la propia carta magna, no podemos deducir y concluir sino que tal como está configurada en la CPE de 2009 la plurinacionalidad se presenta como el “hecho fundante básico” del Estado y de la misma Constitución bolivianos.

Desde luego, la plurinacionalidad, *jóya* de la Constitución boliviana, representa el valor opuesto a las bases del anterior Estado republicano¹³ que, como Estado uninacional de derecho, nació siendo un Estado liberal universalista sustentado en la “doctrina Staatsnation”,¹⁴ o proceso liberal de construcción nacional, pero pronto viró hacia una “doctrina Kulturnation”¹⁵ de carácter excluyente por unicultural y marginación de la diversidad, aunque eso sí, revestido de un ropaje abstracto-formal.

En quinto lugar, el “contenido material” de la plurinacionalidad como hecho fundante básico del Estado y de la Constitución bolivianos se encuentra explicitado en el texto constitucional, e incluye —por ejemplo— con relación a la especificación de su dimensión moral: a todos los “principios ético-morales de la sociedad plural” reconocidos en la ley fundamental, y que “asume” el Estado como propios y se compromete a “promover” (artículo 8.I, CPE): “ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa),

¹² Endicott, Timothy, “El derecho es necesariamente vago”, trad. de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, núm. 12, Madrid, enero-diciembre de 2003, p. 179.

¹³ Quiroga Trigo, José Antonio, “El Estado plurinacional y el fin de la República”, *Miradas. Nuevo texto constitucional*, La Paz-Bolivia, Universidad Mayor de San Andrés, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, pp. 273-282.

¹⁴ Real Alcalá, J. Alberto del, *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales (1762-1936)*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 401-418.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 373 y ss.

teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)". Otros principios de carácter político en los que se sustenta el Estado y que están relacionados con el valor de la plurinacionalidad, y que también tienen que ver con su dimensión moral, son (artículo 8.II, CPE): la "unidad", la "inclusión", la "dignidad", la "armonía", "equidad social", "bienestar común", "justicia social". En cualquier caso, dentro del contenido moral de la plurinacionalidad es de destacar la noción constitucional del "vivir bien" colectivo, concepto nuclear en torno al cual se articula el modelo boliviano de Estado social de derecho por el que apuesta la CPE. De ahí la estrecha "conexión estructural" que establece la Constitución boliviana entre Estado de derecho plurinacional y Estado social de derecho.

Por supuesto, dicho contenido ético-moral material de la plurinacionalidad nos pone de manifiesto que este valor constitucional se constituye —también— en uno de los principales "motores de la igualdad" en Bolivia, y, por tanto, en uno de los más destacados pilares del nuevo "sistema de justicia" (plurinacional e intercultural) que trata de implementar la CPE. Sistema de justicia que, a su vez, es la principal instancia legitimadora del Estado de derecho plurinacional que articula el texto constitucional. Dato que evidencia, una vez más, que el diseño conceptual, institucional y constitucional del modelo Estado de derecho plurinacional que se ha erigido en Bolivia sólo es realizable a través de un Estado social de derecho.

Y en sexto lugar, por último, como hecho fundante básico de la refundación del país, la plurinacionalidad se encuentra *especialmente protegida* por la CPE. Esta protección es de dos clases. Se trata de una "protección general" en función de que la plurinacionalidad —por su conexión material con el valor general de la dignidad humana— se beneficia de la protección constitucional que dicho valor general recibe (artículo 22, CPE: "la dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado"). Pero es también una "protección específica" y singular a la plurinacionalidad como valor constitucional primordial, tal como la que se establece en los artículos 98.III, 99.I y 100.I, de la CPE.

III. PLURINACIONALIDAD Y DERECHOS CULTURALES COMO NUEVOS VALORES CONSTITUCIONALES

Vistas las características anteriores que hemos examinado, el carácter expansivo con el que ha sido configurado el valor de la plurinacionalidad en la CPE boliviana de 2009 se despliega a lo largo y ancho de todo el texto constitucional a través de las siguientes "categorías":

- Como “hecho fundante básico” del (nuevo modelo de) Estado de derecho y de la Constitución misma, según se ha visto en el anterior epígrafe.
- Como “valor moral” que motivó al poder constituyente a conseguir una nueva carta magna.¹⁶
- Como “valor político” asumido por el poder (político) constituyente y desde el que éste ha diseñado las instituciones del Estado en la actual Constitución, configurando y condicionando la forma en la que el Estado se ha organizado en todos y cada uno de los niveles institucionales previstos.
- Como “valor jurídico superior” del ordenamiento boliviano, que impregna la configuración heterogénea de todo el sistema jurídico del país, y también el sistema de justicia constitucional articulado por la carta magna.¹⁷ El que la plurinacionalidad tenga la cualidad de valor jurídico superior del ordenamiento boliviano le permite generar un manejo de derechos fundamentales incorporados por la ley fundamental,¹⁸ cuyo rasgo principal reside precisamente en compartir el sustrato material plurinacional que les es común.
- Como “principio constitucional” que ha de regir la actuación de los poderes públicos bolivianos.¹⁹
- Como “derechos subjetivos” de la ciudadanía (derechos fundamentales constitucionales), implementados como derechos fundamentales tanto individuales como colectivos, cuyo fundamento es el valor moral y jurídico superior de la plurinacionalidad;²⁰ especial mención merecen aquí los derechos reconocidos específicamente a grupos vulnerables como las naciones y pueblos indígenas originario-campesinos.

¹⁶ Sobre el poder constituyente como sujeto político, véase Aguilera Portales, R. E., “El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11, 2011 (segunda época), pp. 15-19.

¹⁷ Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1987.

¹⁸ Rojas Tudela, Farit, “Análisis y comentarios de la primera parte de la CPE”, *Miradas. Nuevo texto constitucional*, cit., 2010, pp. 284-291; asimismo, Ansuátegui Roig, F. Javier et al., (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson, 2005.

¹⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 1998.

²⁰ López García, José Antonio y Real Alcalá, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

- Y como “deber jurídico”, impuesto por la Constitución²¹ a los poderes públicos y a las relaciones entre los particulares, a favor de los sujetos titulares beneficiados por los derechos fundamentales de carácter plurinacional que ampara la nueva ley fundamental.²²

Todas las anteriores manifestaciones del valor de la plurinacionalidad no son sino muestra de la transversalidad que despliega este valor constitucional a lo largo y ancho de la carta magna boliviana, afectando a todos los órganos del Estado y a todas las instituciones políticas, jurídicas, sociales y económicas del país en todos los niveles y dimensiones. Como he referido al inicio de estas páginas, a estas expresiones orgánicas e institucionales de plurinacionalidad las he calificado como “plurinacionalidad orgánica e institucional”. Ellas singularizan al modelo de Estado de derecho plurinacional que opera en Bolivia desde la CPE de 2009. Distinguir las y clarificarlas va a ser determinante para poder identificar cuáles son los elementos propios de este modelo. Realizo a continuación este análisis de modo breve:

1. *Plurinacionalidad, derechos culturales y modelo de democracia:*
la “democracia plurinacional” (representativa, comunitaria e intercultural)

La expresión de la plurinacionalidad en la participación y composición de los órganos del Estado y en la representación política está relacionada, respectivamente, con las normas constitucionales que hacen plurinacional la composición de dichos órganos (Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral) o a la representación política de la ciudadanía que los conforma.

La institucionalización de la plurinacionalidad boliviana tiene incidencia en el propio “Sistema de gobierno” (capítulo III, título I, primera parte), que establece en su artículo 11.I, CPE que “La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres”. Aquí, el Estado de derecho plurinacional incluye dos métodos de representación democrática. Por una parte, el método representativo basado en el voto universal, directo y secreto, según establece el artículo 11.II.2, CPE (Democracia representativa). Y, por otra parte, el método representativo comunitario, en los ámbitos en los que está previsto que tengan representa-

²¹ Peces-Barba, Gregorio, “Los deberes fundamentales”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 329-341.

²² Asís Roig, Rafael de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

ción específica los pueblos indígenas originario-campesinos —y comunidades asimilados a ellos—, a través de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas originario, campesinos conforme a la ley, según establece el artículo 11.II.3, CPE (Democracia comunitaria).

De lo cual resulta una representación política intercultural, conformada por la presencia —en función de los ámbitos que distribuye la CPE— de los procedimientos tanto de voto universal como de representación comunitaria. Sin duda, estas formas de Democracia que recoge la CPE constituyen un elemento clave en la conformación del carácter plurinacional del Estado boliviano.

2. *Plurinacionalidad, derechos culturales y modelo territorial: el “Estado de las autonomías”.*

Esta expresión de la plurinacionalidad está relacionada con las normas constitucionales que institucionalizan la plurinacionalidad en la estructura territorial del Estado, a través de la descentralización del poder político, de lo que resulta el modelo de Estado de las autonomías que adopta Bolivia y la configuración de una administración multinivel.

La institucionalización de la plurinacionalidad genera e impulsa la “estructura territorial” que adopta Bolivia en la Constitución de 2009. La Constitución establece el mandato al poder central de que la plurinacionalidad se institucionalice “territorialmente” a través de la distribución descentralizada del poder político en diversos niveles, determinado cada uno de ellos por la “lista de competencias” que establece la carta magna.²³ Así lo determina el artículo 1o., CPE: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario... Plurinacional... intercultural, descentralizado y con autonomías”. Este hecho supone adoptar un “nuevo modelo de Estado territorial” que sea más acorde con el “modelo de Estado de Derecho Plurinacional” que instituye la Constitución. Significa, en rigor, llevar a cabo seriamente en Bolivia la transición desde un “Estado Unitario centralista neoliberal de Derecho”, heredado del siglo XIX, propio del inicial liberalismo homogeneizador que se prodigó en aquellos tiempos,²⁴ hacia un Estado —unitario— descentralizado, más acorde con los procesos de

²³ Clavero, Bartolomé, “Nota sobre el sistema de autonomías en la Constitución de Bolivia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pp. 187-199.

²⁴ García Linera, Álvaro, “El Estado plurinacional”, en García Linera, A., *Discursos, análisis, debate 2008-2010*, cit., pp. 39-52.

distribución del poder político que han tomado fuerza, como elemento democratizador, desde el último tercio del siglo pasado. En el texto constitucional, toda la Tercera Parte de la CPE (Estructura y Organización Territorial del Estado) está dedicada a esta cuestión. Se trata, sin duda, de una de las piedras angulares de la carta magna.

El modelo territorial como “Estado de las Autonomías” que adopta Bolivia se ancla en el artículo 269.I, CPE, que define la estructura territorial del Estado en función de su composición plurinacional, disponiendo que “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos”. Dichos departamentos territoriales, o “unidades territoriales”,²⁵ serán creados, modificados y delimitados por voluntad democrática de sus habitantes, de acuerdo con las condiciones establecidas en la Constitución y en la ley.

Tanto la Constitución como la Ley núm. 31 del 19 julio de 2010, Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”,²⁶ viabilizan y garantizan los cuatro niveles en los que se estructura el Estado autonómico boliviano: departamental, regional, municipal, e indígena originario campesino. Los departamentos autonómicos, las regiones autónomas y las autonomías de las naciones y pueblos indígenas originario-campesinos podrán darse un estatuto de autonomía, mientras que los municipios articularán su autonomía en una carta orgánica, todos ellos dentro del marco de la Constitución.

Desde el punto de vista material de las funciones del poder público, la descentralización del poder político y la conformación de la administración multinivel en Bolivia se organiza según el reparto de competencias que establecido por la carta magna asume el gobierno central y cada ente autonómico.²⁷ Competencias que la CPE agrupa en cuatro tipos diferentes (Artículos 297 a 305 CPE): competencias “privativas” (del Estado central, no transferibles ni delegables); competencias “exclusivas” (de un determinado nivel de poder: gobierno central, gobiernos autonómicos, susceptibles de transferencia y delegación); competencias “concurrentes” entre el Estado y los entes autonómicos, y competencias “compartidas” entre Estado (legislación básica) y los entes autonómicos (legislación de desarrollo). En total, la CPE —en el momento de su aprobación: febrero 2009— reconoce 59 competencias a favor de las entidades autónomas descentralizadas (36 exclusivas

²⁵ Tal como lo denomina el artículo 269.II, CPE.

²⁶ En adelante, LMAD.

²⁷ Morales Olivera, Teresa, “Estructura y organización territorial del Estado”, *Miradas. Nuevo texto constitucional*, cit., pp. 559-567.

y 23 entre competencias concurrentes y compartidas), aunque la LMAD ha ampliado esta lista en julio de 2010 en un número de 50 nuevas competencias para los entes descentralizados.

3. *Plurinacionalidad, derechos culturales y modelo de justicia: el “pluralismo jurídico”*

Me refiero aquí a las normas constitucionales que institucionalizan la plurinacionalidad en la estructura judicial del Estado y en el sistema de justicia constitucional. La incidencia más importante de la plurinacionalidad en el ámbito del sistema de justicia es el principio constitucional del “pluralismo jurídico”, la institucionalización de un sistema de justicia plurinacional, y la obligación de que los operadores jurídicos incorporen la “interculturalidad” como criterio de interpretación de las normas del derecho.²⁸

El pluralismo jurídico lo establece el artículo 1o. de la CPE: “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 y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. También con relación al pluralismo jurídico, el artículo 179.I, CPE determina que aun siendo la función judicial única en Bolivia, son distinguibles en el ordenamiento boliviano una pluralidad de jurisdicciones, todas ellas en situación de igualdad jerárquica: ordinaria, agroambiental, especiales, e indígena originaria-campesina —que es ejercida por sus propias autoridades, elegidas por sus usos y costumbres, y su sistema institucional propio de funcionamiento—.

En rigor, en Bolivia existe “un” sistema jurídico unitario aun cuando está formado por una pluralidad de jurisdicciones en igualdad jerárquica. A este respecto, el pluralismo jurídico (a modo de pluralidad de jurisdicciones) opera a “nivel subconstitucional”, pero a nivel constitucional el ordenamiento boliviano se presenta como un ordenamiento unitario cuya cúspide es el sistema de justicia constitucional representado por el catálogo de derechos fundamentales que reconoce la CPE. Por lo que la labor de armonización y coherencia del ordenamiento jurídico boliviano va a descansar, en última instancia, en la doctrina jurisprudencial que elabore el TCP. Aquí los

²⁸ Rodríguez Veltzé, Eduardo, “Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional”, *Miradas. Nuevo texto constitucional*, cit., pp. 425-433.

siete magistrados que integran el sistema de justicia constitucional del TCP son elegidos por sufragio universal desde una sociedad civil plural que debiera facilitar la llegada de magistrados de las naciones y pueblos indígenas originario-campesinos al máximo órgano de la justicia constitucional, aunque la ley garantiza la presencia mínima de dos de ellos. Por supuesto, esto significa que después de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el TCP es la más importante de todas las instituciones públicas bolivianas. Sin duda, su papel va a ser determinante en la construcción y consolidación de la refundación del país.

4. *Plurinacionalidad, derechos culturales y modelo socioeconómico: la “economía comunitaria” como elemento de la economía plural*

Esta expresión de la plurinacionalidad está relacionada con las normas constitucionales que institucionalizan la plurinacionalidad socioeconómica; esto es, la “economía comunitaria” como medio típico y habitual de producción económica de las naciones y pueblos indígenas originario-campesinos. Y que la CPE valoriza como parte del contenido del modelo económico (y social) plural que significa —según la carta magna— articular en Bolivia un Estado social de derecho plurinacional a partir de la noción central del “vivir bien” colectivo.

Téngase en cuenta que la plurinacionalidad también incide en el modelo social que instaura la Constitución de 2009, determinando el concepto de “economía plural” como un componente específico del Estado de derecho plurinacional boliviano. Componente específico que exige “la construcción del paradigma del vivir bien” colectivo.²⁹ La incidencia de la plurinacionalidad en el modelo social determinado por la noción de “vivir bien” tiene sentido a partir de constatarse la íntima conexión que existe entre los siguientes cuatro factores: la diversidad cultural de la población; la efectiva extensión limitada de los derechos a las personas culturalmente diferentes a la mayoría (esto es, a los miembros de las naciones y pueblos indígenas originario-campesinos); el disfrute efectivo muy reducido por parte de esta población de los beneficios que representan los servicios públicos proporcionados por el Estado de derecho;³⁰ y la puesta “en valor” —público— de los modos tra-

²⁹ Montero Justiniano, Lourdes, “Una economía para la inclusión”, *Miradas. Nuevo texto constitucional*, cit., pp. 592 y 593.

³⁰ Real Alcalá, J. Alberto del, “Diferencias culturales, extensión de los derechos y servicios públicos universales en el Estado de Derecho contemporáneo”, en Cienfuegos Salgado,

dicionales de gestión económica propios de las naciones y pueblos indígenas originario-campesinos.

Diversas normas constitucionales concretan en qué consiste la plurinacionalidad social-económica. Así, el artículo 306.I y II, CPE, reconoce a la “económica comunitaria” de los pueblos indígenas como parte de la economía del vivir bien en el ámbito de la organización económica del país, e integrante de la misma: “El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos”. En su parágrafo II ampara constitucionalmente a la “economía plural” “constituída por las formas de organización económica comunitaria”, que “completan” el vivir bien colectivo. Establece una estrecha vinculación entre la economía propia de los pueblos indígenas y el “modelo *económico* del vivir bien”.³¹ Asegura la Constitución (artículo 307, CPE) que “El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria”, consistente en “los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos”.

De todo lo cual resulta que el Estado de derecho en Bolivia ha sido diseñado desde la CPE incluyendo el elemento específico de la “economía plural”, que integra a la economía social de mercado y a la economía comunitaria.

IV. CONCLUSIÓN

Puede concluirse que la Constitución boliviana de 2009 eleva a la plurinacionalidad a la categoría de “hecho fundante básico” de la refundación del país. Y refundación precisamente como un “Estado de derecho plurinacional”. Además, la nueva Constitución boliviana establece una estrecha “conexión estructural” y de “fines” entre el modelo de Estado de derecho plurinacional y el modelo de Estado social de derecho por los que apuesta y los presenta como modelos inescindibles en la Bolivia actual.

En todo caso, debe ser destacado que la CPE boliviana de 2009 no es una Constitución más en la historia del país andino. Todo lo contrario. Representa un cambio histórico en Bolivia, cuya labor incluye dos tipos de reformas profundas en la estructura del Estado, nunca hasta el momento

David y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 569-588.

³¹ Artículo 313, CPE.

acometidas: transitar desde el anterior Estado jacobino republicano³² hacia un “Estado de derecho plurinacional”. E igualmente, transitar desde el anterior Estado neoliberal de derecho hacia un “Estado social de derecho” nucleado en torno a la noción constitucional del “vivir bien” colectivo. Y por tratarse de hondos cambios, puede afirmarse que la Constitución boliviana de 2009 lleva a cabo ni más ni menos que la “refundación” de Bolivia como país. Se trata de una tarea muy loable, pero una tarea de titanes, llena de grandes dificultades, en la que no podemos sino desear la mejor suerte a los bolivianos y bolivianas.

Vista la trascendencia nuclear, fundacional y transversal-institucional que adquiere el valor constitucional de la plurinacionalidad tanto para con la CPE de 2009 como para con el modelo de Estado de derecho que aquella configura, su protección deberá ser un cometido primordial que han de asumir no sólo las autoridades bolivianas, sino también los demás operadores políticos y jurídicos del país, y de igual modo los agentes sociales y económicos. Es verdad que para llevar a cabo tal cometido se cuenta con los pertinentes mecanismos legales-constitucionales; pero aquí, sin lugar a dudas, incidirá de modo significativo la institución del Tribunal Constitucional Plurinacional, que deberá velar para que este valor moral, político y jurídico, así como todas las numerosas expresiones constitucionales que genera en los más diversos ámbitos, no sea vulnerado en los actos de legislación, de ejecución o de interpretación.

Téngase en cuenta que, por la forma en la que está armada la CPE, vulnerar la plurinacionalidad representa quebrar la propia esencia de la Constitución y del modelo intercultural, social y descentralizado de Estado de derecho que han escogido democráticamente los ciudadanos/as bolivianos/as a la hora de delinear institucionalmente un Estado plurinacional para Bolivia (“Estado Plurinacional de Bolivia”, en su denominación oficial).

³² Real Alcalá, J. Alberto del, “Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke”, en Castro, Alfonso *et al.* (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, 2a. ed., revisada y ampliada; prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño; epílogo de Pablo Badillo O’Farell, Sevilla, Editorial Grupo Nacional de Editores, 2004, pp. 307-340; asimismo, Real Alcalá, J. Alberto del, “Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, pp. 165-203.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, REALIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

Julio Pinheiro FARO HOMEM DE SIQUEIRA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Financiación de los derechos fundamentales.* III. *Observación de las necesidades humanas básicas.* IV. *Protección de los derechos mínimos.* V. *Realización efectiva de los derechos fundamentales.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La realización efectiva de los derechos fundamentales cuesta dinero;¹ por ello, la sociedad debe financiar su realización a través del pago de tributos, desde las arcas públicas,² gestionadas por el Estado, a través de la adminis-

* Agradezco al profesor J. Alberto del Real Alcalá por la invitación a participar en esta obra colectiva y por la oportunidad de exponer mis ideas. Agradezco, también, por toda la ayuda a los amigos y profesores Bruno Costa Teixeira, Giuseppe Martinico, José Emilio Medaur Ommati, Flávio Quinaud Pedron, Adriano Pedra, Leonardo Martins, Ingo Wolfgang Sarlet, António José Avelãs Nunes, Antonio-Enrique Pérez Luño y Ana Maria D. Ávila Lopes. Dedico este artículo a mis queridos padres, Junio y Martha, y a mi hermano, Víctor, por la buena música. E-mail: julio.pfhs@gmail.com.

** Profesor de instituciones de derecho y derecho tributario en la Universidad Federal de Espírito Santo, Brasil; profesor de derecho procesal constitucional y derecho tributario en la Facultad Estácio de Sá en Vitoria, Brasil; secretario general de la Academia Brasileña de Derechos Humanos y Abogado, Brasil.

¹ Este entendimiento parece ser generalizado y pacífico, son ejemplos de literatura al respecto: Immordino, G. y Pagano, M., “The Cost of Rights: an Economic Analysis”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 4, 2004; Posner, R., “The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe – and for the United States”, *Tulsa Law Journal*, vol. 32, núm. 1, 1996; Holmes, S. y Susstein, C., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, W. W. Norton, 1999; Amaral, G., *Direito, Escassez & escolha*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010; Galidino, F., *Introdução à teoria do custo dos direitos: direitos não nascem em árvores*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

² En este mismo sentido, por ejemplo: Scaff, F. F., “Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos?”, en Miranda Coutinho, J. N. *et al.* (org.), *Es-*

tración pública, que irá a determinar y a recaudar ese dinero en la propia sociedad. En este sentido, el Estado actúa como una empresa gestora de todo el presupuesto, de carácter público, y debe reservar una pequeña parte para mantener el aparato estatal y aplicar el resto a la realización efectiva de los derechos fundamentales por medio de acciones de carácter prestacional, que realicen los derechos sociales, económicos y culturales (a partir de aquí llamados *derechos sociales*), cuyo ejercicio permite el mejor disfrute de los derechos de libertad (en lo sucesivo llamados *libertades*).³

Al observar los aspectos anteriores, surgen una gran variedad de cuestiones controvertidas, especialmente en la praxis, como las tres siguientes: el mínimo existencial, la reserva del posible y la prohibición de reversibilidad de la realización efectiva de los derechos fundamentales (o prohibición del retroceso social). Sin pretender agotar el tema, este trabajo aborda de forma breve las anteriores cuestiones, con intención de posicionarse y hacer una contribución a la reflexión sobre la concretización de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo, examinaré el papel de la administración pública contemporánea con relación al uso de los fondos recaudados para la realización y efectividad de los derechos fundamentales.

II. FINANCIACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La relación establecida entre el deber de pagar tributos⁴ y la concretización de los derechos fundamentales parece simple. Los derechos representan lo que el Estado debe proporcionar a los individuos, del mismo modo que los deberes⁵ de los individuos encarnan lo que éstos han de proporcionar al Estado y a la sociedad.⁶ La función básica del pago de tributos, a pesar de poder significar algún tipo de limitación al ejercicio de determinados derechos⁷ a

tudos constitucionais, Río de Janeiro, Renovar, 2007; Ataliba, G., *Hipótese de incidência tributária*, 6a. ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

³ Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7a. ed., Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 473.

⁴ También denominado por algunos “deber tributario”. Véase Altoé, M. M., *Direito versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

⁵ Acerca de los deberes fundamentales, por ejemplo: Peces-Barba Martínez, G., “Los deberes fundamentales”, *Doxa*, núm. 4, 1987; Rubio Llorente, F., “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.

⁶ Casalta Nabais, J., *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 65.

⁷ Tavares, A. R., *Curso de direito constitucional*, 6a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 488; Torres R. L. (*Curso de direito financeiro e tributário*, 10a. ed., Río de Janeiro, Renovar, 2003, p. 55)

causa de la reducción de los presupuestos personales,⁸ consiste en que la sociedad financie al Estado. De este modo, el Estado podrá tanto funcionar cuanto establecer y mantener prestaciones realizadoras de derechos sociales, cuya efectividad permite el mejor ejercicio de las libertades, o a lo menos de los derechos considerados mínimos a una existencia humana digna.

Por lo tanto, la realización efectiva de derechos depende de prestaciones estatales. Y éstas dependen, en parte, del cumplimiento del deber de pagar tributos. Así, es posible decir que los individuos, conforme a sus posibilidades, actúan en cooperación para dar al Estado los medios para alcanzar uno de sus fines, lo que posibilitará el disfrute de derechos por la sociedad. De ahí la afirmación de que el pago de tributos se debe a la necesaria cooperación de los individuos que componen una sociedad, para que el Estado, al gestionar el dinero recaudado, remunere a sus empleados y asista de forma sustancial a la propia sociedad, realizando los derechos fundamentales de sus miembros.

Esta prestación estatal a la sociedad tiene como foco principal la realización de los derechos sociales. Esto se explica por el hecho de que estos derechos sean los que poseen básicamente la función de garantizar las libertades y el trato igualitario entre los miembros de la sociedad.⁹ De aquí se deriva el que la realización efectiva de los derechos tenga necesariamente un coste para el erario,¹⁰ sin duda que el coste de los derechos sociales es de mayor cuantía, porque el ejercicio de las libertades está posibilitado en buena medida —aunque no sólo— si existe a ese respecto inactividad estatal. Dicho con otras palabras, una vez realizados los derechos sociales es cuando los individuos tienen autonomía para poder ejercer sus libertades. Y es aquí donde cobra sentido el discurso de la reserva del posible.

y Reissinger, S. (*Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988* (Dissertação de Mestrado-Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais), Belo Horizonte, 2008, p. 56), observan que hay derechos que cuando son ejercidos proporcionan la posibilidad de ser tributados por el Estado, promoviendo, entonces, su autolimitación y la limitación del poder tributario estatal.

⁸ Es el caso, por ejemplo, del impuesto sobre la renta, donde parte de la renta bruta del individuo es tributada para fines de financiación del Estado, conllevando una disminución en el presupuesto individual disponible para el ejercicio de alguna libertad, lo que disminuye la economía del individuo.

⁹ En el mismo sentido, Neuner, J., “Os direitos humanos sociais”, en Sarlet, I. W. (org.), *Jurisdição e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, vol. 1, t. 1, pp. 150-153.

¹⁰ En este sentido, Afonso da Silva, “O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo a realização dos direitos sociais”, en Souza Neto, C. P. de y Saremto, D., *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 591.

El sentido del término “reserva del posible”,¹¹ acuñado por el Tribunal Constitucional Federal alemán y adoptado por la doctrina alemana, consiste en que la sociedad debe definir la razonabilidad de la exigencia de determinadas prestaciones sociales, para impedir el uso de los recursos públicos disponibles a favor de quienes no lo necesitan.¹² En otras palabras, la doctrina de la reserva del posible preconiza que el Estado debe realizar la igualdad a través de políticas públicas volcadas en aquellos sectores sociales que verdaderamente necesitan de ellas y, por extensión, que los fondos públicos destinados a financiar estas prestaciones se encuentren limitados a garantizar y mantener las necesidades básicas de los individuos.

Opuestamente a la teoría original, puede constatarse una vinculación de la reserva del posible con la cuestión de que la realización de derechos depende de la condición de que el erario tenga los suficientes fondos para ello,¹³ vinculación que se deriva del hecho de que, en general, estos derechos consisten en bienes o están relacionados con la prestación de servicios de valor económico.¹⁴ Sin embargo, es necesario prestar atención al hecho de que los derechos están sometidos a la reserva del posible únicamente con relación a lo que va más allá de las necesidades humanas básicas. Pero, de un mal uso de este argumento puede resultar un retroceso en la efectividad de los derechos fundamentales, produciéndose una lesión a tales derechos por la falta de realización y por la mala gestión de los fondos públicos,¹⁵ y, también, de las malas opciones políticas y de presupuestos.¹⁶

En resumen, como la realización y efectividad de los derechos sociales tiene un coste económico y, por tanto, no son posibles sin la financiación

¹¹ En alemán: *Vorbehalt des Möglichen*.

¹² Martins, L. (org.), *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 663 y 664.

¹³ Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., nota 3, p. 481; *idem*, “Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de F. J., Astudillo Pólo, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 46.

¹⁴ Prieto Sanchís, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 15.

¹⁵ Vaz, A. R., “A cláusula da reserva do possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, núm. 66, 2009, p. 35.

¹⁶ Esto es tanto más visible en tiempos de crisis, cuando los gobiernos nacionales optan, en general, por una reducción en la recaudación fiscal, promoviendo un menor crecimiento del erario y, segundo, se argumenta legitimando un menor desarrollo de los derechos sociales con la justificación de que de otro modo el ejercicio de las libertades sufriría una gran limitación. En el mismo sentido: Pérez Luño, A. E., “Los derechos sociales y su significación actual”, próxima.

pública, el mecanismo de la reserva del posible sólo puede ser invocado adecuadamente para situaciones que estén dentro del ámbito de las necesidades vitales básicas, desplazando al argumento clásico de que hay una infinidad de necesidades humanas y una escasez de recursos financieros con las que atenderlas.¹⁷ De este modo, el verdadero sentido del discurso de la reserva del posible es que los recursos financieros estatales deben ser empleados para atender lo que es básico, y sólo después lo que *no lo es*; sin embargo, lamentablemente, ésta no es la posición que adopta el Estado.¹⁸

III. OBSERVACIÓN DE LAS NECESIDADES HUMANAS BÁSICAS

La inobservancia por el Estado de que la financiación proporcionada por la sociedad está dirigida a la realización del desarrollo humano y a la expansión de las libertades,¹⁹ a fin de que las necesidades humanas básicas puedan ser atendidas, puede dar lugar al agotamiento del erario, de manera que los recursos recaudados y antes disponibles estén agotados a la hora de hacer efectivo el mínimo existencial. Situación ésta que podría evitarse con el uso correcto del mecanismo de la reserva del posible,²⁰ pero no con el argumento de que no hay lugar a aquella realización porque las necesidades humanas son infinitas.

La cuestión de las necesidades humanas básicas es controvertida, especialmente con relación a qué necesidades serían parte del *mínimo existencial*. Hacer una relación de éstas no es seguramente el problema más difícil con el que nos enfrentamos. Es posible generar una relación cerrada e inmutable,²¹ a fin de que se pueda requerir al Estado la realización y efectividad de tales ítems. No obstante, una vez hecho esto surge otro problema:

¹⁷ Scaff, F. F., “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”, en Miranda Coutinho, J. N. y Barreto Lima, M. M. (org.), *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*, Río de Janeiro, Renovar, 2006, p. 148.

¹⁸ Homem de Squeira, J. P. F., “Os vinte anos da constituição brasileira: da reserva do possível à proibição do retrocesso social”, en *idem*, Teixeira, B. C. y Miguel, P. C., *Uma homenagem aos vinte anos da constituição brasileira*, Florianópolis, Boiteux/FDV, 2008; Krell A. J., “Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 144, 1999, pp. 241 y 242; Freire Júnior, A. B., *O controle judicial de políticas públicas*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 74.

¹⁹ Sen, A. K., *Desenvolvimento como liberdade*, trad. de L. Teixeira Motta, São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 17.

²⁰ Zockun, C. Z., *Da intervenção do Estado no domínio social*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 54.

²¹ Sen, A. K., “Human Rights and Capabilities”, *Journal of Human Development*, vol. 6, núm. 2, 2005, p. 158.

establecer cómo será respetada la prioridad entre sus elementos, de modo que pueda verificarse si el Estado desarrolla las políticas públicas correctas y que lo hace en la medida necesaria para su óptimo aprovechamiento por la sociedad.

Es preciso, por lo tanto, que el Estado no confunda las necesidades humanas y otros diversos conceptos que están próximos a ellas, tales como deseos, instintos, intereses, aspiraciones, etcétera.²² Además, es importante que se diga, desde luego, que el uso del término “necesidades”, que expresa lo que no puede faltar, puede ser engañoso, pues a veces las personas no saben expresar lo que le es necesario, o incluso lo que puede ser prioritario para sus vidas y en qué grado lo es.²³

El mecanismo de la reserva del posible, en su acepción original, está bien utilizado si con él conformamos una relación de prioridades cuidadosamente escogidas, después de una selección cuidadosa, a causa de la escasez de los recursos para su realización.²⁴ Lo más óptimo, por tanto, es entender las necesidades como lo que es prioritario, cuya realización no puede faltar dentro de una sociedad en tiempo y espacio determinados, tratándose, entonces, del contenido esencial o delimitador del mínimo existencial,²⁵ integrado por las condiciones materiales mínimas que deben ser concretizadas y protegidas porque constituyen el medio de garantizar a todos los miembros de aquella sociedad su desarrollo en cuanto seres humanos; esto es, con dignidad y pudiendo ejercer su propia autonomía.²⁶

Sin embargo, a la hora de seleccionar el conjunto de esas necesidades, aquel argumento sería impracticable si tenemos en cuenta las muchas diferencias interpersonales existentes en la sociedad, por lo que, para tornar real y posible la igualdad en las necesidades, no hay más remedio que presuponer

²² Lucas, J. de y Añon Roig, M. J., “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*, núm. 7, 1990, p. 60.

²³ Walzer, M., *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*, trad. de J. Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 88.

²⁴ *Ibidem*, p. 88.

²⁵ Conviene observar que *contenido esencial* y *mínimo existencial* no son sinónimos. El contenido esencial es una garantía limitadora de la actividad estatal excesiva o deficiente o de su inactividad. El mínimo existencial es una garantía ampliadora de los derechos fundamentales, que obliga al Estado a aplicar sus fondos para concretizar oportunidades que forman su contenido esencial. Véase Lopes, A. M. D., “A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 164, 2004; Balboni, E., “Il concetto di ‘livelli essenziali e uniformi’ come garanzia in materia di diritti sociali”, *Le Istituzioni del Federalismo*, núm. 6, 2001.

²⁶ Véase por ejemplo: Sarlet, W. y Figueiredo, M. F., “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, *Revista de Direito do Consumidor*, núm. 67, 2008, p. 150.

que —en ese sentido— todas las personas son iguales, a fin de poder operar mejor con el concepto en cuestión. Aquí es necesario, pues, adoptar una situación hipotética y pragmática que sea útil para formar por lo menos una relación de necesidades, o para proporcionar los criterios de cómo se establece tal rol, posibilitando una selección genérica y objetiva de qué necesidades son realmente prioritarias; esto es, imprescindibles para la consecución de un plan de vida basado en la atención a los niveles mínimos de dignidad.²⁷ Sin embargo, todavía no nos hemos ocupado de saber qué necesidades han de ocupar esa relación, o de indicar —sean cuales sean— qué peso o grado de prioridad posee cada una de ellas y que hay de observar el Estado cuando elabore las políticas públicas, a fin de hacer efectivas las oportunidades (derechos sociales) que permitieron la expansión del ejercicio de la autonomía (libertades) de los individuos.²⁸

IV. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS MÍNIMOS

La realización efectiva de las oportunidades para el mejor ejercicio de las libertades depende, pues, de la existencia de toda una maquinaria institucional que condense y guíe los recursos formados gracias a la recaudación de tributos junto a la sociedad,²⁹ economizándolos para utilizarlos en aquello que sea de utilidad inmediata, dígase prioritario. Esta maquinaria es el Estado, representado por la administración pública, que, además de recaudar de la sociedad el montante para la financiación de las políticas públicas, es “capaz de promover el uso de factores de producción a través de decisiones administrativas”, las cuales facilitan la “obtención de ciertas cosas por un costo menor del que supondría en las empresas privadas”.³⁰ Y de ahí que la administración pública deba, después de adoptar una relación de necesidades ordenadas de acuerdo con su grado de prioridad, gestionar con eficiencia los recursos recaudados disponibles para promover la realización efectiva de las oportunidades mínimas de las que todo individuo debe ser poseedor. Esto permite decir que la posibilidad de realización del mínimo existencial depende de que el Estado posea una reserva de recursos, siendo este factor,

²⁷ Zimmerling, R., “Necesidades básicas y relativismo moral”, *Doxa*, núm. 7, 1990, p. 41.

²⁸ Véase por ejemplo: Robeyns, I., “The Capability Approach: A Theoretical Survey”, *Journal of Human Development*, vol. 6, núm. 1, 2005, p. 94.

²⁹ Immordino, G. y Pagano, M., “The Cost of Rights: an Economic Analysis”, *cit.*, nota 1, p. 85.

³⁰ Coase, R. H., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 17.

por consiguiente, el verdadero sentido del término denominado “reserva del posible”.³¹

Disponer de recursos para la promoción del contenido esencial no significa que las oportunidades deban ser ofrecidas una única vez. Por el contrario, los gastos estatales deben ser planificados. Ora, si no hay recursos suficientes para concluir una política pública, al menos se debe iniciarla³² aplicándose los recursos disponibles. Y, cuando exista una nueva disponibilidad de recursos, inyectar más recursos a tales políticas, continuamente, para que las prestaciones sociales sean expandidas,³³ y así, las oportunidades y, por consiguiente, el ejercicio de las libertades.

Esa continuidad, que no debería ser interrumpida, trae a colación la cuestión de la prohibición de reversibilidad de la realización de los derechos fundamentales. Esta exigencia establece que lo que tuvo realización efectiva debe ser al menos mantenido, en virtud del necesario respecto al mínimo existencial, y en cuanto que sea posible debe ser maximizado. Por tanto, es imperioso para la administración pública el deber de no violar, a través de su actividad o inactividad, el mínimo existencial.³⁴ La irreversibilidad es entendida, pues, como una garantía cuyo objetivo es mantener la realización efectiva de derechos, especialmente aquellos cuya naturaleza es prestacional. Y, en este sentido, hay una estrecha relación entre el mecanismo de la reserva del posible en su acepción original y la exigencia de prohibición de reversibilidad de la realización efectiva de los derechos fundamentales, ya que una y otra se refieren a lo que el individuo puede razonable y racionalmente exigir de la sociedad.³⁵

La finalidad de esta figura es evitar que el Estado, a través de cualquiera de sus poderes, provoque una situación de posible retroceso social. De ahí la nomenclatura que se utiliza habitualmente: prohibición de retroceso

³¹ En el mismo sentido, por ejemplo: Sarlet, I. W., “Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988”, en Souza Neto, C. P. de *et al.* (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Río de Janeiro, Lúmen Juris, 2008. Véase también la idea de Schäfer, J., *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

³² Freire Júnior, A. B., *O controle judicial de políticas públicas*, *cit.*, nota 18, p. 74.

³³ Gomes Canotilho, J. J., “Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, nota 13, p. 47.

³⁴ En este sentido: Conto, M. de, *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 100.

³⁵ En este sentido, Krell, A. J., *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52; Queiroz, C. M. M., *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, 2006, p. 68.

social. Así, una vez realizados determinados derechos, éstos asumen una naturaleza híbrida, vinculando el Estado con su necesaria manutención e impidiendo³⁶ que los entes estatales actúen con exceso o asimismo lo hagan para promover su reducción o anulación.

De este modo, la prohibición de reversibilidad tiene que ver con la prohibición de exceso y con la prohibición de protección deficiente. Por la prohibición de exceso, la administración pública no puede valerse de medios retrocesivos que, lo mismo que no abarcan derechos ya realizados, promueven una involución dentro del ámbito de realización y protección de los derechos a causa a una intervención ajena a lo necesario. Por la prohibición de protección deficiente, la administración pública tiene el deber de realizar prestaciones dirigidas a la realización efectiva del contenido esencial de las necesidades humanas básicas.³⁷ En breve síntesis, la administración pública tiene el papel de elaborar, de implantar y de mantener políticas públicas que realicen con eficiencia los derechos que se consideren prioritarios, maximizándolos y evitando la intervención estatal en la autonomía de las personas.

El objeto de las políticas públicas son especialmente los derechos fundamentales sociales que, por pertenecer al ámbito jurídico constitucional, y, por tanto, público, vinculan directamente a los órganos estatales, entre ellos la administración pública. Por eso, no se puede argumentar que la inexistencia de normas reglamentadoras o que la falta de dotación presupuestaria o de previsión de gasto obstaculicen la realización efectiva inmediata de un derecho social a través de la prestación estatal adecuada,³⁸ aún más cuando está en conexión con la realización de necesidades básicas.

El problema de la inexistencia de normas tiene solución con la integración de lagunas por el intérprete del derecho, que no es una tarea arbitraria,³⁹ y se debe acomodar a lo que sea prioritario. El problema de

³⁶ Véase Derbli, F., *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, Río de Janeiro, Renovar, 2007, p. 176.

³⁷ Véase Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 807; Conto, M. de, *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*, cit., nota 33, p. 100; Barnes Vázquez, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 35, 1994, p. 510; Ávila, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7a. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 145-149.

³⁸ En este sentido, Martins, L., "Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas", *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, núm. 2, 2004, pp. 96 y 98.

³⁹ Así, el Poder Judicial no puede actuar para resolver todas las carencias de derechos de las personas con base en una supuesta violación de la dignidad de la persona humana, siem-

la falta de previsión de recursos tiene solución en el control del poder discrecional de la administración pública,⁴⁰ o sea que en materia de contenido esencial de los derechos fundamentales, el Estado no puede valerse simplemente de criterios como conveniencia y oportunidad para realizar políticas públicas. Es decir, por estar vinculada la administración pública a las normas constitucionales, especialmente a las de derechos fundamentales, ésta no puede tomar decisiones libremente, debiéndose adecuar a la voluntad del constituyente.⁴¹

V. REALIZACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Habrà que cuidar, entonces, del necesario control de los actos administrativos sobre las políticas públicas de realización efectiva de los derechos fundamentales, tanto respecto a las oportunidades cuanto para el ejercicio de la autonomía.

Los actos administrativos, en rápida síntesis conceptual, son declaraciones unilaterales de la administración pública para realizar, a través de servicios públicos,⁴² los mandatos de las normas jurídicas. Tales declaraciones unilaterales están *vinculadas*, principalmente, al interés público y al ordenamiento jurídico.

Es bastante común, cuando se trata sobre los actos administrativos, hablar de actos vinculados y actos discrecionales.⁴³ No obstante, propiamente

pre allegada y, en general, para forzar la obtención de tutela favorable a cualquier derecho que se diga tener. En esto sentido, Afonso da Silva, V., *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 78, nota 33.

⁴⁰ Sarlet, I. W. y Figueiredo M. F. "Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988", *cit.*, nota 26, p. 150.

⁴¹ Sarlet, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 447.

⁴² Hay, entre los autores, dificultad en conceptuar *servicios públicos*. Un concepto útil al fin de este ensayo es el de que son prestaciones estatales con el objetivo de concretizar derechos fundamentales sociales, para que los individuos puedan mejor ejercer su autonomía (libertades). Esto es, se prestan utilidades económicas que, al igual que dirigidas al cuidado de necesidades colectivas, benefician directamente a los individuos, ya que éstos tienen también estas necesidades, contribuyendo para la reducción de las desigualdades sociales y económica, conforme a las opciones de los individuos en ejercer o no y de qué forma a su autonomía. Véase Santos de Aragão, A., "O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro", en Souza Neto, C. P. de y Sarmento, D. (coord.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Río de Janeiro, Lúmen Juris, 2007, pp. 684 y 685.

⁴³ Tradicionalmente se dice que los actos vinculados no permiten a la administración proferir cualquier tipo de juicio en cuanto a la práctica del acto, con relación a los actos

no hay que considerar la clasificación, ya que todos los actos administrativos son vinculados. Esto es, la norma que establece que se haga un determinado acto administrativo tiene en su espíritu la finalidad de que se atienda, en la forma de la ley y con la debida eficiencia, al interés público. Luego, no se puede decir que la discreción se contraponga a la vinculación,⁴⁴ pues, de lo contrario, el acto discrecional sería el mismo que el acto desvinculado, o hasta arbitrario.

Por lo tanto, acto administrativo discrecional desvinculado no existe. Lo que hay es la posibilidad de escoger los medios para alcanzar una finalidad con eficiencia y dentro de las limitaciones legales, constitucionales y de presupuesto. O sea, la administración pública puede escoger cómo realizar una prestación pública siempre que ella alcance el fin que impone el sistema jurídico, justificando ciertamente sus opciones, con claridad y congruencia.

El problema puede ser abordado como una cuestión de intensidades. De modo abstracto, en los extremos, nos encontramos a los tipos puros de vinculación y de discreción, que, sin duda, no se verifican en la práctica.⁴⁵ En el punto de encuentro de estos vectores, ellos se confunden, o sea, es imposible identificar con claridad qué tipo de acto deba ser practicado, y ahí habrá algo con rara ocurrencia práctica. Entre los extremos y las cercanías a este punto se encuentran los diversos tipos de actos administrativos, separados en vinculados y discrecionales.

Para entendernos más fácilmente, hablaremos de *estandarización*. Por un lado, los actos que son parte del vector vinculación dan lugar a patrones y, por eso, independientemente de quienes los vayan a realizar, la finalidad se alcanzará si no es por los mismos medios pues por medios semejantes.

Por otro lado, los actos que son parte del vector discrecional tornan difíciles e impiden la formación de patrones, y, por eso, dependiendo de quienes los vayan a realizar, la finalidad se alcanzará desde diversos crite-

discrecionales le permiten proferir juicios en cuanto a la prestación que mejor cumplirá lo dispuesto en la Constitución y/o en la ley. Bandeira de Mello, C. A. (*Discrecionalidade e controle jurisdicional*, 2a. ed., São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 9 y 18) destaca que la distinción no se refiere al acto en sí mismo, sino a la competencia para apreciar sus elementos, de modo que se puede concluir que todos los actos son vinculados, distinguiéndose la competencia en vinculada y discrecional. Para una crítica a la distinción y a la concepción de los actos, véase Medaur Ommati, J. E., “Do ato ao processo administrativo: a crise da idéia de discricionariedade no direito administrativo brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito da UFOP*, próxima.

⁴⁴ No se trata, pues, de una relación antitética. En este sentido, Bandeira de Mello, C. A., “«Relatividade» da competência discricionária”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, p. 18.

⁴⁵ Freitas, J., *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, 2a. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 82.

rios.⁴⁶ A este respecto, a pesar de la vinculación de los vectores al interés público y de la ineludible necesidad en los dos casos de que las opciones sobre los *medios* que mejor alcanzarían una finalidad sean debidamente motivadas, a fin de evitar los excesos, las deficiencias o la inoperatividad, o de impedir la arbitrariedad, y, aun, de verificar el correcto empleo de los recursos públicos, podemos constatar que se confiere cierto margen de libertad a la administración pública, tanto en un tipo de acto como en el otro.

Esta libertad de opciones está proporcionada por las normas jurídicas ya establecidas. O sea:⁴⁷ hay casos en los que la propia orden jurídica delimita el juicio administrativo al mínimo posible acerca de cómo atender una finalidad, pero en otros, esa misma orden permite un juicio mayor de decisión sobre qué medios adoptar.⁴⁸ Se observa, pues, que tanto en la primera situación —de los actos vinculados— cuanto en la segunda —de los actos discrecionales— hay libertad de elección —fundamentada— de opciones. Y esto ocurre porque hay casos en los que existe más de una manera adecuada de atender al interés público, y también casos en los que la ley no ofrece los elementos necesarios —porque las situaciones fácticas son variadas, y al legislador no se le puede requerir que prevea todos los posibles casos— para llegarse a la mejor solución. Por lo tanto, sígase el patrón legal y constitucional, y dígase desde ahí que haya vinculación no sólo al interés público, sino también a la legalidad, y que hay discreción cuando se decide el cómo hacer algo; es decir, cómo actuar de la manera más apropiada para llegarse al mejor resultado posible.

Las políticas públicas resultan, tal como he expuesto, de actos administrativos que pueden ser vinculados o discrecionales, pudiendo, así, depender o no de una decisión entre variadas soluciones apropiadas y razonables de la administración pública para realizar con eficiencia los mandatos de las normas jurídicas, entre ellas las normas de derechos fundamentales, especialmente los sociales. En este sentido, las políticas públicas son vistas aquí como servicios públicos prestados por el Estado, a través de la administración pública o de sus delegatarios, para promover los derechos fundamentales. Pero, tal como aquí se entiende, el concepto de *políticas públicas* es más amplio

⁴⁶ Esto también parece ser el entendimiento de Peixoto, D. M., *Competência administrativa na aplicação do direito tributário*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 151.

⁴⁷ Freitas, J., *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, cit., nota 45, p. 36.

⁴⁸ Di Pietro, M. S. Z., *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2a. ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 6.

que el de *servicios públicos*⁴⁹ en aquello que se refiere a la realización del objetivo de la política pública, por existir una armonización entre las actividades desarrolladas por la administración y sus delegatarios y por las entidades de naturaleza privada⁵⁰ hacia la realización de los derechos.

Las políticas públicas buscan el fundamento primordial en la Constitución y en las leyes que las reglamentan. Así, el Poder Legislativo puede crear una determinada ley, y al igual que si la iniciativa normativa proviene de otro poder, puede la administración pública efectuar prestaciones con eficiencia y también reglamentarlas —en caso de prestaciones por entes privados, delegatarios o prestadores de servicios compartidos— siguiendo siempre los límites y las directrices indicadas por el Legislativo y por los mandatos constitucionales, a fin de realizar los derechos fundamentales.

Esa actividad prestacional —y no podría ser diferente— está sujeta al control formal y material, sobre todo en relación con la contemplación de su finalidad —esto es, la viabilidad del ejercicio de las libertades a través de la realización por el Estado de los derechos fundamentales sociales—, y asimismo en aquello que tiene a ver con la motivación del acto. El denominado *control de la administración pública* o *control de las políticas públicas realizadoras de los derechos fundamentales* tiene como objetivo garantizar que la prestación de políticas públicas sea eficiente, respetándose los principios y finalidades que el ordenamiento jurídico impone a esa actuación,⁵¹ y evitándose, con esto, desvíos que puedan ocurrir, tales como desvíos sobre la finalidad y sobre los recursos públicos.

Este control debe partir, primero, del propio Estado, que, al producir un acto administrativo, debe prestar atención para que éste atienda al interés público, o en caso de ser servicio delegado o servicio compartido, debe

⁴⁹ Bucci, M. P. D., “Políticas públicas e direito administrativo”, *Revista de Informação Legislativa*, núm. 133, 1997, p. 90.

⁵⁰ Esto es, cuando no estuvieran actuando en la posición de delegatarias. Las empresas privadas poden actuar, así, para la concretización de derechos fundamentales, como delegatarias de servicios públicos reservados al Estado o como prestadoras de servicios no reservados al Estado, mas de relevancia pública (salud, ocio, educación etcétera) —los llamados “servicios compartidos”— pudiendo el Estado reglamentar, en ambos los casos, y también subsidiar y fomentar su prestación, con la intención de tornarla más eficiente. Véase, por ejemplo: Santos de Aragão, A., “O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro”, *cit.*, nota 42, p. 703; Barcellos, A. P. de, “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”, en Souza Neto, C. P. de y Sarmento, D. (coords.), *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 600.

⁵¹ Bacellar Filho, R. F., “O controle da administração pública”, en Cisneros Farias, G. *et al.* (coords.), *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2007, p. 34.

actuar de manera regulada, obligando a los entes privados a observar el interés público. Se trata del autocontrol de la administración pública, por el que el Estado ofrece a los individuos al menos una certeza teórica de que sus intereses están siendo debidamente observados y que las políticas públicas están siendo prestadas con eficiencia.⁵² Además del autocontrol, deben existir también controles externos, porque hasta en la más optimista de las hipótesis es posible que el control interno falle. De este modo, es posible el control político por el Poder Legislativo, pudiendo actuar incluso junto a un tribunal de cuentas con relación a la fiscalización de los gastos e inversiones de recursos. Es también posible el control judicial,⁵³ el cual debe apreciar la legalidad de los actos dados y el cumplimiento de la Constitución.⁵⁴ El Ministerio Público también puede actuar valiéndose, sobremanera, de su condición de fiscal del derecho, para controlar la prestación de las políticas públicas, y utilizando los medios que el ordenamiento constitucional le confiere para defender el interés público. Por fin, los ciudadanos pueden, como propietarios de la cosa pública, individualmente o a través de la sociedad civil, efectuar el denominado control social como instrumento de lo que los autores califican de democracia participativa,⁵⁵ por medio, por ejemplo, de evaluaciones sobre la calidad de los servicios prestados y el acceso a informaciones sobre los actos del gobierno.

El control en la prestación de políticas públicas se produce, por tanto, en el marco interno del propio Estado a través —por ejemplo— de revisiones de oficio de sus actos o de la actividad reglamentaria de los órganos creados para tal fin, como también en el marco externo cuando las otras funciones del poder estatal y sus auxiliares, además de los ciudadanos, controlan no sólo, a pesar de principalmente, la actuación de la administración pública, sino también la acción de los particulares cuando prestan servicios de interés público. Actuándose así como una especie de “administrador negativo”.⁵⁶ Pues bien, es bajo ese control general de la administración pública donde es necesario observar si los recursos obtenidos por el Estado a

⁵² França, P. G., *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

⁵³ Seabra Fagundes, M., *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3. ed., Río de Janeiro, Forense, 1957.

⁵⁴ Este tipo de control no sería necesario, en principio, si las actividades prestacionales observaran la legislación y la Constitución, ya que, de ser así, sería posible hablar hasta de reducción de los casos sometidos a su tamiz, y tal vez hasta de una mayor agilidad en el enjuiciamiento de ciertos tipos de demandas.

⁵⁵ Valadés, D., *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 2.

⁵⁶ Freitas, J., *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, cit., nota 45, p. 45.

través de los tributos están siendo debidamente aplicados a la consecución de la finalidad principal y primordial de la maquinaria estatal, consistente en el cuidado y protección de las necesidades humanas básicas; esto es, la realización de los derechos fundamentales; sin apelar en este ámbito al discurso de la reserva del posible y la prohibición de retroceso social. En definitiva, dicho control busca evaluar la eficiencia del Estado en la realización de sus actividades.

VI. CONCLUSIONES

A modo de conclusión se puede decir que los individuos, en cuanto miembros de una sociedad y sujetos al poder estatal, tienen el deber de pagar tributos, cuyo montante está dirigido a la manutención de la maquinaria estatal y a la realización efectiva de los derechos fundamentales mínimos; esto es, pertenecientes a aquello que se ha denominado mínimo existencial. Dar efectividad a esos derechos depende de la actuación gerencial del Estado, que, a través de decisiones administrativas representadas especialmente por la planificación y realización de políticas públicas, gasta los recursos recaudados administrándolos con eficiencia. La realización del mínimo existencial depende, así, de actos administrativos que prevean una dotación de presupuesto propia, sin perjuicio de provisiones para la manutención del propio Estado, pero en detrimento de gastos que no se revelen necesarios o para esta manutención o para aquella realización. De ahí la necesidad de que exista un control de los actos realizados por la administración pública, para que se fiscalice esa dotación financiera y de presupuesto, evitándose que las malas opciones hechas por los agentes estatales vinculen el mínimo existencial al discurso de la reserva del posible, y de que los derechos fundamentales ya realizados no sean sometidos a una reversión de su realización.

En resumen, la administración pública contemporánea, como parte de la maquinaria estatal, tiene como papel la necesaria realización y manutención del contenido esencial de los derechos fundamentales, a través de la realización de políticas públicas, en asociación o no con entidades privadas, empleando correctamente los recursos públicos que le son conferidos por la sociedad en general, para que se pueda proporcionar a los individuos, especialmente a aquellos que no tienen condiciones o las tienen, pero no las suficientes, oportunidades de poder ejercer su autonomía y disfrutar de sus libertades básicas. En el mismo ámbito, los individuos tienen el papel de financiar conforme a su capacidad la construcción de una sólida base de recursos públicos y de exigir del poder público, especialmente de la admi-

nistración pública, el correcto empleo de ese montante para la realización efectiva de dichos derechos.

Establecida esta relación, la sociedad y los individuos deben exigir del Estado, o él tiene la obligación de hacerlo, la adopción de medidas de mantención de la realización de los derechos, a fin de prestarlos con el objetivo de cubrir un mínimo existencial a través de programas genéricos o específicos de acuerdo con la vulnerabilidad de los sectores sociales, proporcionando el ejercicio de una dignidad sin retrocesos para cualesquiera persona. Además, el Estado también tiene la obligación de prestar cuentas a la sociedad, demostrándole que los recursos recaudados fueran correctamente previstos en el presupuesto para su uso en la realización eficiente de los derechos fundamentales.

LOS CONTENIDOS MATERIALES CONSTITUCIONALES Y LA CONCEPCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO COMO SISTEMA NORMATIVO MIXTO

Patricia CUENCA GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. III. *La especial relevancia de la dimensión estática en los órdenes jurídicos*. IV. *Interpretación, interpretación constitucional y sistema mixto*.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, uno de los rasgos más significativos de los órdenes constitucionales actuales radica en la incorporación a los textos constitucionales de todo un elenco de contenidos materiales que expresan opciones eminentemente morales, que se reclaman jurídicamente vinculantes y que se encuentran judicialmente garantizados.¹

Esta característica del derecho del constitucionalismo ha supuesto el cuestionamiento de la teoría del sistema jurídico de Hans Kelsen, referente central del pensamiento sistemático contemporáneo de impronta positivista. Conviene tener presente que la necesidad de revisar —o, incluso de abandonar— la concepción kelseniana del orden jurídico ha sido sostenida

* Profesora titular (acreditada) de filosofía del derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho.

¹ Prieto Sanchís, L., *Ley, principios, derechos*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 7, Madrid, Dykinson, 1998, p. 35. Autor que señala: “el núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier norma y, sobre todo con un contenido verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales”. Véase también Barranco Avilés, M. C., “Los contenidos materiales en las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, 2006.

no sólo por aquellos planteamientos que interpretan el constitucionalismo en clave antipositivista, sino también por autores que defienden la capacidad del iuspositivismo para explicar el funcionamiento de los Estados constitucionales.²

La principal crítica que en este contexto se plantea a la teoría de Kelsen se proyecta sobre su caracterización del orden jurídico como un sistema normativo dinámico, por oposición a los sistemas de tipo estático. Según la interpretación más difundida de esta tipología, en los sistemas normativos estáticos la validez de las normas dependería de criterios exclusivamente materiales; mientras que en los sistemas dinámicos y, por ello, en el orden jurídico, los criterios de validez normativa serían de índole únicamente formal.³

Desde esta visión, se afirma que una de las consecuencias más relevantes derivadas de la nueva fisonomía que presenta el derecho del constitucionalismo —y, en particular, de la presencia de contenidos materiales en las Constituciones— consiste, precisamente, en la superación de la dicotomía sistema estático/sistema dinámico. En este sentido, los órdenes constitucionales se configurarían no como sistemas dinámicos puros, al estilo de Kelsen, sino como sistemas normativos mixtos que combinarían rasgos propios de los sistemas de tipo dinámico y de los sistemas de naturaleza estática. Y ello porque en el escenario del Estado constitucional la validez de las normas jurídicas dependería no sólo de criterios formales, sino también de criterios materiales, que exigen la conformidad de su contenido con los contenidos sustantivos incorporados en la norma constitucional.

Pues bien, a mi modo de ver, la anterior reflexión incurre en dos errores. El primero radica en que se basa en una interpretación cuestionable de la teoría del sistema jurídico de Kelsen. En efecto, como me he ocupado de poner de relieve en otros trabajos, la concepción kelseniana del orden jurídico como sistema dinámico puede asumir, y de hecho asume, la presencia de contenidos materiales en el derecho y su relevancia en la de-

² Peces Barba, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 43; Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 22; Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1993, p. 191, y Ansuátegui Roig, F. J., *Podex, ordenamiento jurídico y derechos*, Cuadernos del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 84 y 85.

³ Véase sobre la distinción sistemas estáticos/sistemas dinámicos, Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 7a. ed., trad. de R. Vernengo, Buenos Aires, Porruá, 1993, pp. 201 y ss., y Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1995, pp. 129 y ss.

terminación de la validez jurídica.⁴ El segundo error consiste en una cierta exageración de la novedad que supone el constitucionalismo por lo que respecta a la importancia de las dimensiones materiales en la cuestión de la validez jurídica.

En efecto, a mi modo de ver, no sólo los sistemas jurídicos constitucionales, sino todos los sistemas jurídicos se configuran y funcionan como sistemas normativos mixtos.⁵ Ahora bien, como trataré de demostrar en lo que sigue, la dimensión estática, necesariamente presente en todo orden jurídico, adquiere especial importancia en los órdenes constitucionales, y la comprensión del papel de los contenidos constitucionales materiales en el derecho incide en un sentido esencial en el significado y alcance de la tesis de la configuración mixta del sistema jurídico.

II. EL SISTEMA JURÍDICO COMO SISTEMA NORMATIVO MIXTO

Como antes avancé, la definición del sistema jurídico como un sistema de carácter mixto implica afirmar que la validez de sus normas depende conjuntamente tanto del cumplimiento de criterios formales, o dinámicos, cuanto del respeto de criterios materiales, o estáticos.⁶

La defensa de la configuración mixta del sistema jurídico se apoya en dos referentes básicos, que no poseen, o mejor, que no tienen por qué poseer un significado moral: el referente sistemático y el referente funcional.⁷ La comprensión del fenómeno jurídico en términos de sistema implica, entre otras cosas, asumir una determinada teoría de la validez —que encuentra

⁴ Cuenca Gómez, P., “Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría del derecho de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.

⁵ A justificar esta afirmación se dedica mi trabajo Cuenca Gómez, P., *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Madrid, Dykinson, 2008.

⁶ Conviene tener presente que existen un modelo sistemático mixto diferente al analizado en estas páginas, que se articula a partir de la operatividad disyuntiva (y no conjunta) del criterio de legalidad y del criterio de deducibilidad. Este modelo que toma como base el sistema deductivista de Alchourrón y Bulygin considera válidas tanto las normas que han sido emitidas por un órgano competente (criterio de legalidad), como las consecuencias lógicas derivadas de tales normas (criterio de deducibilidad) con independencia de quién sea el sujeto que opere la deducción. Véase, por ejemplo, Caracciolo, R., *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, México, Fontamara, 1994, pp. 53 y ss.

⁷ Se trata de referentes que definen la idea de derecho moderno. Sobre su sentido, véase Asís Roig, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999; *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

precisamente en Kelsen a su principal exponente y descartar, por tanto, otras comprensiones alternativas de esta noción, como la defendida por la teoría fáctica y la teoría axiológica— que afirma que una norma jurídica es válida cuando ha sido creada de conformidad con los criterios de pertenencia establecidos en otras normas superiores del sistema.⁸ Por su parte, el referente funcional implica entender que la función inherente del derecho como fenómeno normativo consiste en el control social; esto es, en la regulación de los comportamientos humanos en sociedad, y exige su aptitud para desempeñar esta tarea con una mínima garantía de éxito.

La eficacia del derecho como técnica de control social y el mantenimiento de los rasgos sistemáticos de la unidad, la coherencia y la plenitud exigen la presencia de diversos sujetos que tengan atribuida la realización de diferentes tareas: la creación de normas generales, su aplicación, ejecución o el control de la legalidad del desarrollo de estas tareas.⁹ Pues bien, estas funciones que necesariamente tienen que ser llevadas por alguien y que no pueden ser llevadas a cabo por un solo sujeto tampoco pueden ser llevadas a cabo por todos, o por cualquier individuo. Así, la primera implicación lógica derivada del manejo del concepto sistemático de validez radica en la exigencia de que los sujetos que asumen las distintas tareas de producción normativa en los diferentes escalones del ordenamiento jurídico sean individuos “designados por ese mismo orden”;¹⁰ las normas jurídicas tienen que ser creadas mediante “actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto”.¹¹ Desde esta perspectiva, los sistemas jurídicos se caracterizan por el fenómeno de la autoridad, por la institución y adscripción de poderes habilitados para la creación y aplicación de normas.¹²

En este sentido, los rasgos derivados de la idea de sistema y de la idea de función exigen el requisito de la validez formal como caracterizador

⁸ Según la teoría fáctica, identificada con planteamientos realistas radicales, la validez de una norma depende de su eficacia. En virtud de la teoría axiológica propia de aproximaciones iusnaturalistas, la validez de una norma depende de su adecuación a normas y principios extrasistemáticos que adquieren este papel en virtud de su calidad moral. Véase sobre la distinción entre teorías sistemáticas, fácticas y axiológicas, Wróblewski, J., “Tre concetti di validità”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 36, 1982, pp. 584-595, y con una terminología un tanto diversa Conte, A., “Studio per una teoria della validità”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 47, 1970, pp. 331-354.

⁹ Esta argumentación ofrece una justificación funcional al principio de división de poderes, entendida simplemente como una división funcional.

¹⁰ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 232.

¹¹ *Ibidem*, p. 132.

¹² Celano, B., “Justicia procedimental pura y teoría del derecho”, *Doxa*, 24, 2001, p. 407.

del poder de los órganos jurídicos.¹³ Dicho de otro modo, todos los sistemas jurídicos incorporan una dimensión dinámica —expresión de su carácter institucionalizado— que implica condicionar formalmente la validez de sus normas a su creación por una autoridad competente a través del procedimiento establecido en una norma superior. Este condicionamiento supone una primera limitación, de carácter formal, a la libertad del poder para crear derecho: no cualquier mandato dará lugar a la creación de una norma jurídica válida, sino tan sólo aquel que proviene de un poder autorizado por una norma superior, y que se manifiesta de la forma preestablecida.¹⁴

La concepción del orden jurídico como un sistema normativo orientado al control social permite justificar también la necesaria presencia en el derecho de contenidos materiales y su relevancia a la hora de determinar la validez de la actuación de las autoridades jurídicas. La exigencia de generalidad de las normas¹⁵ y la nota de la plenitud permiten justificar la imprescindible concurrencia en el sistema jurídico de reglas sustantivas; esto es, de normas con contenidos materiales generales que predeterminan materialmente el contenido de las normas individuales dictadas por los jueces y autoridades administrativas.

La asunción de un concepto sistemático de validez, que exige la conformidad de las normas inferiores con todos los aspectos regulados en las normas superiores, incluidas las determinaciones atinentes a su contenido; la exigencia de congruencia, que requiere que la labor de los órganos de aplicación se ajuste a lo dispuesto en las propias normas del sistema; y sobre todo, la exigencia de coherencia permiten fundamentar la ineludible relevancia de esa determinación material en la validez de las normas inferiores. La nota de la coherencia, identificada con la exigencia de compatibilidad o de no contradicción entre los contenidos normativos opera en su proyección vertical —por razón de la existencia de una ordenación jerárquica formal entre las distintas normas del ordenamiento, necesaria, de nuevo, para la propia funcionalidad del derecho como sistema normativo

¹³ Así Roig, R., de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, cit., p. 52.

¹⁴ Delgado Pinto, J., “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *Filosofía y derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1977, pp. 175-208 (recogido también en Delgado Pinto, J., *Estudios de filosofía del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 115-149).

¹⁵ Véase la argumentación de Raz, J., *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 158 y ss., sobre los sistemas de discreción absoluta.

de control social— como un criterio de validez de carácter material.¹⁶ Ello supone un nuevo límite, esta vez de carácter sustantivo, al poder en su tarea de producción de normas jurídicas.

En este sentido, todo sistema jurídico incluye una dimensión estática, que condiciona, cuando menos, la validez de las normas individuales a su compatibilidad con los contenidos de las normas generales superiores, y, por tanto, todo sistema jurídico se configura como un sistema normativo de tipo mixto.

III. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE LA DIMENSIÓN ESTÁTICA EN LOS ÓRDENES JURÍDICOS

Si bien la tesis del carácter mixto se considera aplicable a cualquier orden jurídico moderno, en tanto resulta de la adopción de ciertos presupuestos definitorios de la idea moderna de juridicidad —la idea de sistema y la idea de función—, ello no obsta para que puedan existir diferencias importantes entre los distintos sistemas jurídicos por lo que respecta a la proyección de las dimensiones estáticas y dinámicas. La razón de estas diferencias estriba en que la presencia de contenidos materiales sólo se considera indispensable en un determinado nivel de la pirámide jurídica en el tránsito de la grada intermedia de las normas generales al escalón de las normas individuales. Dicho de otro modo, la inclusión de dimensiones materiales en el eslabón constitucional no es una exigencia conceptual derivada de la comprensión de lo jurídico que aquí se maneja, sino una opción política, y, por tanto, una variable históricamente determinable. Ciertamente, resulta no sólo teórica, sino también pragmáticamente plausible un sistema jurídico cuya norma constitucional se limite a señalar los órganos creadores de normas generales, y los procedimientos a seguir para llevar a cabo tal producción,¹⁷ haciendo aparición los contenidos sustantivos generales exclusivamente en el nivel infraconstitucional.

¹⁶ El efecto obligado de la presencia de una jerarquía normativa consiste en “el deber de los órganos creadores de normas inferiores de acatar lo dispuesto en las normas superiores”. Ruiz Miguel, A., “El principio de jerarquía normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, 1988, p. 149; véase Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991, p. 205.

¹⁷ Precisamente, para Kelsen la función mínima de la Constitución, como norma suprema del sistema, es señalar los órganos encargados de la creación de normas jurídicas generales. Véanse Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 147, y *Teoría pura del derecho*, cit., p. 235.

Ahora bien, la nueva fisonomía que en nuestro ámbito cultural presentan las Constituciones a partir del abandono del modelo constitucional procedimental propio del Estado de derecho legislativo y de la adopción por el constitucionalismo posterior a la segunda posguerra mundial de un modelo constitucional procedimental-material¹⁸ —esto es, de un modelo de Constitución, que combina la presencia de normas de organización y de procedimiento con la incorporación de un nutrido conjunto de cláusulas normativas sustantivas, que de manera no excluyente, aunque sí preferente, se identifican con los derechos fundamentales¹⁹— implica el surgimiento de un panorama jurídico en el que la aspecto estático del sistema jurídico adquiere una especial fuerza expansiva.

Las normas constitucionales materiales se convierten en referentes esenciales de cualquier actividad de creación y aplicación normativa, incidiendo en la estructura y el funcionamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto. Los contenidos sustantivos constitucionales —desde su posición jurídica privilegiada— operan —ahora sí por razones sistemáticas y funcionales— como criterios básicos de validez material, de manera que la pertenencia de cualquier norma al sistema jurídico depende de su compatibilidad con tales contenidos.

La inclusión de contenidos normativos sustantivos en la Constitución supone, por tanto, que los criterios que dotan de unidad e identifican a la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico son tanto materiales como formales. A partir de la presencia de dimensiones de contenido en la Constitución, todas las autoridades implicadas en la tarea de producción normativa —incluido el propio legislador— se configuran como poderes formal y materialmente “determinados”. La incorporación de contenidos en la norma constitucional se vincula “al contenido posible”, y “por tanto a los límites del resto de las normas del ordenamiento y se sitúa en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación del éstas”.²⁰ En definitiva, en el contexto del Estado constitucional el ejercicio válido de todo poder normativo está condicionado al cumplimiento de ciertas exigencias relacionadas, no sólo con quién y con cómo se manda, sino también con el contenido de lo mandado.

Esta reflexión acerca de las consecuencias que se derivan de la incorporación de contenidos materiales en la norma constitucional permite plantear con mayor precisión el significado de la comprensión del sistema ju-

¹⁸ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 503.

¹⁹ Prieto Sanchís, L., *Ley, principios, derechos, cit.*, p. 35.

²⁰ Peces-Barba, G. *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 416 y 417.

rídico como un sistema de tipo mixto. La configuración mixta del orden jurídico significa que las dimensiones materiales presentes en las normas superiores repercuten necesariamente en la determinación de la validez de las normas inferiores. Ahora bien, esta presencia sólo constituye una necesidad lógica y funcional en un determinado punto de la cadena de producción normativa situado por debajo del vértice de la pirámide jurídica. De esta forma, la articulación mixta del sistema jurídico se manifiesta siempre, al menos, en el enjuiciamiento de la validez de las normas individuales. La presencia, contingente, de contenidos materiales en la norma constitucional, otorga a la dimensión estática una especial proyección, que convierte en especialmente inadecuada la comprensión del orden jurídico como un sistema puramente dinámico.

Desde esta óptica, como se señaló con anterioridad, debe matizarse el papel determinante que suele atribuirse a la incorporación de normas materiales en la Constitución en la superación de la dicotomía sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos. Así, no es rigurosamente cierto que tal presencia “trasciende la dialéctica de los contrarios” entre el sistema estático y el dinámico,²¹ pero sí que la trasciende absolutamente, pues el sistema incluye desde su cúspide dimensiones materiales. Tampoco cabe afirmar que la incorporación de dimensiones sustantivas en la norma constitucional provoca que no se pueda sostener “la tajante distinción kelseniana porque lo que él llama (sistema dinámico) no es suficiente sin lo que llama (sistema estático) para comprender el Ordenamiento jurídico”,²² pero sí que a partir de tal incorporación la comprensión del orden jurídico en términos puramente dinámicos es radicalmente insuficiente. Como señala Ansuátegui Roig,

...la inclusión de contenidos sobre derechos fundamentales en las normas superiores del ordenamiento *es uno de los factores* que hace que, en realidad, el sistema jurídico sea un sistema mixto... desde el momento en que en las normas superiores se integran contenidos materiales que deben ser asumidos y respetados por el conjunto de los componentes normativos del sistema, esas normas ya no pueden ser entendidas exclusivamente como el origen positivo de la cadena de habilitación formal a los distintos poderes normativos para que materialicen su capacidad normativa.²³

²¹ Llamas Cascón, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, cit., p. 191. Se trataría del efecto irradiación al que alude Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 525 y ss. Véase también, Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 110, 112 y 115.

²² Peces-Barba Martínez, G., *Los valores superiores*, cit., p. 43.

²³ Ansuátegui Roig, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., pp. 84 y 85.

De este modo, la diferencia entre los sistemas jurídicos del constitucionalismo y otros sistemas jurídicos no radica “en que se incluyan contenidos”, sino que la diferencia estriba “en que se incluyan unos y no otros”, y si el término de comparación es el Estado de derecho legislativo, en que tal incorporación acontece en los planos superiores del ordenamiento²⁴ lo que, sin duda, confiere a estos contenidos un singular impacto en la actuación de todos los poderes jurídicos. Los órdenes jurídicos constitucionales se caracterizan, por tanto, por su “mayor estaticidad”.

Para cerrar este apartado, considero pertinente realizar tres órdenes de consideraciones. La primera es que la presencia de contenidos materiales en el derecho en general y en la Constitución en particular y su incidencia en la cuestión de la validez jurídica es perfectamente compatible con el positivismo jurídico siempre y cuando se afirme que tales contenidos valen —sea cual sea su calidad moral— por haber sido juridificados (esto es, por haber sido incorporados al sistema por una autoridad competente, y en el caso de los contenidos constitucionales, por su implantación un poder efectivo) y que su relevancia en la determinación de la validez tampoco se fundamenta en el juicio moral que merezcan, sino simple y llanamente en su incorporación en normas superiores.²⁵ La segunda reflexión, estrechamente relacionada con la anterior, es que cualquier contenido material incorporado en una norma con la misma configuración jerárquica que la Constitución²⁶ —y no sólo los derechos, valores y principios propios del constitucionalismo, que podríamos considerar moralmente justificados— repercutiría, igualmente, en la validez jurídica de todas las normas del sistema. La tercera es que, en todo caso, la capacidad real de los contenidos materiales —también de los contenidos constitucionales— para determinar la validez de la actuación de los poderes normativos y el alcance de esta determinación depende en un sentido esencial de la posición que se asuma en torno a la cuestión de su interpretación. Me ocuparé de esta cuestión en el siguiente apartado.

²⁴ Ansuátegui Roig, F. J., “Positivism jurídico y sistemas mixtos”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 622.

²⁵ Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 124.

²⁶ Esta afirmación parte de la consideración de que en el constitucionalismo la Constitución no es una norma con cualquier contenido, sino con unos contenidos determinados, que se identifican con los derechos fundamentales y los valores y principios con ellos vinculados.

IV. INTERPRETACIÓN, INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SISTEMA MIXTO

La teoría de la interpretación jurídica constituye, a mi modo de ver, el principal banco de pruebas de la tesis de la configuración mixta del orden jurídico. Vinculado con lo anterior, la concepción de la interpretación de la Constitución que se maneje incide de un modo básico en la comprensión de la repercusión de sus contenidos en la cuestión de la validez jurídica.

Como es sabido, la teoría interpretativa escéptica afirma la total indeterminación de los enunciados jurídicos.²⁷ Desde esta óptica, no existirían límites en la interpretación de los contenidos materiales en general ni de los contenidos constitucionales en particular, por lo que las autoridades obligadas a respetarlos gozarían de una discrecionalidad total a la hora de establecer su sentido. La operatividad de los contenidos constitucionales como criterios básicos de validez material resultaría, por ende, superflua, pues su significado dependería en exclusiva de la voluntad de las autoridades competentes para desarrollarlos, aplicarlos y garantizarlos. La limitación material al poder que implica la presencia de criterios sustantivos de validez, y que alcanza su máxima expresión en el derecho del constitucionalismo, se desenvolvería en un sentido ficticio, formal y casi paradójico, pues serían, precisamente, las decisiones del poder las que determinarían el sentido de dicha limitación. En definitiva, el escepticismo radical desmentiría la relevancia de los contenidos materiales —y también de los contenidos constitucionales— en el enjuiciamiento de la validez jurídica que dependería únicamente de criterios de validez formal. Lo relevante a la hora de tratar con los contenidos materiales no serían en última instancia tales contenidos, sino la presencia de órganos competentes para determinarlos.

A mi modo de ver, esta posición resulta incompatible con la concepción del derecho como un sistema normativo de control social. En efecto, afirmar la absoluta indeterminación del derecho dejaría sin sentido a las notas que caracterizan la idea de sistema, desmintiendo la plausibilidad teórica y la importancia práctica de los criterios sistemáticos de validez tanto de los criterios materiales como de los criterios formales, en la medida en que no permitiría enjuiciar la validez de las normas en relación con su compati-

²⁷ Aunque suele subrayarse la heterogeneidad de los planteamientos susceptibles de encuadrarse en la “familia” de las teorías interpretativas escépticas, generalmente son las teorías norteamericanas —básicamente el realismo jurídico norteamericano y el movimiento *Critical Legal Studies*— las corrientes consideradas como principales exponentes de esta concepción en su condición de versiones más extremas.

lidad con los contenidos de las normas superiores; pero tampoco respecto de la autoridad de los sujetos que las emiten y el procedimiento de producción.²⁸ El escepticismo radical pondría, además, en tela de juicio la viabilidad del derecho como técnica normativa de regulación de comportamientos, al convertir sus mandatos en inútiles o en innecesarios.²⁹ El derecho sólo puede operar como factor relevante de ordenación de las conductas sociales si puede ser comprendido “más o menos del mismo modo” por quienes lo usan, y, por tanto, si sus normas tienen un significado, al menos, relativamente determinado.³⁰ Finalmente, el escepticismo radical distorsiona totalmente la lógica del constitucionalismo convirtiendo en absolutamente ilusoria la pretensión de limitar y controlar materialmente al poder.

En las antípodas de la anterior concepción, la teoría interpretativa cognitiva sostiene la determinación total de los enunciados jurídicos.³¹ Vistas así las cosas, las autoridades jurídicas carecerían de cualquier margen de decisión a la hora de desarrollar y aplicar los contenidos materiales incorporados en normas superiores. Pues bien, esta concepción se presenta como un modelo irrealizable debido a los problemas de indeterminación que presenta el lenguaje jurídico en general y el lenguaje constitucional en particular.³² Pero, además, en el ámbito de la interpretación de la Constitución resultaría, además, especialmente indeseable, pues al no permitir diferentes concreciones de los contenidos materiales constitucionales entraría en contradicción con el pluralismo y la democracia.

²⁸ Diciotti, E., “Sistema statico e sistema dinamico. Ontologia e metodologia”, en Gianformaggio, L. (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Turín, Giappichelli, 1991, pp. 97-141; Diciotti, E., “Operative Interpretation and Systemic Validity”, en Gianformaggio, L. y Paulson, S. (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 51-83. En este sentido, importa insistir en que “tanto la alusión a la no contradicción con normas superiores cuanto la exigencia de competencia atribuida por otra norma exigen un mínimo de determinación”. Asís Roig, R. de, “Los derechos y la argumentación judicial”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 10, 2004, pp. 20 y 21. La total indeterminación del lenguaje “tendría igualmente consecuencias en el funcionamiento del sistema jurídico a través de criterios formales, al poder ser éstos también indeterminados”. Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 109.

²⁹ Asís Roig, R. de, “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en Peces-Barba Martínez, G. y Ramiro Avilés, M. A. (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, cit., p. 299.

³⁰ Jori, M. y Pintore, A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 336 y 337.

³¹ Se trata de la teoría de la interpretación heredada por el primer positivismo de los autores de la Ilustración que se expresa en el llamado formalismo interpretativo.

³² Véase Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abedelo-Perrot, 1990, p. 49, y Moreso, J. J., “Lenguaje jurídico”, en Laporta, F. y Garzón Valdez, E., *El derecho y la justicia*, Madrid, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta, 1996, pp. 105-116.

Como han señalado algunos autores, la concepción de la interpretación manejada por autores como Dworkin constituye una especie de versión contemporánea de la teoría cognitiva.³³ Según esta posición, la buena argumentación moral es la instancia que permite, mediante el ejercicio de una discreción débil,³⁴ conocer el contenido correcto de los contenidos materiales —y en especial de los contenidos constitucionales— susceptibles de incidir en la identificación de las normas jurídicas válidas. De este modo, la validez jurídica dependería de referentes materiales extrajurídicos, de parámetros o fuentes éticas objetivas que el intérprete puede descubrir más allá del derecho positivo, y que valen no por su incorporación al sistema por las autoridades competentes, sino por su justificación moral.³⁵ A mi juicio, uno de los principales problemas que plantea esta concepción —característica de los autores que manejan una visión antipositivista del constitucionalismo— radica en justificar el objetivismo ético fuerte que la viabilidad de la tesis de la unidad de respuesta correcta en la interpretación de los contenidos materiales requiere.

Finalmente, la denominada teoría intermedia de la interpretación afirma la relativa determinación de los enunciados jurídicos.³⁶ El rasgo de la relativa determinación del derecho puede fundamentarse recurriendo a la noción de significado literal y a los rasgos que lo caracterizan. En efecto, el significado literal, definido como el sentido que ineludiblemente posee cualquier enunciado inteligible para los hablantes competentes en un determinado lenguaje en virtud de las reglas semánticas y sintácticas —que expresan la existencia convenciones semánticas y sintácticas acerca del modo de empleo de las expresiones en una determinada comunidad lingüística—³⁷ constituye el fundamento del éxito del lenguaje en el desarrollo de

³³ Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación la jurídica*, cit., p. 14.

³⁴ La discreción débil exige capacidad de discernimiento y un importante esfuerzo argumentativo, pero, a diferencia de la discreción fuerte, no conlleva una elección entre alternativas abiertas, y, por ello, una dimensión creativa. Véase sobre esta distinción, Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 85 y ss.

³⁵ Véase en este sentido el debate entre Dworkin y Hart acerca de la capacidad de la regla de reconocimiento para dar cuenta de la validez de los principios, *idem* y Hart, H. L. A., en el *Postscript* que incorpora la segunda edición inglesa del *Concepto de derecho*, trad. castellana en Rodríguez, C. (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 15-88).

³⁶ Esta teoría sería, a mi modo de ver, la que asumen tanto el positivismo kelseniano como el positivismo kelseniano.

³⁷ Schauer, F., *Las reglas en juego*, trad. de C. Orunesu y de J. L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 116 y Platós, M., *Las sendas del significado*, trad. de C. Hidalgo y de E. A. Rabossi, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 14.

su función comunicativa —del que depende en un sentido esencial el éxito del derecho en el desempeño de su función de guía de conducta— y opera como parámetro *a priori* desde el que enjuiciar la corrección de las actuaciones lingüísticas particulares.³⁸ Así, la afirmación de la relativa determinación de los enunciados jurídicos, también de aquellos que incluyen criterios materiales de validez, no implica un compromiso necesario con el objetivismo moral, sino con un objetivismo semántico modesto o moderado.

A mi modo de ver, el carácter relativamente determinado del derecho debe entenderse en términos de determinación mínima, lo que implica considerar que la interpretación es *siempre*, incluso en los casos fáciles, una decisión *nunca* plenamente discrecional, ni siquiera en los casos difíciles.³⁹ Desde esta óptica, la validez de la interpretación de los contenidos materiales no depende en exclusiva de la voluntad del intérprete, como pretenden los escépticos, pero tampoco de una moral objetiva que éste pueda descubrir más allá de los límites del derecho, o llegar a integrar en sus confines, como pretende Dworkin,⁴⁰ sino de que se respete el significado literal de los enunciados jurídicos que le sirven de referente.

³⁸ Esta visión del lenguaje implica sostener que lo que las palabras significan depende de una práctica social, del comportamiento regular de los miembros de una determinada comunidad lingüística, pero no de la actuación de un solo individuo en una particular situación comunicativa. Véase en apoyo de esta consideración, Dummett, M., “A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hacking”, en Lepore, E. (ed.), *Truth and Interpretation*, Basil Blackwell, p. 473; Fenichel Pitkin, H., *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*, trad. de R. Montoro, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 285; Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, Giappichelli, 1999, p. 248. Y puede fundamentarse en una determinada interpretación del segundo Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, trad. de E. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, según la cual la llamada paradoja del seguimiento de reglas no implica una nueva forma de escepticismo —como afirma Kripke, S., *On Rules and Private Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1982—, sino que pretende simplemente revelar la necesidad de ciertos hechos fundantes, de un *background* común; en definitiva, de un acuerdo básico en la forma de vida que posibilita el surgimiento de regularidades en el uso de las expresiones susceptibles de integrarse en reglas lingüísticas, y que hace viable la comunicación.

³⁹ Se trata de la visión que maneja el positivismo kelseniano. El positivismo hartiano manejaría la tesis de la determinación parcial, lo que implica afirmar que el derecho es totalmente determinado en unos casos, los fáciles, que caen en la zona de certeza de los enunciados jurídicos, y en los que los intérpretes no gozan de discrecionalidad, pero totalmente indeterminado en otros, los difíciles, que caen en la zona de penumbra y en los que la discrecionalidad interpretativa es total, Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 153. Así, a tenor de la visión hartiana, el sistema jurídico se configuraría como un sistema normativo parcialmente mixto.

⁴⁰ Véase sobre la posición de Dworkin, Raz, J., “Legal Principles and the Limits of Law”, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, p. 85.

El carácter mínimamente determinado del significado literal se basa en la consideración de que no se puede “hacer decir” a un enunciado “cualquier cosa”.⁴¹ Visto así el asunto, la literalidad proporcionaría, no ya una información positiva, sino negativa, en el sentido de manifestar no lo que el enunciado dice, sino lo que no puede decir.⁴² En este sentido, el significado literal opera como un límite mínimo y negativo que excluye la validez de aquellas interpretaciones que se enfrentan con la literalidad del enunciado objeto de interpretación, y, cabe añadir, con la de los enunciados jerárquicamente superiores. Así, también el criterio de interpretación sistemático serviría de límite a cualquier interpretación.⁴³ De nuevo, la operatividad de estos límites se fundamenta en la comprensión del derecho como una técnica normativa de control social.⁴⁴

En todo caso, como señala Rafael de Asís,

...a pesar de la relevancia de la literalidad, no se trata de un límite absoluto, al menos, cuando estamos proyectando nuestro razonamiento en el ámbito de normas no constitucionales. En ese ámbito, el criterio de la literalidad puede ser finalmente abandonado tomando como referencia, por ejemplo, fines y valores constitucionales.⁴⁵

De ahí la importancia que adquiere en la concepción del derecho como sistema mixto la interpretación de las normas materiales constitucionales.

A mi modo de ver, la interpretación de la Constitución involucra los mismos problemas implicados en la atribución de significado a cualquier otro texto jurídico, aunque, ciertamente, en este ámbito tales problemas se agudizan y presentan algunos perfiles propios. Precisamente, una de las notas que singularizan a la interpretación constitucional radica en que la

⁴¹ Jori, M. y Pintore, A., *Manuale di teoria generale del diritto*, p. 333.

⁴² Desde este enfoque, la concepción interpretativa que aquí se maneja no es capaz de establecer el significado unívoco o correcto de un enunciado jurídico, pero sí de descartar ciertos significados. La imagen del marco que Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 350 propone para explicar la fisonomía de las decisiones interpretativas representa a la perfección la esencia de esta concepción.

⁴³ Ahora bien, el criterio sistemático no se entiende sin hacer referencia al significado de enunciados superiores y, por tanto, al significado literal, Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., pp. 97 y 98.

⁴⁴ Ciertamente, si los contenidos materiales de las normas superiores poseen un significado relativamente determinado, las autoridades normativas inferiores están —por razones vinculadas con la propia consistencia y funcionalidad del derecho como sistema normativo, y relacionadas con el deber de coherencia, con la jerarquía normativa, con la exigencia de sometimiento al derecho— obligadas a respetarlo.

⁴⁵ Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 98.

posición jurídica privilegiada implica la inexistencia de un marco normativo superior de referencia que delimite el sentido de las opciones interpretativas válidas.⁴⁶ También el empleo del criterio literal se ve dificultado por el alto grado de indeterminación que presentan las disposiciones constitucionales, sobre todo aquellas que versan sobre cuestiones materiales, y por la mayor incidencia de las valoraciones del intérprete en el establecimiento de su sentido, dada su fuerte carga ética y política.⁴⁷

Ahora bien, tampoco en relación con los contenidos materiales constitucionales resulta lógico defender la tesis de la indeterminación total. También los enunciados materiales constitucionales son enunciados inteligibles, y las palabras “morales” que incorporan son palabras que poseen, por ende, un significado literal que tampoco puede ser absolutamente indeterminado. Por graves que sean las dificultades “para determinar el significado y el alcance concreto” de las referencias materiales incorporadas en la Constitución, la atribución de significado a estas disposiciones sustantivas “no es una tarea en la que el juez” —o el legislador— “pueda moverse con absoluta libertad”, puesto que no se trata “de entidades lingüísticas vacías ni de meras fórmulas de estilo” susceptibles de amparar cualquier decisión.⁴⁸ Y por tal razón, aunque ciertamente admiten una amplísima gama de significados, no admiten cualquier significado. En efecto, posiblemente es difícil establecer qué significan los términos “dignidad humana”; “trato inhumano y degradante”, o qué significa “una norma de derechos fundamentales”, pero no lo es tanto señalar qué es lo que no significan.⁴⁹

Lo anterior supone considerar a la Constitución como un conjunto de enunciados significativos capaces de condicionar en alguna medida la actuación de sus intérpretes, incluido el propio legislador. De cualquier forma, aunque el carácter eminentemente ético y altamente genérico que suelen presentar las disposiciones materiales constitucionales no impide afirmar la existencia de límites lingüísticos en la atribución de significado, ambas cir-

⁴⁶ Aragón Reyes, M., “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *La vinculación del juez a la ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, 1997, p. 18, y Asís Roig, R. de, “La interpretación de la Constitución”, *cit.*, p. 294.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 295 y ss.; Rodríguez Toubes, J., *Principios, fines y valores constitucionales*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 192 y ss.

⁴⁸ Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 124 y 125.

⁴⁹ Véase en relación con las normas de derechos fundamentales, Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, *cit.*, p. 109. Así, por ejemplo, a mi modo de ver, una norma que estableciera que están permitidos los castigos físicos transgrediría el significado de la norma constitucional que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes o una norma que dispusiera que está prohibido manifestar en público opiniones contrarias a la política del gobierno vulneraría el derecho a la libertad de expresión.

cunstances incrementan considerablemente la presencia y la importancia de la actividad valorativa del intérprete, y con ello la relevancia que ostenta en este ámbito la justificación de la elección entre el marco de significados constitucionalmente posibles y la cuestión de quién es el órgano que decide.

En todo caso, conviene aclarar que desde la visión que aquí se maneja, afirmar la relativa determinación de los contenidos materiales constitucionales no implica, aunque se trate de contenidos con un trasfondo eminentemente moral, “la apertura del derecho a referentes extrajurídicos”, entendidos como “un conjunto de parámetros éticos que funcionan a la manera de un derecho natural”, lo que supondría supeditar la validez jurídica a la concordancia de las normas con una determinada moralidad “no necesariamente explicitada en las normas”, sino a contenidos internos, prefijados en normas jurídicas y a criterios extraídos del lenguaje en el que se expresa el derecho, que no puede considerarse completamente indeterminado.⁵⁰ Igualmente, cabe precisar que el significado literal limita las decisiones interpretativas válidas sobre los contenidos constitucionales con independencia de quién sea el órgano que interpreta —el juez o el legislador— y de cuál sea el título de legitimidad que ostente.

El papel del significado literal como límite, mínimo y negativo, a las decisiones interpretativas ofrece la clave desde la que dilucidar el alcance de la repercusión de los contenidos materiales constitucionales en el funcionamiento del sistema jurídico. La presencia de dimensiones sustantivas en la norma constitucional no erradica la discrecionalidad de las autoridades jurídicas, pero tampoco resulta absolutamente superflua ni supone condicionar la validez jurídica a exigencias eminentemente morales. El contenido de las disposiciones constitucionales materiales que incide en la validez jurídica se agota en su significado literal, lo que restringe, pero no elimina, la libertad de configuración material del ordenamiento que corresponde a los poderes constituidos. La elección entre las opciones que son compatibles con el significado literal mínimamente determinado de los contenidos materiales constitucionales es imputable a la subjetividad o a la creatividad de estos poderes, responde a consideraciones extrajurídicas, y su validez depende únicamente de la competencia del órgano que escoge. El análisis de su corrección —pero no ya el de su validez— exigiría desarrollar una teoría de la argumentación, que compense el déficit de justificación de tales elecciones materiales a la luz de un criterio estático de validez.⁵¹

⁵⁰ Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, cit., p. 108.

⁵¹ Prieto Sanchís, L., “La sombra del poder sobre el derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría de N. Bobbio”, en Llamas Cascón, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de N. Bobbio*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 109 y 110.

En definitiva, el análisis de la cuestión de la interpretación jurídica demuestra que en el plano de la validez jurídica el sistema jurídico es un sistema mínimamente mixto, y, por tanto, un sistema mínimamente determinado por los contenidos materiales constitucionales. Estos contenidos descartan ciertos mundos como “constitucionalmente imposibles”, por contradecir su significado determinado, pero son compatibles con muchos mundos “constitucionalmente posibles” entre los cuales eligen los poderes competentes a través de actos de creación y eliminación de normas.⁵² En este sentido, en el derecho del constitucionalismo la cuestión de la argumentación jurídica que permitiría calificar algunos de estos mundos posibles —todos ellos válidos— como más correctos que otros desde el punto de vista de los contenidos constitucionales y la reflexión acerca de la legitimidad y el control de los órganos que interpretan tales contenidos adquieren una importancia de primer orden.⁵³ Se trata de cuestiones que, en todo caso, trascienden la reflexión acerca de la cuestión de la validez jurídica.

⁵² Moreso, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 167-171.

⁵³ Véase en este sentido, Asís Roig, R. de, “La interpretación de la Constitución”, en Barranco Avilés, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y ÉTICA PÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

Rafael AGUILERA PORTALES**

SUMARIO: I. *La administración pública en el seno del Estado democrático y social de derecho.* II. *Esfera política y administración pública.* III. *La ética en la administración pública.* IV. *Administración pública, ciudadanía y participación política.* V. *Los servicios públicos en el seno del Estado social.* VI. *La crisis del Estado social en América Latina.*

Los sentimientos y las ideas no cambian, el corazón no se engrandece y el espíritu humano no se desarrolla más que por la acción recíproca de unos hombres sobre otros.

A. DE TOCQUEVILLE
La democracia en América

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SENO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

El inicio del nuevo milenio nos brinda nuevas oportunidades y estímulos para revisar los paradigmas tradicionales de la administración pública y su co-

* El presente trabajo es producto de la ampliación de un artículo publicado en la *Revista Isotimia (Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica)*, México, 2009, pp. 105-133.

** Docente-investigador en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL); doctor en filosofía por la Universidad de Málaga (España) en el Departamento de Filosofía Moral, Política y Jurídica; miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Conacyt), correo electrónico: aguilera_uanl@hotmail.com.

nexión con la esfera política. Revisar un paradigma en el sentido kuhniiano del término no es más que buscar nuevos enfoques y perspectivas de explicaciones más fecundas, interesantes y productivas frente a las teorías clásicas de la administración pública para realizar una reformulación o cambio sustancial. La aparición de nuevos sujetos sociales, como movimientos sociales y políticos, organizaciones no gubernamentales y sociedad civil, nos plantean nuevos retos en nuestra investigación en materia de ciencia política y administración pública. Igualmente, el decimonónico, viejo y anquilosado aparato del Estado-nación vive tiempos difíciles con el fenómeno creciente de la globalización y la localización, en la medida en que logra sobrevivir a la descentralización masiva hacia los ámbitos locales, y a la centralización creciente en torno a nuevos niveles y órganos supranacionales tanto regionales como mundiales. La globalización ha erosionado y debilitado al viejo Estado-nación tratando de reestructurarlo e innovándolo hacia nuevas formas de organización política. Tal es el caso del laboratorio político reciente de la Unión Europea. Hace tan sólo veinte años, antes de ser firmado el Tratado de Maastricht, en 1992, nadie hubiera imaginado ese nuevo gigante político, económico y administrativo supranacional.

En este sentido, me sitúo dentro de los distintos enfoques metodológicos y epistemológicos de la administración pública, en una perspectiva europeo-continental en oposición a los enfoques anglosajones más instrumentales, verticales y funcionales. La administración pública sigue simbolizando al Estado y al bien común como generador de cohesión social, eficacia y equidad, donde la sensibilidad social juega un papel importante. La trama social está compuesta de ciudadanos activos, de redes de poder y de intereses fragmentados que deben ser conciliados. Los políticos y la opinión pública desempeñan una función estratégica frente a la visión privada, comercial y económica de la administración pública.

La ciencia política y la sociología como ciencias fundamentales nos siguen aportando perspectivas y procedimientos rigurosos y objetivos para discernir cómo se manejan los asuntos públicos, qué herramientas son pertinentes para la acción pública y una nueva gestión, cómo se realizan la toma de decisiones y las nuevas formas de organización política y de institucionalización.

En la actualidad se están cuestionando y reformulando los distintos modos de relación del ciudadano con la administración pública dentro de una concepción amplia de Estado democrático y social de derecho. Históricamente, los servicios públicos se han caracterizado por ser esencialmente prestaciones que otorga el Estado; pero que no involucran al ciudadano en su ejercicio, en su gestión, en su control y en su desarrollo. En este sentido,

considero que los conceptos de ciudadanía, participación, soberanía, sociedad civil y democracia no sólo no pueden entenderse al margen del Estado, sino que se han convertido en categorías políticas fundamentales¹ con las que podemos resolver muchos de los problemas que aquejan la problemática relación de los ciudadanos con el Estado, especialmente con la administración pública y sus servicios públicos.

El exceso de burocracias, la falta de autogobierno, la crisis de legitimación del Estado social, el déficit democrático de la administración pública, la crisis de la esfera pública, el incremento de la demanda de los derechos económicos, sociales y culturales, la falta de integración de minorías étnicas, sociales y culturales, y los derechos diferenciales, son problemas urgentes que requieren de nuestro análisis y reflexión, problemas a los cuales aún no encontramos soluciones plenas y convincentes, pero sí propuestas aproximativas. Me propongo, en primer lugar, perfilar y delimitar conceptualmente el concepto de ciudadanía para, posteriormente, analizar las distintas formas de participación ciudadana en las instituciones estatales, la implementación del Estado social y sus implicaciones ante el problema de la multiculturalidad.

El problema de la identidad jurídico-política² de los miembros de una comunidad es crucial y relevante si queremos conseguir una mayor integración social, cohesión política y democrática; un óptimo desarrollo socioeconómico; una mejora de los servicios públicos; una mayor participación en la administración pública, y una mejor gestión pública. Uno de los objetivos importantes y decisivos de la política democrática es tratar de construir identidades ciudadanas, porque sólo así podremos caminar hacia una democracia participativa sólida y madura.

Hoy en día, nos urge repensar la esfera pública, donde los ámbitos jurídico, político y ético se encuentran entrelazados e indisolublemente unidos como condición de posibilidad ineludible de resolución de nuestros problemas actuales. La crisis y devaluación de la esfera pública ha surgido como consecuencia de la expansión y crecimiento de la sociedad de masas. Este modelo de sociedad ha desencadenado un crecimiento desmedido, no natural y desorbitado, de la esfera social, que ha invadido y propiciado la marginalidad de la esfera privada y pública, dos esferas, estas últimas, que, hoy por hoy, son incapaces de defenderse frente al excesivo auge de la cultura de

¹ Aguilera Portales, Rafael Enrique, "Participación ciudadana, servicios públicos y multiculturalidad", en Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, UNAM, 2008, pp. 1-38.

² Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 3a. ed., Madrid, 1990.

masas y de la esfera social. La esfera social se caracteriza, en la actualidad, por tener un amplio impacto debido a las nuevas tecnologías de la comunicación. Los medios de comunicación de masas han configurado un nuevo sujeto político en nuestras sociedades postmodernas, y éste es un individuo que no propicia, precisamente, una reconstrucción de la esfera pública.

Sin embargo, esta crisis de la esfera pública³ no ha implicado que las profecías neoliberales económicas hayan resultado exitosas y certeras; por el contrario, lejos de un Estado de mínimos nos encontramos ante un desarrollo progresivo y paulatino de la administración pública. Actualmente, el aparato estatal se encuentra omnipresente en la vida cotidiana de sus ciudadanos. La administración pública, como instrumento del Estado, ha experimentado un crecimiento importante a través de agencias de carácter público y organizaciones público-privadas de gestión.

La crisis de la esfera pública surge como producto de una aguda crisis de legitimación social. Las sociedades neocapitalistas se enfrentan ante un incremento de la presencia del Estado, por un lado, con una intervención directa sobre la economía y la sociedad; pero, por otro lado, se produce una importante quiebra del interés público o general. Muchos teóricos, frente a la excesiva concentración del poder estatal, reclaman o reivindican un mayor espacio para el ciudadano e implementan cambios y reformas en el entramado de la administración pública y sus servicios. Conviene, por tanto, delimitar la concepción que tenemos de ciudadanía⁴ para atisbar, posteriormente, las distintas formas y modalidades de participación ciudadana que pueden contribuir y consolidar las instituciones del Estado y, por tanto, la esfera pública.

La administración pública ha monopolizado la gestión y operatividad de un porcentaje muy alto de funciones públicas del Estado. La administración pública es un complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo, cuya tarea o actividad suele ser de orden legislativo, jurisdiccional o ejecutivo. El fundamento jurídico de una buena administración pública descansa en el princi-

³ Esta crisis y disolución de la esfera pública es producto y consecuencia de la expansión y omnipresencia del *animal laborans* (esfera laboral) y del *homo faber* (esfera tecnológica), cumplidas con el advenimiento de la sociedad de masas. Véase el análisis de Hannah Arendt, *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1998. Véase, también, el estudio del profesor Sánchez Benítez, Roberto, *Ensayos sobre hermenéutica (ética y literatura)*, México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2003, p. 59, especialmente, el capítulo “Política y libertad en Hannah Arendt”, donde analiza cómo la esfera pública es el ámbito de realización de la libertad humana que implica, a su vez, el dominio de lo público.

⁴ Véase, para ampliar sobre este punto, Aguilera Portales, Rafael, “Ciudadanía, democracia y sociedad civil en la teoría política contemporánea”, en Maríñez, Freddy (ed.), *Ciencia política en la actualidad*, México, Limusa, 2009, pp. 37-67.

pio de legalidad y en el principio de competencia. El Estado de derecho se caracteriza fundamentalmente por el principio de legalidad; por ello, toda autoridad que pretende actuar lo debe hacer bajo el fundamento legal y el principio de competencia. La actividad del Estado se manifiesta y se plasma a través de los servicios públicos que tratan de dar satisfacción a todos los ciudadanos.

El estudio de la administración pública nos conduce inexorablemente al estudio del modelo del Estado,⁵ pues ambas instituciones dependen una de la otra. En este sentido, podemos hablar de la administración pública⁶ que se corresponde con el Estado-policía, con el Estado-providencia y con el Estado-privatizador.

En el Estado-policía, la administración pública está absolutamente subordinada al poder político, de quien es su brazo ejecutor, como poder técnico y mecánico. Su forma de organización es departamental, con una fuerte dependencia del gobierno; su forma de actuación es garantista, ya que rige la primacía de la ley y el respeto a los procedimientos legales. Esta administración pública está fuertemente centralizada en el Ejecutivo; es una administración pequeña, y padece un déficit democrático interno.

El Estado-providencia o social,⁷ por su parte, se caracteriza por tener una ampliación creciente de sus competencias respecto del modelo anterior. Interviene en la vida económica y social de la comunidad y trata de satisfacer las necesidades básicas de todos los ciudadanos. En consecuencia, el Estado asume todos los servicios públicos, como sanidad, educación, seguridad, protección social, empleo, pensiones, etcétera, con la función prioritaria de dar cobertura sobre todo a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad. Este modelo supone un incremento del gasto público y un fuerte crecimiento de la actividad de su administración pública. Igualmente, este modelo de Estado ejerce mayor interacción e influencia sobre la sociedad civil y el mercado.

El Estado privatizador ha significado una continuación del modelo del Estado social inspirada en las corrientes de pensamiento del neoliberalismo económico. Los criterios de eficiencia, gestión y racionalización administrativa han influido en la configuración de dicho Estado. En este sentido, se incentiva la privatización de empresas y servicios públicos descargando

⁵ García Pelayo, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977.

⁶ Parada, Ramón, *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, 11a. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 389. Véase también el trabajo del profesor Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, Porrúa, 2006.

⁷ Abendroth, W., "El Estado de derecho democrático y social como proyecto político", *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

al Estado de la gestión de los mismos e, igualmente, se exige a los funcionarios una mayor eficacia en su gestión. Sin duda, este modelo de Estado mínimo y privatizador ha causado estragos en los países emergente o en vías de desarrollo. Las políticas de ajuste estructural a nivel internacional han generado un aumento de la pobreza, la miseria y el desempleo. En tiempos de crisis económica, el Estado debe hacer un esfuerzo político, económico y administrativo para amortiguar los fuertes desajustes estructurales que genera la propia economía capitalista internacional. En este sentido, el modelo de Estado social es un modelo necesario, vital y pertinente.

La actual crisis financiera internacional nos demuestra que frente a las políticas neoliberales del Estado mínimo quien ha triunfado es el modelo del Estado social o tercera vía, un modelo de Estado mixto que combina la economía de libre mercado junto a un aparato fuerte gubernamental que regula y planifica dicha economía en función de una ampliación de prestaciones y servicios públicos.

II. ESFERA POLÍTICA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La naturaleza, tanto de la esfera política como de la administración, al igual que sus fronteras, es polémica y controvertida. Incluso, para muchos autores, esta separación es posible y necesaria. A principios del siglo XX surgió una corriente que preconizaba la existencia de una ciencia de la administración,⁸ como una investigación neutra y objetiva, limpia de toda contaminación política. Pero esta posición, hoy por hoy, resulta inadmisibles, pues la experiencia nos demuestra que ambas esferas se encuentran plenamente interrelacionadas en la práctica política y burocrática. En muchos casos, altos cargos desarrollan simultáneamente funciones que se califican de políticas y administrativas.

Tradicionalmente, entre la ciencia política y la administración pública se ha producido la dicotomía o separación entre política y administración; es decir, los políticos se ocupan de los grandes objetivos de la función gubernamental, mientras que la administración se concentra exclusivamente en hacer operativos, instrumentales y procedimentales dichos objetivos políticos. De este modo, la administración sigue una lógica basada en la eficacia-eficiencia de la acción pública, en tanto que el político se rige por una lógica comunicativa y persuasiva. Así, esfera política y administración pública; de-

⁸ Nieto, Alejandro, *La burocracia: el pensamiento burocrático*, Madrid, Instituto de Administración Pública, 1976.

mocracia y burocracia; racionalidad política y racionalidad instrumental, obedecen a un divorcio o separación, que nada ha contribuido al desempeño eficaz y previsible de la función pública. No obstante, esta dicotomía está siendo superada por un modelo de Estado democrático deliberativo que pretende cultivar las virtudes republicanas a través de políticas públicas, argumentativas y persuasivas.

Por tanto, al trazar la distinción conceptual entre la elaboración de normas o de políticas, por una parte, y el uso o administración de las normas, por la otra, debemos tener cuidado de evitar la idea de que las políticas y la administración ocupan dos esferas completamente separadas o que son responsabilidades de dos grupos de personas completamente distintos.⁹

Hoy, se hace necesario, desde una concepción amplia de Estado democrático y social de derecho, poner fin a esta dicotomía tradicional existente entre políticos gobernantes y administradores técnicos. Una gran parte de los problemas de falta de eficacia técnica operativa provienen del bajo grado de democratización interna de nuestras instituciones políticas y administrativas (falta de cooperación en equipo, decisionismo autoritario vertical, falta de implicación de los funcionarios en las tareas administrativas, vaivenes políticos que afectan la permanencia de políticas públicas, carencia de un cuerpo profesionalizado de servidores públicos, falta de comunicación interna en la toma de decisiones políticas). Los problemas de comunicación interna en la administración pública son graves y revierten en una falta de operatividad y eficacia en la gestión pública. Como Majone nos advierte, esta práctica deficitaria es común tanto en regímenes democráticos como autoritarios. “La reticencia de la Administración pública a debatir en público, ofrecer razones y rendir cuentas de sus actos es algo que se puede encontrar tanto en los regímenes democráticos como autoritarios”.¹⁰

El fundamento filosófico del poder público reside en la construcción de instituciones políticas y jurídicas que den cumplimiento a las funciones sociales fundamentales que la ciudadanía necesita y los fines últimos del Estado democrático y social de derecho. En verdad, la condición para que se despliegue la máxima eficacia y eficiencia del gobierno y la administración pública descansa en el entendimiento, la captación, y en el apoyo que puedan brindar los ciudadanos autorizados a sus decisiones, planes, pro-

⁹ Majone, Giandoménico, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, 2a. ed., estudio introductorio de Luis F. Aguilar, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 60.

¹⁰ Aguilar, Luis, “Estudio preliminar”, Majone, Giandoménico, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 14

gramas y regulaciones. En esto consiste la naturaleza y aspiración pública del gobierno y su administración.¹¹

El principio de soberanía popular fundamenta toda la estructura del Estado democrático y su administración pública. Si el poder emana del pueblo debe ser devuelto al pueblo en forma de representación, servicio y gestión pública; por tanto, precisamos de nuevas formas de control, vigilancia y supervisión, no sólo interna de dicha gestión pública, sino también externa, a través de la opinión pública, órganos de rendición de cuentas, consejos de participación ciudadana no sólo consultivos, sino en cierto grado vinculantes, si queremos avanzar hacia una democratización del Estado.

Uno de los objetivos principales de la reforma de la Administración Pública, y de la filosofía que inspira las actuaciones que se están llevando a cabo es conseguir que la Administración sirva efectivamente al ciudadano, auténtico propietario del aparato público. Radica en buscar una Administración pública más eficaz, que cueste menos y que piense más en los ciudadanos, que es la rúbrica que encabeza la práctica totalidad de los procesos de reforma administrativa de vanguardia en nuestro entorno.¹²

III. LA ÉTICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La evolución de la administración pública en los países iberoamericanos se encuentra en uno de sus momentos históricos neurálgicos debido a su fuerte crecimiento, desarrollo y expansión. El aumento de la demanda de los usuarios de servicios públicos por la fuerte explosión demográfica, unido a un paulatino crecimiento de la funciones del Estado, nos plantea nuevos retos y desafíos que debemos atender. Pero el descontento e insatisfacción de muchos usuarios es persistente debido a la falta de ética en la administración pública.

¹¹ *Ibidem*, p. 34.

¹² Rodríguez-Arana, Jaime, “Estado, ciudadanos y sociedad civil”, en Hernández-Mendible, Víctor, *Derecho administrativo iberoamericano*, Caracas, Paredas, 2007, t. I, p. 448.

TABLA
 ACTO DE CORRUPCIÓN (2001-2005). PORCENTAJE (%)

	2001	2002	2003	2004	2005
Argentina	24	25	19	18	14
Bolivia	32	20	20	17	19
Brasil	69	61	56	54	74
Colombia	11	19	11	10	14
Costa Rica	18	24	17	28	21
Chile	13	13	6	10	8
Ecuador	27	21	15	13	16
El Salvador	19	16	20	14	9
Guatemala	16	31	10	23	12
Honduras	24	23	16	16	8
México	65	59	53	53	51
Nicaragua	17	41	18	21	16
Panamá	21	23	18	15	8
Paraguay	24	22	20	15	19
Perú	22	25	12	16	14
Uruguay	18	13	12	9	10
Venezuela	27	27	24	15	16
República Dominicana	—	—	—	28	17

La corrupción es uno de los fenómenos más ominosos y autodestructivos de las instituciones políticas y jurídicas que conforman nuestro Estado de derecho. Su manifestación más evidente se presenta cuando se confunde el ámbito público y el privado, de modo que las decisiones de la esfera pública que van dirigidas hacia el bien común; es decir, al bien de la colectividad de la ciudadanía, se convierten en una gestión privada que acaba respondiendo a intereses particulares. La enorme variedad y multiplicidad de actos que presenta la corrupción es incalculable e inimaginable. Normalmente la corrupción se presenta como una grave desviación y violación de la ley por parte de los servidores públicos en procura de ventajas particulares de tipo económico, político y social. El resultado de este fenómeno es sumamente peligroso para el funcionamiento normal de un Estado democrático y social de derecho, pues convierte la ley, no en una fuente de acceso igualitario de la ciudadanía, sino en una fuente de acceso privado. La igualdad jurídica y formal es un principio fundamental del Estado de derecho, ya que todos los ciudadanos

debemos ser tratados con imparcialidad y trato igualitario por parte de las instituciones, o sea, ser tratado con la misma medida y con la misma vara.

El fenómeno de la corrupción implica, en este sentido, que, en primer lugar, el acceso igualitario a la ley se restringe a unos pocos y, en segundo lugar, que tanto el interés público como el bien general quedan reducidos y disueltos en un bien privado y particular. En consecuencia, con la corrupción se realiza un grave atentado al principio de legalidad, que es un pilar fundamental del Estado de derecho. El imperio de la ley es el soberano, y no las motivaciones e intereses de los particulares. Con la corrupción no se administran los bienes y recursos públicos del Estado; no se administran con arreglo a la ley, sino distorsionándola. De este modo, la ley se convierte en un recurso público generador de beneficios particulares.

... así el ciudadano se convierte en un hombre sin ley porque ha sido privado de ella. Y al privarlo de la ley, lo priva del espacio de la política y de la posibilidad de incidir en la determinación y en la búsqueda del bien común. Ese es el efecto político de la corrupción: degradar al ciudadano a la condición de cliente, en el peor sentido político del término.¹³

La corrupción es uno de los fenómenos más corrosivos y perniciosos de cualquier sistema democrático; disminuye el grado de legitimidad de las instituciones políticas y el grado de confianza en la democracia, terminando por erosionar considerablemente el proceso político de transición democrática.

A la pregunta: ¿cuántos funcionarios públicos son corruptos? En América Latina, la población encuestada en 2008 respondió que un 68.6%, mientras que, a la misma pregunta, en 2001 la cantidad fue de 67.9%, lo cual indica que la percepción de que los funcionarios públicos son corruptos ha ido en aumento. En México, concretamente en el último año (2008), esta percepción aumentó al 74%. La población entrevistada contestó que existe un alto grado de corrupción en la administración pública. Esto demuestra que la percepción social sobre la corrupción política y administrativa, lejos de disminuir, ha aumentado de forma significativa en los últimos tres años. Pero debemos diferenciar el comportamiento real de la corrupción política y administrativa de la percepción social general de la ciudadanía sobre dicho fenómeno. El comportamiento real demuestra que de 2001 a 2008 la cifra disminuye del 21% al 15%; sin embargo, la percepción ciudadana nos demuestra que aumenta, lo cual disminuye significativamente el grado de

¹³ Virgolini, J., “Criminología y legitimidad”, *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Buenos Aires, p. 236.

confianza institucional. Este aumento del nivel de desconfianza y credibilidad pública erosiona fuertemente la legitimación social y política del Estado democrático y social de derecho. Por tanto, se produce un desfase entre la disminución real de la corrupción y la percepción ciudadana debido a un problema serio de comunicación política.

IV. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CIUDADANÍA Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA

El problema de la eficiencia, equidad y justicia¹⁴ de los servicios públicos del Estado social nos remite al análisis de la necesidad de involucrar a la ciudadanía como sociedad civil en los problemas del aparato estatal facilitando mecanismos de participación. En la actualidad, la formulación de nuevas políticas públicas no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana configura un objetivo político fundamental si queremos avanzar y profundizar en un modelo más efectivo de Estado democrático. En este sentido, la participación no es sólo un objetivo, sino un método efectivo que permite una mayor legitimación, corresponsabilidad y efectividad de las políticas públicas. La participación no es un proceso ordinario o mecánico, un acontecimiento esporádico, ni una fórmula, sino un proceso político que confiere legitimidad democrática a un Estado.

Respecto a la participación política y cívica¹⁵ en México, vemos un tenue incremento en los últimos años. Con relación a la participación en organizaciones o en actividades solidarias, que indica la fortaleza de la sociedad civil o del asociacionismo, los resultados son levemente alentadores. La participación de grupos de padres de familias pasa de 19% en 1996, al 34% en 2005.

¹⁴ El valor de la equidad, la justicia y la libertad humana puede ser visto desde distintos enfoques debido a su enorme riqueza conceptual. Desde el ámbito de la filosofía del derecho y de la filosofía política, estos conceptos aportan un alto grado de confusión en lo que respecta a su tratamiento técnico-jurídico como principios fundacionales del Estado democrático y social de derecho. Podemos hablar de libertad social, política, jurídica, psicológica, metafísica, moral, libertad-autonomía (Kant), libertad-participación (Hegel), libertad-prestación (Marschall), libertad positiva o negativa (I. Berlin). Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 169. Véase también Häberle, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, septiembre-diciembre de 1998, pp. 11-38.

¹⁵ Datos estadísticos obtenidos en Durand Ponte, Víctor Manuel, “Cultura política y participación ciudadana”, *Cultura política y participación ciudadana antes y después del 2006*, México, Secretaría de Gobernación, 2007, pp. 155-185. Datos de la ENCUP (Tercera Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas), Dirección General de Cultura Democrática y Fomento Cívico.

En asociaciones de barrio o colonia, en 1993 el 18% participaba alguna vez; en 2003, alcanzó el 17% y, finalmente, en 2005 el 34%. Respecto a asistencia social, se pasó del 7% en el primer año, a casi 9%. En grupos ambientalistas o ecologistas, la caída es fuerte: del 8% pasa al 1%. En términos generales, la participación en organizaciones sociales es más amplia que en las políticas.

La administración pública se caracteriza por ser esencialmente gobierno no participativo. Padecemos una concepción tecnocrática de Estado, que entiende que la administración pública es el brazo ejecutor y servidor de la esfera política o gubernamental. No pretendo en este trabajo analizar las expectativas, las problemática y la definición de una “reforma administrativa”, pero sí reflexionar sobre los cambios que tienen que ver con una mayor participación ciudadana, mayores demandas de servicios públicos y una redistribución del poder político en el propio seno institucional. Las categorías jurídico-políticas de ciudadanía, participación, sociedad civil, democracia... deben ser entendidas dentro de una concepción amplia de administración pública; pero al mismo tiempo se han convertido en ideas-fuerza¹⁶ con las que podemos resolver muchos problemas que aquejan la relación de los ciudadanos con el Estado, la administración pública y la mejora de los servicios públicos. Una administración pública cerrada, rígida y ensimismada en sus propios problemas internos no puede facilitarnos una apertura hacia la sociedad ni servir a los intereses públicos ni proporcionar una buena actitud de servicio público. Es imprescindible tener mayor sensibilidad para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad para mejorar el funcionamiento interno de la administración pública. En este aspecto, el diálogo significa un extraordinario instrumento para comprender las aspiraciones de la sociedad para su libre desarrollo. El diálogo comporta una mejora ética en la esfera pública, un intento de acercar instancias fuertemente distanciadas. La importancia y necesidad de la participación ciudadana en los asuntos públicos, y especialmente en la administración pública, es crucial si queremos mejorar y ampliar el modelo democrático de un determinado Estado.

El centralismo administrativo sigue siendo una cultura plenamente dominante en nuestras instituciones estatales. Sólo un estado “regulador y descentralizado”¹⁷ por funciones y responsabilidades puede proponerse favorecer el autogobierno de los ciudadanos y realizar la reforma de la administración pública —una red de servicios calificados que combata la cre-

¹⁶ Gutiérrez Sastre, Martha, *La participación en los servicios públicos de bienestar*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2005, p. 29.

¹⁷ Rinaldi, Alfonsina, “Tiempos, servicios y redistribución de las oportunidades”, en Pennachi, Laura (comp.), *Las razones de la equidad (principios y políticas para el futuro del Estado social)*, Buenos Aires, Losada, 1999.

ciente burocratización y descalificación de los servicios—. Por tanto, precisamos de un Estado regulador, sí, pero también de un Estado que rechace la función de “hacerlo todo”¹⁸ y ofrezca posibilidades de intervención y autogobierno a la ciudadanía social. En este sentido, la gestión semipública de ciertos servicios públicos ha demostrado ser sumamente eficaz, de forma parecida a como el fomento del voluntariado ciudadano brinda la oportunidad de involucrar a la ciudadanía en ciertos servicios que el Estado no puede realizar de forma completa. La participación social en los órganos administrativos y políticos del Estado social corresponde a una democratización institucional por la cual se facilita el acceso a la ciudadanía en ciertas decisiones políticas. La participación ciudadana en ciertos órganos consultivos y decisorios bajo el mecanismo de representación pública cumple el principio de soberanía popular como principio básico del Estado democrático. El centralismo político y administrativo es una herencia del viejo régimen que debemos cambiar progresivamente. En este sentido, debemos profundizar en la implantación de un federalismo político que democratice nuestro modelo de Estado. El federalismo no es sólo una mera técnica jurídica que facilita una descentralización política y administrativa, sino una concepción profunda de democracia que debe permear todas nuestras instituciones políticas y jurídicas.

La democratización de la administración pública y los servicios públicos implican, indudablemente, un incremento de cambios administrativos que afectan a la participación ciudadana, cambios que contienen elementos técnicos, pero también políticos. La entrada de la participación ciudadana en la estructura institucional de sujetos (individuales o colectivos) provoca una reordenación administrativa, una mayor integración y corresponsabilidad de los grupos sociales en los asuntos públicos, a la vez que se consigue gestionar el poder político de manera coordinada con otros colectivos. El modelo de participación ciudadana en la administración pública a través de órganos colegiados puede adoptar funciones consultivas o de control; pero en ocasiones también puede gestionar el poder político de forma coordinada. Estos órganos incluyen entidades y colectivos involucrados en un mismo sector de los servicios públicos, como consejos escolares, consejos de salud, consejos sociales de zona, consejos ciudadanos.¹⁹

¹⁸ Con ello me refiero a la concepción de Estado providencia o Estado benefactor, que absorbe todas las necesidades del ciudadano sin abrirle la posibilidad de esfuerzo, intervención, autogobierno y participación en la construcción del Estado social. Lucas Verdú, P., *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955.

¹⁹ Negri, A., *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias, 1994.

Por consiguiente, nos urge rediseñar la sociedad civil y el Estado social si queremos ofrecer igualdad de oportunidades y seguir realizando el proyecto moderno de los derechos humanos.

Si no se desea “ahogarse” en una “crisis de sentido”, es preciso favorecer la reconstrucción de un tejido de oportunidades, de solidaridades vividas, de pertenencias sociales, de integraciones comunitarias. Crear espacios (ciudades) donde los ciudadanos sean protagonistas de su tiempo, de sus relaciones, dueños de su modo de cooperar y de los resultados de sus actos.²⁰

En oposición a un modelo de Estado tecnocrático y centralista, una política realmente descentralizadora por funciones y poderes ayudaría a una mayor corresponsabilidad de organizaciones sociales y ciudadanas en la tarea de proyectar los servicios públicos que se consideran esenciales. Estas organizaciones de voluntariado y de asociacionismo,²¹ como interlocutores incómodos para las instituciones, son organizaciones que tienen la ardua tarea de superar la fragmentación institucional y social, representar a los estratos más débiles e intervenir en términos políticos en el control y transparencia de la gestión pública de los servicios del Estado.

Por consiguiente, es necesario no sólo la democratización del Estado y su administración pública, sino de la sociedad civil en general, pues ambos procesos de democratización están interrelacionados y vinculados mutuamente. Sin la participación en las múltiples asociaciones que puedan existir en una sociedad liberal, más que ciudadano, el ser humano es un individuo vulnerable en manos de las modas culturales (cultura de masas), líderes y partidos políticos oportunistas. La opinión pública no consiste en la opinión de las masas o de la mayoría, sino en la opinión de un pueblo organizado y articulado con una información veraz y plural. El liberalismo político, en cierta manera, ha formado al individuo, pero no al ciudadano. Y el concepto de ciudadanía, por otra parte, ha quedado reducido a sus aspectos meramente formales y legales (pertenencia a un territorio, derechos básicos...). Hemos olvidado que la ciudadanía es un derecho; pero también una fuente de responsabilidades y obligaciones.

²⁰ Rinaldi, Alfonsina, “Tiempos, servicios y redistribución de las oportunidades”, en Pennachi, Laura (comp.), *Las razones de la equidad...*, cit., p. 186. Véase para ampliar sobre la temática de movimientos sociales y participación política Valencia, Ángel, “Nuevos retos de la política: los movimientos sociales y el ecologismo”, en Águila, Rafael del, *Ciencia política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 451-475.

²¹ Pateman, C., *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

Charles Taylor ha planteado una concepción de *ciudadanía participativa* como crítica al atomismo narcisista (individualismo posesivo)²² de nuestra cultura occidental contemporánea. El atomismo social y el narcisismo hedonista serían dos males endémicos que de alguna forma desintegran moralmente nuestras sociedades. Los hombres de la sociedad de masas se han convertido en completamente privados; es decir, han sido desposeídos de ver y oír a los demás, de ser vistos y oídos por ellos. Todos están encerrados en la subjetividad de su propia experiencia singular. Y parece que vivimos en una espiral donde no hay posibilidad de superar este atomismo radical. La terapia que propone consiste en recuperar el horizonte de sentido y significación que nos configura como sujetos pertenecientes a una comunidad. Más que defender un modelo de vida política basado en una comunidad cerrada y homogénea, lo que Taylor defiende es la *vida asociativa*.²³ Sin la vida asociativa, los individuos no encuentran referencias con las que orientarse en una sociedad donde el individuo se encuentra como un átomo errante y perdido. En una sociedad donde cada uno recibe mensajes contradictorios sobre lo deseable para conseguir la felicidad, las asociaciones cívicas pueden proporcionarnos una idea de bien que se convierte en referencia para no perder el rumbo de nuestras vidas.²⁴ El peligro no está, por tanto, en regresiones autoritarias de regímenes pasados, sino en la fragmentación social que actualmente vivimos como pueblo a la hora de proponernos un marco común de objetivos y llevarlos a cabo.

Los motores de cambio político y humanización cívica provienen por tanto de la vertebración de la sociedad civil. *Sin tejido asociativo, el poder político tiende a la tiranía*. El Estado democrático de derecho no es sólo un conjunto

²² Los teóricos comunitaristas insisten en los vínculos sociales del ciudadano ante la desorientación y la anomia de las sociedades complejas. Consiguientemente, el mundo de los valores morales y culturales es determinante, según ellos, para regenerar la sociedad actual y la relación entre la ética y la política. Por el contrario, los teóricos liberales insisten en los límites de la esfera pública frente a la esfera privada del individuo, primando los procesos de justicia procedimental en oposición a los vínculos de pertenencia a una comunidad determinada. Véase Aguilera Portales, Rafael Enrique, “El debate iusfilosófico contemporáneo en torno a la ciudadanía entre republicanos, comunitaristas y liberales”, *Anuario de Derecho, Universidad de Alcalá de Henares*, Madrid, Universidad Alcalá de Henares, 2006, pp. 6-44.

²³ Barber, B., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, 1984; Strauss, Leo, *The City and Man*, Nueva York, Rand McNally, 1964.

²⁴ Taylor, Charles, *Ética de la autenticidad*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 213. Sin lugar a dudas, para abordar una problemática tan compleja como la edificación de una ciudadanía activa y democrática en el Estado democrático y social es necesario situarnos en el debate contemporáneo entre pensadores liberales (J. Habermas, J. Rawls, R. Dworkin, K. O. Popper) y pensadores comunitaristas (Charles Taylor, Michael Walzer, A. MacIntyre, M. Sandel, Richard Rorty, B. Barber).

de instituciones políticas y jurídicas, sino un proyecto de convivencia errante y accidentado encaminado hacia el reconocimiento de los derechos fundamentales y las libertades públicas.²⁵ Desde este punto de vista, ser ciudadano no es sólo poder ejercer unos derechos constitucionales, sino también asumir una serie de responsabilidades. Taylor está defendiendo un concepto amplio de sociedad civil²⁶ como forma de vertebración comunitaria y política de la mayoría de la población.

El desafío que representan los nuevos movimientos sociales introduce una vertiente de consolidación, vertebración y fortalecimiento democrático de la sociedad civil y el Estado social. Estos movimientos y organizaciones sociales se están convirtiendo en los nuevos sujetos sociales,²⁷ que inyectan un nuevo impulso ético-político a la sociedad. Estas organizaciones tratan de impregnar de valores perdidos a la vida política tratando de cambiar las relaciones existentes entre los hombres, atienden a valores fundamentales como la solidaridad, la justicia, la libertad, valores que no pueden estar sometidos a la racionalidad instrumental o estratégica que gobierna nuestras deficitarias democracias formales. Como la pensadora Chantal Mouffe plantea, el redescubrimiento de la ciudadanía es indudablemente un movimiento irreductible,²⁸ y altamente positivo, siempre que tengamos cuidado de no regresar a concepciones premodernas de lo político y concepciones nostálgicas de la antigua ciudad-Estado griega. Un ciudadano democrático es alguien que actúa como tal y que se concibe a sí mismo como un participante en un compromiso colectivo de búsqueda de interés común.

²⁵ Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo moderno, pero no el origen del Estado constitucional de derecho. La fórmula hobbesiana *auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán*, de Thomas Hobbes; en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y, por tanto, del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Véase Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1940 (original en inglés 1651).

²⁶ Taylor, Charles, *Argumentos filosóficos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 256.

²⁷ Los nuevos movimientos sociales de oposición surgen de forma paralela a las tradicionales organizaciones obreras (partidos políticos y macrosindicatos) y comienzan a cobrar fuerza transformadora en una sociedad global y multicultural. Barber, B., *Strong Democracy, Participatory Politics for a New Age*, The Regents of the University of California.

²⁸ Mouffe, Chantal, “Ciudadanía democrática y comunidad política”, en Laclau, E., et al., *Debates políticos contemporáneos (en los márgenes de la modernidad)*, México, Plaza y Valdés, 1998. Chantal Mouffe y Ernesto Laclau apuestan por un planteamiento de democracia radical como única alternativa viable para reconstruir el nexo entre ciudadanía política y social, el cual fue la gran contribución de la socialdemocracia frente al neoliberalismo.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que el Estado social y democrático de derecho tiene una preferente dimensión cívica que precisa de una teoría de la ciudadanía. Una ética pública cuyos contenidos básicos busca ejercitar las *virtudes públicas*²⁹ constituidas, entre otros, por la solidaridad, la tolerancia, la justicia, la responsabilidad, la profesionalidad e, incluso, las buenas maneras y la civildad. De ahí la importancia de generar más instancias socializadoras intermedias entre el ciudadano y el Estado que fomenten, impulsen y desarrollen mayor intervención, control, supervisión y gestión de la administración pública si queremos llegar a fórmulas de autogobierno y democracia social. Sólo así el Estado y la sociedad civil pueden garantizar los derechos de la ciudadanía social, combatiendo formas de privatización y liberalización de los servicios públicos, reconociendo estos nuevos agentes sociales como nuevos sujetos capaces de reorganizar el Estado social y, al mismo tiempo, magníficos censores sociales idóneos y atentos para programar nuevas políticas públicas.

V. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL SENO DEL ESTADO SOCIAL

Tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados europeos se enfrentaron a dos desafíos importantes: la expansión del capitalismo y la necesidad de promoción del bienestar social³⁰ e incremento de servicios públicos de forma general. En este contexto, sigue siendo necesario un Estado activo que no sólo se limite a regular y planificar la actividad económica para garantizar la igualdad, sino que promueva las mínimas condiciones de bienestar material y prestaciones sociales a todos los ciudadanos. Esta función de promover el bienestar social convierte al Estado en un administrador y gestor de bienes sociales básicos,³¹ como la educación, la atención sanitaria o el acceso a la cultura.

En las sociedades avanzadas, el reconocimiento de la ciudadanía y de los derechos sociales constituye una de las formas primordiales de mantener una mayor cohesión social y política. Estos derechos sociales, garantizados por el Estado social moderno,³² se inspiran en los valores axiológicos y cons-

²⁹ Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1999.

³⁰ González Moreno, Beatriz, *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, p. 86.

³¹ Abendroth, W., “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

³² Lucas Verdú, P., *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955, donde manifiesta cómo junto a los derechos de libertad aparecen con

titudinales, como igualdad, solidaridad y justicia social, que tradicionalmente han reivindicado los movimientos obreros y sociales del siglo XIX. Hoy por hoy, casi todos los autores están de acuerdo en que el Estado social ha sido sometido a tensiones que no son fáciles de resolver en los países desarrollados, y muy especialmente en aquellos que están en vías de desarrollo con necesidades fuertes, urgentes e ineludibles. El *Welfare State* nació en este siglo como una respuesta a la crisis de inestabilidad del capitalismo y como remedio a la incapacidad de autorregulación del mercado.

El Estado social de derecho³³ es un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo con un “Ejecutivo fuerte”. El Estado social de derecho es considerado así como una auténtica conquista histórica, como un paso adelante respecto a los tradicionales Estados liberales y la desviación y conversión de éstos en los Estados totalitarios.

El profesor Elías Díaz ha insistido y establecido la distinción y oposición entre Estado social de derecho y Estado de bienestar (*Welfare State*). El modelo de Estado de bienestar no produce todavía una sociedad suficientemente democrática, una sociedad suficientemente nivelada.

Como dice el profesor Tierno Galván: “Apoyándose en el hecho del crecimiento constante del bienestar, se configura un hombre occidental trivializado por la facilidad y el nivel de consumo. En otras ocasiones lo hemos llamado el *consumidor satisfecho*”.³⁴ Económicamente, el Estado de bienestar (*Welfare State*) supone y significa la culminación del capitalismo, de modo que este modelo de Estado no es todavía Estado democrático de derecho. El Estado de bienestar representa un intento de compatibilizar dos elementos (neocapitalismo y bienestar), en el marco de una sociedad fuertemente tecnificada. “El mayor inconveniente del *Welfare State* es el aflojamiento

Weimar (1919) los derechos sociales, de forma que se conjugan y compatibilizan el Estado material del derecho junto a su carácter formal de reconocimiento de derechos y libertades. Duverger, Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1963.

³³ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 3a. ed., Madrid, Taurus, 1998, p. 110. El advenimiento del Estado de bienestar (*Welfare State*) nos impone una sociedad de consumo basada en la manipulación del ciudadano. A cambio de manipulación, se le garantiza bienestar, abundancia y seguridad. El *Welfare State* significa la culminación del capitalismo y el surgimiento del *homo consumens*, un nuevo individuo que tiene un papel fundamental como motor de la rueda de producción-consumo, como consumidor insaciable, insatisfecho y alienado, que demanda bienes de consumo nuevos, artificiales y absolutamente innecesarios, por lo cual el capitalismo se preocupa más de la producción que de la distribución. Se produce mucho, para consumir mucho; y sólo para un mercado muy reducido.

³⁴ Tierno Galván, Enrique, *Acotaciones a la historia de la cultura occidental en la Edad Moderna*, Madrid, Tecnos, 1964, p. 319.

de la tensión moral. El modelo de *consumidor satisfecho* es más materialista —dice el profesor Aranguren— que el modelo marxista del proletariado revolucionario”.³⁵

Los derechos sociales pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas; en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas;³⁶ pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente.

El destacado filósofo del derecho, Luigi Ferrajoli, observa cómo estos derechos sociales sufren una laguna de garantías, imperfecciones o, incluso, su conculcación. La ciencia jurídica no ha elaborado aún formas de garantías de eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, como los de libertad y autonomía. Los derechos sociales imponen deberes de hacer por los que su violación no se manifiesta, por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones o en carencias de prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables. Esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son, sobre todo, de carácter económico y político, tanto porque estos derechos tienen unos costos elevados como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar. Por ejemplo, el derecho al trabajo, incluido como derecho fundamental en todas las Constituciones de América Latina, se convierte en una norma menos efectiva y retórica.

El Estado de bienestar no desarrolla una normatividad específica propia ni una teoría del derecho del Estado social, ni una teoría política del Estado social del derecho. Como afirma Ferrajoli, no da origen, en suma,

³⁵ Aranguren, José Luis, *Ética y política*, Madrid, Guadarrama, 1963, p. 293. El profesor Elías Díaz concibe el *Welfare State* como un *Warfare State*, y con esta mentalidad —de absoluto desprecio al ser humano— ha pasado de la dirección de los viejos “campos de concentración” del nazismo a la dirección de los nuevos “campos de consumición” del neocapitalismo. Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, cit., p. 127.

³⁶ En la organización práctica de estos derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación o la protección de la salud, se equipara con los derechos individuales, civiles y políticos, y se les otorga el carácter de universales; esto es, derechos iguales para todos. No obstante, como ha señalado el profesor Gregorio Peces-Barba, un serio error de concepto de estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente y, de cierta forma, están potenciando una mayor desigualdad. Peces-Barba, G., “La universalidad de los derechos humanos”, en Nieto Navia, R. (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, Corte IDH, 1994, pp. 399-421.

“a un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad”.³⁷ De este modo, el *Welfare State* se presenta como un conjunto consolidado de prácticas económicas y políticas marcado por la anomia o ajuricidad, y, en cualquier caso, un rebosamiento exorbitante de la vieja forma de Estado de derecho con su fachada constitucional. “El objetivo, en suma, en la fase de crisis del derecho que atravesamos, es un garantismo de los derechos sociales casi completamente por fundar, y un garantismo de las libertades individuales en gran medida por restaurar”.³⁸

John Rawls defiende un *liberalismo americano del Estado de bienestar social*,³⁹ la idea de que los gobiernos han de prestar a sus ciudadanos el mayor abanico posible de derechos civiles y de oportunidades económicas. Cualquier gobierno que no sepa conducirse por normas democráticas, que fracase en la apertura de oportunidades económicas y promoción del bienestar de los ciudadanos menos prósperos y más desamparados, estaría violando sus derechos morales.

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad;⁴⁰ es decir, cómo las instituciones sociales más importantes regulan la distribución de los derechos y deberes fundamentales y las ventajas derivadas de la cooperación social, en concreto: la *Constitución política* y los principales ordenamientos económicos y sociales.

Las tensiones entre libertad e igualdad, libertad y seguridad social, responsabilidad individual y protección del Estado, son inevitables cuando hablamos del desarrollo del Estado social. Su ambivalencia es una constante, pues, por una parte ahonda la libertad real del individuo al tratar de reducir su pobreza, miseria e inseguridad; pero por la otra lo expone a un régimen administrativo de exceso de burocracias y disciplina.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, “Stato sociale e stato diritto”, *Politica del Diritto*, a. XIII, núm. 1, marzo 1982, trad. de Alexei Julio y Gerardo Pisarello, en Abramovich, V. *et al.* (comps.), *Derechos sociales*, México, Fontamara, 2003, p. 12.

³⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 21.

³⁹ Rawls, J., *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Crítica, 1996, pp. 165 y ss.; Rawls, John, “Justice as Fairness: Political, not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, 1990, 14, 1, pp. 223-251.

⁴⁰ Rawls, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1972 (ed. castellana *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1993). La justicia debe entenderse, más que como una virtud de los individuos, en realidad, como la primera virtud de las instituciones.

VI. LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

Según el último *Informe* del Banco Interamericano de Desarrollo, América Latina, en su conjunto, cerró el siglo XX como el continente más desigual de la Tierra, con bastante más de un tercio de la población por debajo de los niveles de subsistencia usualmente estimados como mínimos y con casi una cuarta parte de sus habitantes carentes de educación, sanidad y medios básicos de subsistencia. La región padece claramente de una grave situación de desigualdad si la comparamos con otras regiones del mundo con niveles similares de PBI. “América Latina brinda desde hace tiempo el ejemplo por excelencia de una gran *desigualdad* unida a una gran *pobreza* y a una gran *polarización*”.⁴¹

La actual crisis fiscal y económica de los Estados en América Latina, producida por la financiación de los mismos, impide el ejercicio efectivo de estos derechos económico-sociales. El aumento de la demanda de los titulares de estos derechos, junto al problema interno de la financiación estatal (aumento del déficit público, excesiva deuda externa, mala gestión, corruptelas, burocracias...), impiden un efectivo desarrollo de los mismos. Como ha manifestado Habermas, el Estado social, en su desarrollo, ha entrado en un callejón sin salida; de alguna forma, en él se agotan las energías de la utopía de la sociedad del trabajo; pero, por otra parte, constituye la única esperanza de los más desheredados y desfavorecidos de la sociedad.

Desde los años setenta están haciéndose evidentes los límites del proyecto del Estado social, sin que hasta la fecha sea visible una forma sustitutoria nítida; “...el programa del Estado social, que sigue alimentándose de la utopía de la sociedad del trabajo, ha perdido la capacidad de formular las posibilidades futuras de alcanzar un vida colectiva mejor y más segura”.⁴²

La globalización implica el libre movimiento de capitales y el aumento de dominio por parte de los mercados financieros y las corporaciones multinacionales de las economías nacionales. En este sentido, vemos que existe un desequilibrio o desfase al ver cómo el desarrollo de nuestras instituciones internacionales no han seguido el mismo ritmo que el desarrollo de los

⁴¹ Nun, J., *Democracia: ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 125.

⁴² Habermas, J., “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”, *Ensayos políticos*, Madrid, Península, p. 166. También puede consultarse una de su trabajo, Habermas, J., *Crisis de legitimación del capitalismo tardío*, Madrid, Cátedra, 1989. En esta obra analiza las distintas crisis sistémicas a que se ve enfrentado el actual Estado de bienestar, crisis económica, racional, de legitimación y motivación.

mercados financieros internacionales: la globalización de la economía ha avanzado mientras nuestras medidas políticas se han quedado atrás.

El debate actual sobre la crisis del Estado social y de bienestar no se centra exclusivamente en la tendencia al crecimiento de las cargas económicas. También son objeto de censura la excesiva burocratización, la centralización, la profesionalización, la monetarización y la juridificación, que siempre han ido asociadas al desarrollo del Estado social. No obstante, pese a sus críticos, es indiscutible que el Estado social ha actuado como un potente motor de cambio y desarrollo social, y que con la extensión de sus servicios públicos al campo de la seguridad social ha contribuido de forma decisiva a paliar, mitigar y reducir enormes diferencias socioeconómicas.

Frente a las corrientes neoliberales económicas que pretenden una privatización salvaje, se insiste en el paradigma de que lo público debe “gobernar más y administrar menos”. Pero este modelo no nos aclara las directivas políticas que lleven a decir claramente qué debe ser administrado directamente por lo público y qué puede ser, de alguna manera, administrado desde afuera. Además, este modelo no facilita a los ciudadanos la evaluación de las prestaciones de los servicios públicos, con lo que no permite combatir a los enemigos importantes de la administración pública, como la burocratización, el aumento de costos y la recaudación fiscal.

La pobreza priva a millones de personas de sus derechos fundamentales, derechos políticos, culturales y socioeconómicos. Sin embargo, tenemos que abordar una concepción integral y amplia de desarrollo, que dependa de una concepción de democracia, pues la prosperidad económica también está ligada al desarrollo y profundización de las libertades y derechos fundamentales. La democracia está indisolublemente ligada al desarrollo socioeconómico, como afirma Giovanni Sartori: “La teoría economicista no nos debe hacer olvidar que la democracia como sistema político de demo-protección es un bien en sí mismo, y que es siempre mejor ser pobres ‘libres’, en libertad, que no pobres en esclavitud”.⁴³

En conjunto, debemos reconocer que el Estado social democrático ha elevado el nivel de bienestar, mejorado las coberturas sociales del ciudadano, ha contribuido a la reducción de tensiones sociales y al incremento de

⁴³ Sartori, Giovanni, *Democracia: exportabilidad e inclusión*, discurso de entrega del Premio Príncipe de Asturias a las ciencias sociales 2005, *El País*, 22 de octubre de 2005. Las teorías economicistas de la democracia han relacionado frecuentemente la prosperidad material y económica de una determinada sociedad (liberalismo económico) con el desarrollo y evolución de sus libertades políticas (liberalismo político) cayendo en un determinismo economicista y no dejando claro ni explícito, a menudo, el tipo de liberalismo que se está defendiendo, pues no hay nada necesariamente democrático en un Estado económicamente liberal donde no se facilita la igualdad de oportunidades a todos sus ciudadanos.

la igualdad en la sociedad. No obstante, el Estado social de derecho, como agente central de crecimiento y justicia, sufre, por un lado, el ataque de la internacionalización de la economía, y, por el otro, el de la fragmentación de identidades culturales. El primero, a nivel global; mientras que el segundo, a nivel local; globalización económica y diversificación o fragmentación cultural, son los dos filos de la nueva espada de Damocles que desafía al príncipe del Estado, dejando su trono y reinado semivacío o, al menos, debilitado.

En realidad, lo que se está produciendo es un hecho muy diferente: en un mundo globalizado y universalizado como el actual, aunque no necesariamente tenga que seguir siendo siempre así, el Estado ya no es la unidad más eficiente para la consecución de objetivos económicos, fiscales, monetarios, sociales, culturales, educativos o, incluso, militares. El Estado está siendo superado, en cada una de estas parcelas, por las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las empresas transnacionales, las fuerzas de mercado, todas ellas.⁴⁴

Sin embargo, existen muchos autores⁴⁵ que están cuestionando y rechazando esta posición, según la cual la globalización económica determina una progresiva desaparición de los Estados de bienestar; por el contrario, afirman que hoy sigue presidiendo una diversidad de Estados de bienestar, aunque con notables diferencias entre sí.

Estamos asistiendo a un doble proceso. Por un lado, la ruptura de las sociedades nacionales en beneficio de los mercados internacionales (transnacionales, corporaciones...) y, por el otro, una vuelta a ciertos nacionalismos regresivos y defensivos frente al proceso de globalización económica. La construcción de una *ciudadanía social*, expresada a través del ejercicio de los

⁴⁴ Carrión Rodríguez, Alejandro J., “El derecho internacional a la hora de la globalización”, en Oliet Palá (comp.), *Globalización, Estado y democracia*, Málaga, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2003, p. 276. Maquiavelo, en el siglo XV, contempló la fragmentación y la debilidad de los Estados italianos y apostó por su fortalecimiento y conservación como garantía segura frente al caos, la guerra y la inseguridad. Indudablemente, las amenazas actuales son otras; pero volvemos a asistir a un debilitamiento de los Estados modernos, por diferente causa. Entonces, se constituían los Estados-nación; hoy, comienza una crisis crónica, tal vez irreversible en algunos países de América Latina. Aunque también tenemos que precisar, en oposición a los análisis apocalípticos de los Estados-nación, como afirman los eminentes sociólogos Ralf Dahrendorf y Adair Turner, que los gobiernos nacionales todavía tienen más margen de maniobra de lo querrían hacernos creer algunas exageradas descripciones de la globalización. Véase en Dahrendorf, R., *Después de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 21.

⁴⁵ Navarro, V. et al., “La importancia de la política en la supuesta globalización”, *Sistema*, núm. 171; De Miguel, I., “¿Hacia el fin del Estado-nación?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2002.

derechos económicos, sociales y culturales en América Latina, se fundamenta en dos pilares imprescindibles. Primero, el fortalecimiento y consolidación del Estado constitucional de derecho, y, segundo, la vertebración de la sociedad civil en organizaciones no gubernamentales, asociaciones civiles, movimientos cívicos, que de alguna forma impulsen la participación política-ciudadana y signifiquen una reivindicación y control democrático o contrapeso al poder establecido.

Las instituciones son los órganos constitucionales que ejercen el poder de la soberanía popular. Las instituciones se caracterizan por un sentido de permanencia, estabilidad y durabilidad. Hegel, el filósofo del Estado, nos dice:

...el ámbito de las leyes debe ser, por una parte, una totalidad cerrada; por otra, es la necesidad permanente de nuevas determinaciones legales... Una fuente importante de desenvolvimiento de la legislación se tiene, en verdad, cuando en las instituciones originarias, que contienen una injusticia y son, por tanto, históricas, penetran con el tiempo lo racional, lo jurídico en sí y para sí.⁴⁶

Respecto a este aspecto, debemos resaltar una clara y nítida diferencia entre Estado de derecho y Estado constitucional.⁴⁷ Un Estado constitucional implica un Estado de derecho, pero no todo Estado de derecho implica necesariamente ser un Estado constitucional. Esta delimitación puede sernos útil para expresar la legitimidad constitucional de nuestras instituciones políticas como garantes y defensoras de los derechos fundamentales. El Estado de derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; sin embargo, el Estado constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado.

Con la noción de “Estado social y democrático de derecho”⁴⁸ se supera el carácter formal del Estado liberal de derecho, para darle una dimensión

⁴⁶ Hegel, Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona, Edhasa, 2005, p. 216.

⁴⁷ Debemos precisar que “Estado constitucional de derecho” y “Estado de derecho”, en sentido estricto no son términos sinónimos, sino, como bien ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, dos modelos normativos diferentes. Véase Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003. También puede consultarse el artículo del profesor Peralta, Ramón, “Sobre la naturaleza del Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, julio-septiembre de 2004, p. 255.

⁴⁸ “La noción «Estado social y democrático de derecho» no constituye una simple agregación o yuxtaposición de componentes, sino la articulación de ellos en una totalidad conceptual. La afirmación unilateral de un principio no puede llevar más que a su destruc-

social, pluralista y multicultural, donde se integran contenidos materiales que han surgido en la sociedad, mediante el derecho de participación democrática, sometido al principio de legalidad y al marco competencial constitucionalmente establecido, lo que viene a cerrar el círculo del Estado social y democrático de derecho.⁴⁹

La concepción jurídico-política que antecede al *Estado social de derecho* es el de *Estado de derecho*, donde se constata que la implantación de esta concepción de Estado al estatuir una igualdad formal ante la ley (igualdad jurídica) produce desigualdades económicas;⁵⁰ es decir, el modelo de Estado liberal de derecho⁵¹ no ha sido capaz de instaurar una igualdad sustancial o material en oposición a la igualdad formal.⁵²

En la crisis de los Estados y de las comunidades nacionales⁵³ que caracteriza este fin de siglo, conectada con fenómenos paralelos como la migra-

ción, a su degeneración o a su transformación en su contrario, lo que se conoce con el concepto de entropía, es decir la generación producida en una realidad que permanece cerrada en sí misma. La vigencia, pues, de cada principio no solo exige la limitación, sino también la interpretación por otros de su contenido concreto... hay épocas en la historia política que se caracterizan por la antítesis y el antagonismo, otras donde se ha buscado la síntesis y la integración de opuestos. Pero también hay épocas donde se trata de buscar la concordia, o si se quiere, el consenso, no sólo en el área de la praxis política sino también en el de sus formulaciones conceptuales e ideológicas". García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, t. II, 1991.

⁴⁹ Castro Cid, Benito, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los Derechos Humanos*, León, Ed. León, 1987, p. 67.

⁵⁰ "La ficción de igualdad formal, operando en el contexto de desigualdad real, conduce a la conservación de la desigualdad, cuando no a su incremento y hace que, en muchos casos, el principio de autonomía de voluntad opere, más que como un instrumento de libre equilibrio entre las partes, como instrumento de verdadera dominación". Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, "El Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre de 2003.

⁵¹ García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, t. II, 1991.

⁵² García Pelayo considera el concepto de *procura existencial* como la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales, que en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no puede ser satisfecha por el individuo ni por el grupo". García Pelayo, *Obras completas*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁵³ Vallespín, F., *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000. El profesor Fernando Vallespín expone el pretendido debilitamiento de la fórmula estatal como "des-estatalización o des-nacionalización". En cierto sentido, podemos hablar de una crisis del concepto de soberanía popular o disminución de la voluntad política de los Estados-nación. Sin embargo, Renato Mayntz afirma que la globalización, en relación con el Estado, se percibe, a la vez, como amenaza y como promesa. Mayntz, R., "Los Estados nacionales y la gobernanza global", *Revista de CLAD*, núm. 24, noviembre de 2002, p. 1.

ciones de masas, conflictos étnicos y una distancia cada vez mayor entre Norte y Sur, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Nuestro siglo XXI es “la era de los nacionalismos”, “la era de las migraciones”, un tiempo en el que se produce la afirmación creciente de las “políticas de la diferencia”. “Las sociedades modernas tienen que hacer frente cada vez más a grupos minoritarios que exigen el reconocimiento de la identidad y la acomodación de sus diferencias culturales, algo que a menudo se denomina: el reto del *multiculturalismo*”.⁵⁴

La convivencia dentro de la sociedad compuesta de una heterogeneidad de individuos, diversos en creencias, costumbres y valores, y las relaciones entre las distintas comunidades, son fuente de desencuentros y, a menudo, conflictos. Incluso dentro de un mismo Estado-nación coexisten diversas culturas, con lo cual nos hallamos ante la realidad de la multiculturalidad, no sólo a nivel global, sino también local o nacional. En América Latina hay más de cuarenta millones de indígenas. En Bolivia, Guatemala, Perú y Ecuador, más del 80% de la población es indígena, aunque México es el país con mayor cantidad de indígenas: doce millones. Actualmente existe una amplia corriente multicultural de defensa de los derechos diferenciales de las culturas minoritarias y el deseo de prevenir su absorción o fagocitación por parte de la cultura dominante y mayoritaria de un determinado Estado.

El célebre sociólogo Alain Touraine manifiesta:

En primer lugar, aprendimos a pensar nuestra historia en términos políticos, luego la interpretamos a la luz de la economía y las relaciones sociales de producción. Ahora tenemos que analizarla y construirla en términos culturales. Los que se oponen ya no son un rey y un pueblo o capitalistas y trabajadores, sino una información globalizada e identidades comunitarias definidas en términos más culturales que económicos o sociales.⁵⁵

Hemos pasado de las ruinas de las sociedades tradicionales a las sociedades modernas y a la configuración de sus instituciones; pero, a su vez, de

⁵⁴ Kymlicka, W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 265. Como dice Sami Naïr: “esta globalización engendra la mutación de pertenencias, la desregulación de la identidades nacionales, la ausencia de un paradigma de referencia colectiva. De ahí el repliegue sobre los marcadores primarios: la identidad personal, la referencia confesional, la pertenencia étnica, la identidad lingüística diferenciada, etcétera”. Sami Naïr, “Los inmigrantes y el islam europeo”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 105, septiembre de 2000, p. 8.

⁵⁵ Touraine, A., *¿Podremos vivir juntos?*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 58.

las ruinas de las sociedades modernas están surgiendo dos procesos irreversibles: por una lado, el crecimiento de las redes globales de producción, consumo y comunicación y, por el otro, un retorno a comunidades cerradas, compactas y homogéneas.

Es cierto que vivimos juntos en el planeta, y el planeta se nos empequeñece; vivimos en la *aldea global electrónica*;⁵⁶ pero también lo es que en todas partes se fortalecen y multiplican los agrupamientos comunitarios, las asociaciones fundadas en una pertenencia común, las sectas, los cultos, los nacionalismos y fundamentalismos, y que las sociedades vuelven a convertirse en comunidades homogéneas. Nos encontramos ante la realidad de que cuando estamos todos juntos no tenemos casi nada en común, y cuando compartimos unas creencias y una historia, rechazamos a quienes son diferentes de nosotros. Este retorno a la comunidad, ya anunciado por Tönnies a fines del siglo XIX, trae consigo el llamado a la homogeneidad, a la pureza y a la unidad, y la comunicación es reemplazada por la guerra entre quienes ofrecen sacrificios a dioses diferentes.⁵⁷

El dilema actual que se nos plantea es ¿cómo podremos vivir juntos si nuestro mundo está dividido en al menos dos continentes cada vez más alejados entre sí (el de las comunidades que se defienden contra la penetración de los individuos, las ideas, las costumbres provenientes del exterior),

⁵⁶ El concepto proviene de la reflexión sociológica de la comunicación de Marshall MacLuhan. Una nueva forma de organización social tiende a expandirse por todo el planeta transformándose en una nueva ciudad: *telépolis*, la aldea global electrónica. Las naciones y los Estados dejan de ser formas determinantes de la vida social y se forma progresivamente una aldea global, gracias a las comunicaciones, donde todos los ciudadanos del mundo se interrelacionan e interactúan a distancia, directa e indirectamente. Marshall MacLuhan, Hebert, *The Global Village*, Canadá, Oxford University Press, 1989.

⁵⁷ Huntington, Samuel, *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 1997. Edgard W. Said critica a Huntington el enfoque reduccionista y simple de su planteamiento, que convierte las “civilizaciones” y las “identidades” culturales en entidades cerradas y aisladas. En realidad, las culturas no son algo homogéneo, compacto y uniforme, sino un fenómeno complejo, híbrido y mestizo resultado de la mutua interacción de las culturas y tradiciones. Said, Edgard, *Cultura e imperialismo*, Barcelona, Anagrama, 1996. Como expresa la filósofa malagueña María Zambrano: “El hombre posee el privilegio de tener antepasados; somos siempre hijos de alguien, herederos y descendientes. Mas cuando se pertenece a un mundo tan complejo como el de la cultura occidental; los antepasados son múltiples: tenemos diversas tradiciones detrás de nosotros, no una sola. De ahí el olvido y también los sucesivos renacimientos; y es que tener cultura, estar en la cultura, es tener detrás de la vida individual de cada uno un tesoro a veces anónimo, a veces con nombres y figura. Es poder recordar, rememorar. Poder también, en un trance difícil, aclarar en su espejo nuestra angustia e incertidumbre”. Zambrano, María, *El pensamiento vivo de Séneca*, Madrid, Cátedra, p. 11.

y aquel cuya globalización tiene como contrapartida un débil influjo sobre conductas personales y colectivas?

El impulso político y jurídico determinante proviene de dos organismos internacionales: de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y del trabajo de la UNESCO,⁵⁸ mediante la Declaración de Principios de la Cooperación Cultural Internacional de 1966, o las sucesivas conferencias mundiales (o regionales) de políticas culturales, instrumentos jurídicos a través de los cuales se ha insistido en dos aspectos básicos del concepto de derecho a la cultura.

⁵⁸ La Unesco, organismo dependiente de la ONU, ha desarrollado un importante trabajo a favor de la construcción de la categoría de los derechos colectivos, sobre todo por su preocupación especial por la defensa de las minorías de todo tipo, por su lucha contra las formas de racismo y xenofobia y por su defensa de los derechos de la llamada tercera generación, principalmente el derecho a la paz, el derecho al desarrollo y el derecho al medioambiente. Las críticas a la posición de la Unesco insisten en el relativismo cultural —y sobre todo en el relativismo ético y jurídico— que derivaría de tales postulados y en su incompatibilidad con el núcleo mismo de las tesis que desde la propia Unesco se sostienen acerca de la universalidad de los derechos humanos.

SEGURIDAD JURÍDICA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Juan VEGA GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El rescate del realismo jurídico norteamericano y la idea de seguridad jurídica.* III. *Análisis del principio de seguridad jurídica en la teoría del derecho contemporánea.* IV. *La relación entre seguridad jurídica y métodos de interpretación.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta resumir en pocas páginas una crítica que se lanza al dogma de la certeza en el derecho y la relación que guarda este postulado con los métodos tradicionales de interpretación. Para ello divido el trabajo en tres partes fundamentales: I. El rescate que hago del realismo jurídico norteamericano y sus observaciones a la idea de seguridad jurídica; II. Un análisis del principio de seguridad jurídica en la teoría del derecho contemporánea, y III. La relación que creo existe entre seguridad jurídica y métodos de interpretación, para que, una vez criticados, pasemos a discutir otros mecanismos interesantes que se tienen para entender los postulados constitucionales.

II. EL RESCATE DEL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO Y LA IDEA DE SEGURIDAD JURÍDICA

Cuando me refiero a la lucha que emprendió el realismo jurídico norteamericano en contra de la seguridad jurídica, necesariamente tengo que hacer alusión al formalismo que lo antecede. Dicho formalismo lo protagonizó Christopher Columbus Langdell¹ en Estados Unidos, pensando que

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Algunos datos interesantes sobre Langdell y su labor en Harvard, *cf.* Seligman, J., *The High Citadel: the Influence of Harvard Law School*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1978, pp. 30 y ss.

en las labores de interpretación y aplicación del derecho sólo era necesario llevar a cabo un estudio cuidadoso del asunto respectivo para encontrar dentro del derecho una respuesta correcta. En este sentido, los jueces no tendrían por qué inmiscuirse en cuestiones morales, políticas, económicas, etcétera, dado que el derecho y su estructura coherente proporcionaban los elementos necesarios para que el juez se dedicara a aplicar el derecho existente. Poco tiempo transcurrió para que esta efervescencia formalista encontrara un adversario feroz (me refiero a Oliver Wendell Holmes).² Una de las principales críticas de Holmes hacia el *Langdellism* se dirigió al carácter neutral, objetivo y puro que se supone guardan las actividades jurisdiccionales. Holmes, desde la academia y la judicatura, hizo patente la necesidad de no concentrarse en un desarrollo cierto y estable del derecho, sino ver al derecho y entenderlo dentro de los contextos sociales, políticos y económicos del momento. Es aquí donde podemos entender su famosa frase de que “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia”.³ Para Holmes, resultaba claro que el derecho no podía apostar seriamente al dogma de la certeza, precisamente porque éste debía adaptarse a las condiciones sociales existentes. Esto, en las cuestiones de interpretación y aplicación del derecho, hizo que Holmes —desde entonces— hablara de una penumbra de las normas y principios que no brindaban certeza y aplicación mecánica, lo cual no debía verse como un inconveniente, sino como ventaja para ajustar el derecho a las condiciones sociales existentes. Aunado a lo anterior, debo señalar la crítica de Holmes (en

² Es curioso observar cómo la rebelión contra el formalismo en la experiencia norteamericana fue casi inmediata, a diferencia de otros países que tuvieron que esperar más tiempo o simplemente hasta hoy no lo han experimentado. Sin embargo, esta misma experiencia guarda cierta relación con algunos antecedentes alemanes; *e. g.*, Herget ve muchos antecedentes respecto de estas concepciones del derecho, y sobre todo en cuanto al mito de la seguridad jurídica en autores alemanes. *Cfr.* de Herget, “Unearthing the Origins of a Radical Idea: the Case of Legal Indeterminacy”, *The American Journal of Legal History*, vol. XXXI, enero de 1995; así como “The Great German Influence on American Jurisprudence”, *Rechtstheorie*, 25 band, heft 1, 1994. Los autores que se manejan como influencias son, entre otros, Ihering, Adickes, Bulow, además de Ehrlich y Kantorowicz, del movimiento del derecho libre. De Ihering se puede *cfr.* *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de Enrique Príncipe, Madrid, Saily-Bailliere, 1891, ts. I, II, III y IV; también “Jurisprudencia en broma y en serio”, trad. de Román Riaza, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1933. Para las ideas de Adickes, *cfr.* los artículos de Herget; de Bulow se puede *cfr.* “Statutory Law and Judicial Function”, *The American Journal of Legal History*, vol. XXXIX, enero de 1995. De Ehrlich, *cfr.* *Fundamental Principals of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, y finalmente Kantorowicz plasma sus ideas principales en “La lucha por la ciencia del derecho”, *Información Jurídica*, núm. 116, enero de 1953.

³ Holmes, O. W. (*Book review*) *14 American Law Review* 223 [1880], en Hall, Kermit (eds.), p. 339.

Lochner *vs.* New York)⁴ hacia el formalismo en la interpretación y aplicación del derecho, señalando que este formalismo, que se supone es neutral y ajeno a toda discusión política, se encuentra contaminado también de una ideología propia, la cual utiliza conceptos y dogmas establecidos dentro del derecho, para eliminar otros puntos de vista importantes que se deben discutir.

Al lado de Holmes, podemos señalar a Roscoe Pound y Benjamin Nathan Cardozo como pensadores que sirvieron de sustento para las ideas realistas. De Pound, se debe mencionar su crítica hacia el Legislativo, atribuyéndole el papel limitado que guarda, precisamente por no poder prever la dinámica social y las dificultades que la aplicación de las normas tienen en el futuro; por ello, Pound sostuvo que el legislador debe limitarse a establecer pautas generales a través de normas, las cuales se adicionan y complementan a través de la función judicial.⁵ Por su parte, de Cardozo creo que se debe resaltar su visión clara de ver en el principio de seguridad jurídica un principio importante, pero el cual siempre debe ceder ante el bienestar general;⁶ por ejemplo, con Cardozo uno puede señalar que no debemos tomar el principio de seguridad jurídica tan en serio como nos gustaría.

Sin embargo —dejando a un lado a los precursores del realismo— veamos lo que me parece digno de rescatarse de este movimiento para enten-

⁴ *Cfr.* 198 US 45 (1905), en *Basic Cases in Constitutional Law*, pp. 108 y ss. Tanto Lochner como otros votos particulares de Holmes en ocasiones sirven para defender la idea de una actividad no tan creativa dentro de la función judicial *i. e.* (*judicial self-restraint*). Con esta idea no estamos totalmente de acuerdo; sin embargo, ello obedece a las múltiples interpretaciones de Lochner a través del tiempo. Pensamos que esta postura (*self restraint*) se debe analizar en su contexto histórico, que explica cómo el movimiento progresista dentro del derecho norteamericano no encontró respaldo a sus políticas en los tribunales y el formalismo con el que se encontraban relacionados; por ende, esto los obligó a centrar su atención en la administración y el campo de la legislación social que impulsaron. El argumentar un papel pasivo en los tribunales claramente iba encaminado al respeto de esa legislación. Al respecto, se puede *cfr.* White, E., “From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early 20th Century America”, *Virginia Law Review*, vol. 58, 1972; en cuanto al papel pasivo del judicial, *cfr.* Garfield, H., “Privacy, Abortion and Judicial Review: Haunted by the Ghost of Lochner”, *Washington Law Review*, vol. 61, núm. 2, abril de 1986, p. 293; asimismo, Anderson, I. (*book review*) “The Constitution Beseiged: the Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence”, *Michigan Law Review*, vol. 92, mayo de 1994, p. 148. Sobre Lochner en general, *cfr.* Horwitz, M., *The Transformation of American Law 1870-1960*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, pp. 3-7; “The Constitution of Change”, *Harvard Law Review*, vol. 107, noviembre de 1993, p. 32; “History and Theory”, *Yale Law Journal*, vol. 26, 1992, p. 1825. También, *cfr.* White, E., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, pp. 324 y ss.

⁵ Pound, R., *The Spirit of the Common Law*, Cambridge, Marshall Jones Co., 1921, pp. 171 y 172.

⁶ Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, p. 89.

der una nueva mentalidad en los temas de interpretación y aplicación del derecho. Como todos sabemos, el estudio del realismo se aborda desde dos perspectivas: realismo progresivo y realismo crítico. Me interesa abordar las aportaciones de los integrantes del segundo tipo de realismo para fundamentar mi postura en torno a estos temas. Los autores a los que me refiero son Robert Lee Hale y Felix Cohen. Creo finalmente que estos dos autores nos ayudan a alejarnos del discurso netamente jurídico y a ampliar el panorama en las discusiones de interpretación. Por ejemplo, Hale sostuvo cómo en los campos de derecho civil descansamos sobre ciertos conceptos que se piensan intocables y netamente jurídicos, pero los cuales se encuentran inmersos en temas de índole social que a todos interesan,⁷ como la distribución de la riqueza y la igualdad.⁸ Para analizar, interpretar y aplicar el derecho resulta indispensable tener presente estos conflictos e intereses sociales que se generan dentro del derecho, pero que la mentalidad tradicional ignora en aras de una pureza en su argumentación. Creo que Hale hizo una labor igual de interesante y parecida a la de Holmes, cuando desenmascara un discurso jurídico que no desea ampliar su campo de argumentación, yendo en contra de otros discursos que se eliminan. Por lo tanto, con Hale podemos señalar que el derecho no debe exagerar su idea de certeza, porque implica temas políticos, económicos y sociales, que son de carácter disputado,⁹ lo cual se traduce en la aplicación de sus normas. Por su parte, Cohen fue claro al manifestar cómo nos enredamos en argumentos circulares en aras de la pureza argumentativa que tantos exigen.¹⁰ Utilizamos los abogados, lo que Cohen denominó un leguaje “sin sentido trascendental”, ya que queremos explicar el derecho sólo con base en sus propios conceptos y en su dinámica interna, cuando éste realmente se entiende ubicándolo en las luchas, en las fuerzas y en las ideales sociales. Para Cohen, no resulta necesario elevar el discurso jurídico para realizar “acrobacias conceptuales”,¹¹ sino ubicarlo en esta dinámica. Cohen también fue claro al sostener que dicha pureza argumenta-

⁷ Peller, G., “The Metaphysics of American Law”, *California Law Review*, vol. 73, 1985, p. 1233.

⁸ Hale, R., “Coercion and Distribution in a Supposedly non-Coercive State”, en Fisher, W. et al. (eds.), *American Legal Realism*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, p. 103.

⁹ Duxbury no está de acuerdo con Hale, cuando éste relaciona los ámbitos económico, político y jurídico, pues para Duxbury no todas nuestras acciones tienen que ver con el intercambio de bienes, y de esta forma la tesis de Hale sólo es aplicable a ciertas actividades jurídicas. Cfr. Duxbury, N., “Robert Hale and the Economy of Legal Force”, *Modern Law Review*, vol. 53, 1990, p. 443.

¹⁰ Cohen, F., *El método funcional en el derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 27.

¹¹ *Ibidem*, p. 58.

tiva en los temas de interpretación implica un ingrediente ideológico que se debe evitar; por ejemplo, Cohen mencionaba cómo un juez suele descartar un asunto como político, moral, económico, etcétera, y por ende no digno de apreciación jurídica cuando el juez está de acuerdo con determinada norma que utiliza en su interpretación.¹²

Estas breves alusiones al realismo me permiten dar una vaga idea de lo que aquí se pretende demostrar, básicamente la idea de que las normas y su certeza no son lo único que debemos considerar dentro del proceso de interpretación y aplicación del derecho, sino que éstas adquieren sentido dentro de los contextos sociales, políticos y económicos del momento. Sin embargo, estas advertencias también son útiles para entrar de lleno en el siguiente apartado, relativo a las discusiones del concepto de seguridad jurídica en la teoría del derecho contemporánea.

III. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

Para muchos autores posteriores y contemporáneos, el realismo exageró o se quedó corto al emprender la crítica a la seguridad jurídica. Al efecto, veamos algunos casos que matizan, adicionan o critican las ideas realistas: en primer término, debemos aludir a Hart, que nos obligó a situar la problemática en torno a la certeza del derecho en su justa dimensión, como en las cuestiones de lenguaje. Con esto en mente, Hart trató de superar las exageraciones en las que cayó el realismo, pero asimismo criticó el otro extremo, protagonizado por un formalismo excesivo, que piensa en una aplicación automática del derecho.

Defendiendo una postura ecléctica, Hart primero le critica al formalismo que sus ideas descansan en una visión del legislador errónea, dado que piensan estos cuerpos legislativos que generan códigos perfectos para todo tiempo y lugar. Sin embargo, Hart señala correctamente que el legislador tiene impedimentos importantes que se deben considerar: la ignorancia de hechos e indeterminación de propósitos, obstáculos, consistentes en afirmar que los legisladores no están en posibilidad de prever todos los casos futuros que se puedan suscitar en torno a las normas.¹³ El formalismo no toma en consideración lo anterior, y pretende —según Hart— congelar el significado de las normas, asegurando con ello que las

¹² Golding, M., “Realism and Functionalism in the Legal Thought of Felix S. Cohen”, *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, p. 1045.

¹³ Hart, *El concepto de derecho*, pp. 158 y 160.

nuevas circunstancias encuadren dentro de los parámetros legales.¹⁴ Por su parte, Hart critica al realismo el no tomar en consideración la existencia de las normas como característica sobresaliente del derecho, así como el exagerar el papel que juegan los tribunales en el derecho. Así, Hart prepara el terreno para aportar su idea al respecto. Para Hart, resulta indispensable que el derecho utilice el lenguaje para expresar sus normas; sin embargo, este lenguaje tiene un “límite inherente”¹⁵ en su naturaleza, donde existen casos sencillos de aplicación, pero también se presentan asuntos difíciles de decidir. Por ello, en el derecho tenemos lo que Hart denominó un “núcleo central de significado”,¹⁶ cierto y fácil de aplicar, pero aunado a lo anterior, también encontramos una “penumbra de incertidumbre”,¹⁷ donde se presentan problemas en la aplicación, sobre todo por las diferentes alternativas que tenemos. Por lo tanto, existe certeza en el núcleo, pero también inseguridad en la penumbra.

Desde mi punto de vista, Hart cae en algunas contradicciones interesantes: por ejemplo, primero sostiene que en la gran mayoría de los asuntos en los tribunales las normas no arrojan resultados precisos, pero por otra menciona que en muchos casos la legislación opera sin dificultad respecto a la gran masa de casos ordinarios. Asimismo, Hart critica al formalismo, que pretende congelar el significado de las normas, pero al parecer su idea de “núcleo central de significado” sirve como herramienta para paralizar el significado de las normas.¹⁸ Aquí debe ser notoria mi oposición al punto intermedio que pretende lograr Hart en su teoría. Me preocupa sobre todo la noción de un núcleo cierto y estable. El fundamento que tengo para sostener lo anterior me remite a un análisis dentro de la filosofía del lenguaje. Al respecto, me ocuparé de Wittgenstein y su noción de “seguir una regla”,¹⁹ dado que aceptándola o rechazándola muchos autores defienden o niegan la idea de certeza, siendo mi postura una que elimina cualquier fundamento wittgensteiniano para sostener la inseguridad jurídica.

¹⁴ *Ibidem*, p. 161, así como “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 269.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 155 y 157.

¹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Burton, M., “The Song Remains the Same: The Search for Interpretative Constraint and the Rhetoric of Legal Theory in Hart and Hutchinson”, *University of New South Wales Law Journal*, vol. 20, 1997, p. 424.

¹⁹ Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations*, sección 138 a 242; versión al castellano de Alfonso García y Ulises Moulines del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, de aquí en adelante, *Philosophical Investigations*.

En Wittgenstein, la idea de seguir una regla se refiere a los parámetros que tenemos para saber si estamos utilizando correctamente una palabra dentro de los diferentes juegos del lenguaje en los que participamos. La noción de Wittgenstein, creo, finalmente nos dice que “seguir una regla” implica costumbre y “un entrenamiento colectivo”, como sostiene Tomasini,²⁰ sin mayores justificaciones. Recordemos la sección 217 de las investigaciones filosóficas, donde sostiene: “¿Cómo puedo seguir una regla? Si esta no es una pregunta por las causas, entonces lo es por la justificación de que actué así, siguiéndola. Si he agotado los fundamentos, he llegado a roca dura y mi pala se retuerce. Estoy entonces inclinado a decir: Así simplemente actué”.²¹ Tomando en consideración lo anterior, estamos ante la presencia de consensos que se generan por ese “entrenamiento colectivo” y que nos permite juzgar si seguimos una regla o no. No estoy muy seguro de si esta idea de Wittgenstein requiera la solución escéptica que propone Kripke;²² sin embargo, me es útil la solución que este intérprete de Wittgenstein aporta para descartar de antemano la utilización que se hace de Wittgenstein en el derecho, y argumentar la existencia de casos fáciles. Son tres los conceptos fundamentales de esta solución que deseo relacionar con el tema de la seguridad e interpretación jurídica:

- a) *Formas de vida.* Argumenta Kripke que las formas de vida nos orillan a la unanimidad en las respuestas y utilización de palabras con las que todos estamos de acuerdo. No obstante lo anterior, se le debe señalar a Kripke que ésta no es la única forma de entender este concepto, ya que existen, por ejemplo, las interpretaciones que afirman una identificación entre formas de vida y juegos del lenguaje, o también se puede entender este concepto desde un punto de vista histórico-cultural.²³ Señalo lo anterior para hacer presente otra idea que entiende el concepto de formas de vida en sentido plural, y ello llevaría a cuestionar esos supuestos acuerdos generales y comunes a todos.

²⁰ Tomasini Bassols, A., “Seguir una regla: resultados *wittgensteinianos* y especulaciones *chomskianas*”, manuscrito, México, 1995, p. 60.

²¹ *Philosophical Investigations*, cit., nota 20, p. 85.

²² Kripke desde un inicio advierte su postura y no piensa que es definitiva. Al respecto, señala: “Probably many of my tions and recastings of the argument are done in a way Wittgenstein would not himself approve. So the present paper should be thought of as expounding neither Wittgenstein’s argument nor Kripke’s: rather Wittgenstein’s argument as it struck Kripke, as it presented a problem for him”. Cfr. Kripke, S., *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, p. 5.

²³ Barry, D., *Forms of Life and Following Rules: a Wittgensteinian Defense of Relativism*, Países Bajos, Leiden, 1996, pp. 102-107.

- b) *Consensos*. Esta idea unitaria de “forma de vida” lleva a Kripke a sostener que tenemos parámetros suficientes para afirmar que seguimos una regla por los consensos generales que se dan en el ámbito de los usos del lenguaje.²⁴ En este segundo aspecto de la solución escéptica sólo tendríamos que recurrir a nuestra primera observación para señalar que dichos consensos no son generales porque tampoco lo son las formas de vida. Sin embargo, supongamos que sí se dan estos consensos en el lenguaje. En el derecho no podemos trasladar esta idea fácilmente, sobre todo por su carácter disputado. Esto es así porque simplemente basta ver los enormes litigios y disputas que se generan en torno al entendimiento de las normas. La simple existencia de estos dilemas sirve para negar la idea que sostiene un concepto absoluto de seguridad jurídica; sin embargo, creo que si pudiera ser plausible esta idea de consensos, la materia de interpretación constitucional se caracteriza precisamente por su falta de consenso generalizado.
- c) *Criteria*. Este concepto le es útil a Kripke en su solución, dado que el mismo nos permite enfrentar el uso de determinada palabra con los demás participantes, y así concluir si se está utilizando correcta o incorrectamente.²⁵ Sin embargo, en el derecho no tenemos estos criterios de verificación para determinar si una palabra se adecua a los parámetros de lo que sería un juego del lenguaje.

Por lo anterior, creo que Wittgenstein no es útil (en su sección de *seguir una regla*) para describir con exactitud lo que sucede en el derecho, y sobre todo en la interpretación constitucional. Una idea del núcleo central de significado o caso fácil apuesta a esta noción, que creo debemos separar. La única cabida que Wittgenstein pudiera tener en estos temas es si interpreta la noción de “forma de vida” en sentido plural e incluyente, como lo hace Donald Barry.²⁶

Entonces ¿en qué fundamento esta idea del carácter disputado del derecho? Me apoyo en una idea pragmática y crítica que se sostiene en el área del derecho y lenguaje. Por ejemplo, del pragmatismo de Rorty rescato esa contingencia que se da en el lenguaje y de cómo existen disputas en torno al significado dentro de sus usos. Rorty menciona que resulta indispensable luchar para que nuestros usos sean escuchados dentro de un ambiente plural

²⁴ Kripke, nota 22, *op. cit.*, nota 23, p. 96.

²⁵ *Ibidem*, pp. 99 y 101.

²⁶ Barry, D., *op. cit.*, nota 24.

y tolerante. Rorty, al respecto, utiliza la expresión “autoridad semántica”²⁷ para manifestar que se debe estar dispuesto a escuchar otras perspectivas del lenguaje dentro de la sociedad, y tratar de convencer para que nuestros usos sean utilizados.

Por otra parte, también está el rescate que hago de las ideas de Foucault, sobre todo para resaltar ese carácter disputado de las normas constitucionales. Foucault señala que en el lenguaje existe el elemento poder, pero que éste se disfraza o esconde a través de distintos mecanismos²⁸ (por ejemplo, atribuir el carácter verdadero, científico, etcétera), que sólo sirven para eliminar otros puntos de vista que existen dentro de las sociedades. Para Foucault, se suelen utilizar sistemas de exclusión, donde ciertos parámetros arbitrarios le niegan la entrada a otros discursos.²⁹ Creo que precisamente la idea de “núcleo central del significado” o “una forma de vida” unitaria puede servir como parámetros de exclusión, argumentando a favor de cierta postura la imposibilidad de discutir dicho núcleo, por lo que otras formas de entender las normas o principios no tendrían razón de discutirse. La idea que sostengo no es finalmente una que niegue la existencia de dicho núcleo o caso fácil, sino la crítica se dirige a no tomarlo como un parámetro de estabilidad, para que los mismos se critiquen y analicen constantemente. Aunado a lo anterior, creo que con esto podemos aceptar la posibilidad de que existen diferentes maneras de entender las normas. Esta es precisamente mi observación a Fish, cuando —no obstante que acepta la multiplicidad de formas de vida y comunidades interpretativas— menciona que los cambios que se dan en el derecho son lentos, y por ende podemos seguir hablando de certeza.³⁰ Mi opinión es que estos cambios puede que sean lentos o inmediatos, pero no debemos caer en la tentación de calificarlo como certeza, sobre todo porque la noción de certeza puede jugar el papel discriminatorio hacia otras concepciones.

No podemos terminar esta sesión sin discutir las ideas de Dworkin en torno a la seguridad jurídica. Dejando para el siguiente apartado su teoría de la interpretación, me detengo aquí en las razones que esgrime este autor para defender el principio de seguridad jurídica, sobre todo en su prime-

²⁷ Rorty, R., “Feminism and Pragmatism”, en Goodman, R. (ed.), *Pragmatism: a Contemporary Reader*, Nueva York, Routledge, 1995, p. 138.

²⁸ Foucault, M., “The Discourse on Language”, en Kearney, R. y Rainwater, M. (eds.), *The Continental Philosophy Reader*, Londres, Routledge, 1996, p. 340.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Fish, S., “Play of Surfaces: Theory and Law”, en Leyh, Gregory (ed.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 1992, p. 307.

ra defensa contenida en *Los derechos en serio*. En primer término, debemos aludir a la mágica distinción entre principios³¹ y directrices políticas, dado que Dworkin sostiene que las cuestiones de justicia y moralidad se discuten en el Judicial, mientras que las ideas en torno a los beneficios colectivos son propios de las directrices.³² Creo que con esto Dworkin quiere eliminar toda discusión ideológica y política de las discusiones dentro del Judicial, negando con ello la discrecionalidad propia de estas actividades. Aunado a lo anterior, debemos insistir en que Dworkin afirma el descubrimiento de los principios por parte del Judicial, y no su elaboración expresa, cayendo con esto en la tentación de defender el clásico dualismo aplicación/creación del derecho. En segundo y tercer lugar, a Dworkin le preocupa rescatar otros dos principios: a) la no legitimidad judicial para crear derecho, dado que no son electos democráticamente, y b) la no aplicación retroactiva de la ley.³³ En cuanto a estos dos principios que pretende rescatar Dworkin, debemos mencionar en torno al primero que la supuesta ilegitimidad del Judicial no es tan perjudicial como lo quiere ver Dworkin, sobre todo porque pienso que se debe llevar a cabo otra interpretación de la división de poderes congruente con la construcción social del derecho que propongo. Por ejemplo, debemos reflexionar cómo reaccionamos cuando nos percatamos de una desviación por parte del Judicial; sin embargo, otras intromisiones en las actividades propias de otro poder (si así lo queremos definir) no son vistas tan antidemocráticas, tales como las de los secretarios de Estado en la expedición de circulares. Creo que debemos aceptar las innovaciones que se le han hecho a este principio dentro del derecho mexicano; por ejemplo, en la elección de ministros interviene el Ejecutivo y el Senado; tal es el caso de los jueces y magistrados, los cuales son designados por un Consejo de la Judicatura, que se integra con representantes de los tres poderes. Entonces, no creo que éste sea un argumento contundente; el no ser elegidos democráticamente se subsana con este tipo de intervenciones. Pienso finalmente que el dualismo creación/aplicación debe dar paso a la construcción social del derecho antes mencionada, donde el Legislativo establece ciertas pautas y criterios generales para que sean interpretados y ajustados a las circunstancias sociales por los jueces. En torno a la no aplicación retroactiva de la ley, aquí también creo que debemos reconsi-

³¹ Basta mencionar que los principios para Dworkin son aquellos estándares que han de ser observados por ser exigencias de justicia, equidad o de moralidad. *Cfr. Los derechos en serio*, p. 72.

³² *Ibidem*, p. 149.

³³ *Ibidem*, p. 150.

derar dicho postulado clásico. Dworkin menciona lo perjudicial que sería considerar la creación del derecho por el Judicial, ya que estaría legislando y aplicando el derecho a la vez, algo que la idea liberal tradicional niega, exigiendo que el derecho y los deberes se conozcan de antemano. Sin embargo, una revalorización a este principio consiste en dejar claro que si se aplica o no una ley retroactivamente no dependerá de fórmulas definidas o requisitos mecánicos que se deberán cumplir si queremos realmente lograr una mayor justicia social a través del derecho; la cuestión de si se aplica una ley retroactivamente será cuestión de considerar cuestiones que van más allá de lo jurídico, tales como ventajas económicas, políticas y culturales, que pueden beneficiar a la sociedad, las cuales no se pueden definir de antemano, sino con el caso específico de que se trate. El principio de no aplicación retroactiva también obedece a concepciones antiguas del derecho, donde se pensaba que toda sociedad conocía el derecho; no obstante, las sociedades contemporáneas muestran que dicho objetivo no se cumple, las legislaciones son cada día más complejas y el conocimiento del derecho por el ciudadano requiere de métodos especiales sobre la materia. A ello debemos agregar las diferentes concepciones que se tienen en torno las normas, y cómo el derecho no es tan claro y sencillo, sino disputado y complejo. Mas esta relativización del principio de no aplicación retroactiva no debe ser tan alarmante como pretende Dworkin. Este autor piensa que los derechos y obligaciones creados por el Judicial y aplicados retroactivamente surgen del vacío, como si las partes demandaran dos peticiones concretas y el Judicial llegara a la conclusión de que dado que ninguno tiene la razón, se debe resolver una cosa totalmente distinta a la planteada. Este principio no es así en la práctica, dentro de los parámetros que reclaman las partes, como resuelven los tribunales; lo que sucede es que alguna o ambas de las peticiones no es tan clara y sencilla como para admitir una aplicación automática. Es lógico que para alguna de las partes —generalmente la perdedora— el tribunal esté creando derecho, cuando en realidad lo está construyendo con base en las interpretaciones; sin embargo, Dworkin piensa que se crea una norma totalmente distinta a la invocada por las partes.

Finalmente, lo que para alguna de las partes es creación, para la otra es una interpretación justa; esto no se puede definir de antemano, como pretende Dworkin, sino que se deben evaluar las interpretaciones en los contextos específicos. Una idea del Judicial y del Legislativo encargados de construir el derecho considera lo anterior, sin pretender establecer fórmulas específicas en torno a la aplicación retroactiva; ésta debe revalorizarse

conforme a las nuevas nociones del lenguaje y a la importante dimensión interpretativa del juez en la construcción del derecho. Regresando al primer argumento de Dworkin que menciona la diferencia entre principios y directrices políticas, debemos mencionar que dicha transición de directriz política a principio está llena de los movimientos teóricos acostumbrados por este autor. Bien concede Dworkin que el nacimiento de una norma se puede explicar con base en argumentos políticos de directriz; pero mágicamente, el autor señala que cuando se presenta el dilema ante el tribunal, se convierte la discusión en una de principios. Esta afirmación resulta normal en Dworkin si atendemos a su idea de que en el Legislativo se discuten cuestiones de política, y en el Judicial, lo relativo a principios. ¿Es posible fijar esta división? Creemos finalmente que Dworkin cae en un error en aras de no contaminar al Judicial de discusiones políticas y de ventaja social. Si atendemos a lo que Dworkin maneja como principio y a su vez determina como directriz, simplemente parece ser una maniobra arbitraria que convenientemente clasifica una norma como directriz o principio de acuerdo con las circunstancias.

Por ejemplo, Dworkin utiliza las leyes en contra de la discriminación como un principio, cuando fácilmente podemos afirmar que se trata de un argumento político que pretende lograr beneficios sociales; otro ejemplo sería el caso de la jurisprudencia que menciona Dworkin, en donde existe la disputa entre el derecho a un proceso justo en contra de la libertad de prensa,³⁴ ambos se pueden ver como derechos individuales y, por ello, ser clasificados como principios; pero Dworkin utiliza este dualismo para descartar un argumento tildándolo de directriz política.³⁵

Sin embargo, en nuestras interpretaciones no tenemos por qué limitar nuestra visión en este sentido, descartando argumentos políticos como ajenos a la labor judicial. La visión que aquí queremos imprimir de estas labores ni siquiera atiende a este dualismo estéril, y discute los argumentos presentados en las interpretaciones como principios sin entrar a la discusión de si son argumentos políticos o principios puramente, dado que es indispensable valorar en las resoluciones judiciales las pautas mencionadas por la Constitución y las normas que atienden precisamente los objetivos sociales y pretenden mejoras en los aspectos económicos, políticos y culturales de la sociedad, sobre todo de grupos con un acceso limitado a estas discusiones jurídicas.

³⁴ La discusión de Dworkin del caso Farber en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 373 y ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 375.

IV. LA RELACIÓN ENTRE SEGURIDAD JURÍDICA Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Entro al último apartado de este trabajo; por ejemplo, argumentar la relación existente entre interpretación jurídica y métodos tradicionales de interpretación. Una vez criticado el principio de seguridad jurídica, resaltando el carácter disputado del derecho, y si aceptamos lo que denomino construcción social del derecho, pasamos en esta sección a criticar estos métodos tradicionales de interpretación, sobre todo porque no toman en consideración estas características que acabo de mencionar, y tienen una amistad “cuestionable” con el principio de seguridad jurídica. Una primera objeción: niego que la actividad del intérprete sea la de descubrir el significado de las normas, o bien que la actividad interpretativa implique “desentrañar el sentido de una expresión”,³⁶ ya que el lector no descubre algo ajeno a su contexto social y político, no se trata de un hallazgo a cuyo único y verdadero entendimiento podamos llegar a través de ciertas reglas. Creo que se debe aceptar que el sujeto, al momento de darle significado al texto, ya lo está ubicando en dichos contextos social y político. Existe finalmente una relación entre texto y sujeto, que no permite adoptar la idea del intérprete como gemólogo.³⁷

Aunado a lo anterior, esta concepción tradicional de la interpretación implica una idea del lenguaje ya superada. Recordemos a Wittgenstein y sus juegos del lenguaje, así como el carácter dinámico, contingente y la construcción social del mismo. Por lo tanto, el intérprete no descubre o desentraña nada para siempre y en todo lugar, sino que está sujeto a estas características del lenguaje antes mencionadas. Creo además que esto implica una actitud conservadora en torno a la interpretación, sobre todo porque se piensa que una vez descubierto o desentrañado el significado, resulta imposible su cuestionamiento y su cambio, y —recordando a Foucault— esto puede servir como mecanismo para ignorar otros puntos de vista importantes que se generan dentro de la sociedad. Si bien esta noción no encuentra un defensor contemporáneo en la teoría y la filosofía del derecho, desafortunadamente la práctica del derecho mexicano la sigue sosteniendo, dada

³⁶ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 35a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 325.

³⁷ El gemólogo es el especialista en piedras preciosas. Aludo a la idea del gemólogo por lo que señala Hutchinsonson en el sentido de que pensamos que “el significado es una piedra preciosa que se encuentra escondida en el texto para ser descubierta por el lector”. Cfr. “Identity Crisis: the Politics of Interpretation”, *New England Law Review*, vol. 26, 1992, p. 1177.

la fuerte y arraigada influencia de la exégesis que cultivó una excesiva fe en las palabras plasmadas por el legislador en los códigos. Pensando que así funcionaba el lenguaje, se empezaron a centrar las fuerzas en expedir códigos perfectos para regular la conducta de los individuos. El carácter estable, natural y realista del lenguaje lleva a estas exageraciones, pensando que se pueden establecer ciertos parámetros para entender sus normas sin que varíen en forma importante y dejándole al Judicial la sencilla labor de aplicar el derecho, sin modificarlo.

Pues bien, estas ideas generaron métodos de interpretación que deben ser sujetos a observaciones importantes. Uno de esos métodos —que denomino conservadores— es el *gramatical*, que consiste en descubrir el significado de las palabras empleadas en la norma, vinculando al intérprete a las letras de la ley.³⁸ La observación que debemos hacer es que dicho entendimiento de las normas no es algo que cuidadosamente podamos descubrir y mucho menos concentrándonos en las letras simplemente. Como acabamos de mencionar, no se descubre, sino se atribuye significado, y éste varía dependiendo de los juegos del lenguaje o comunidades interpretativas. Lo que finalmente va a hacer el juez es determinar el uso que estime idóneo en esos momentos concretos, pero nunca descubrirá verdaderos sentidos y alcances. Además, se cae en el error de visualizar la labor interpretativa en una búsqueda de significados verdaderos en diccionarios y demás, cuando lo que debe entenderse por interpretación consiste en ubicarse dentro de sus contextos sociales para ver qué consecuencia traería el atribuir determinado significado.

Otro método importante es el *auténtico*, que pretende descubrir la intención que el legislador tuvo al momento de dictar la norma. Creo finalmente que no vamos a poder descubrir dicha intención, sobre todo por la limitación que tiene el juez de actuar como historiador. Se debe aceptar que el juez, al igual que cualquier historiador, sólo proporciona una interpretación más de los acontecimientos;³⁹ aunado a lo anterior, se debe tener presente la limitación que fijó Hart al papel del Legislativo, consistente en determinar que no podrá conocer el futuro y la forma en que la sociedad se comportará en años venideros.⁴⁰ Al efecto, acertadamente menciona Tushnet que finalmente nos vamos a decepcionar porque no vamos a encontrar ninguna

³⁸ Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de Marcelino Rodríguez, Barcelona, Ariel, 1980, p. 316.

³⁹ Sobre los inconvenientes del juez como historiador, *cf.* Brest, P., “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, *Boston University Law Review*, vol. 60, 1980.

⁴⁰ *Concepto*, pp. 160 y ss.

intención.⁴¹ Otro argumento en contra de este método nos llevaría a aceptar que al redactar las Constituciones intervienen diferentes ideologías, las cuales generalmente llegan a acuerdos en torno a la redacción de sus postulados. Por lo tanto, esto nos lleva a aceptar que no existe una verdadera intención, sino varias, que disputaron la redacción respectiva,⁴² lo cual hace que este método tenga poca viabilidad.

Un tercer método que aporta esta mentalidad es el *sistemático*, donde se pretende encontrar un “todo armónico”⁴³ para entender la norma. Aquí la observación que se puede hacer se dirige a criticar dicho método, porque presupone un entendimiento claro de las normas que permite relacionarlas, pero como hemos observado, este entendimiento automático resulta difícil de aceptar. En segundo término, le debemos mencionar a los seguidores de dicho método las constantes contradicciones que encontramos dentro de los diferentes ordenamientos, y por ello existirán varias normas para defender determinada interpretación, pero otras llevarán a sostener un sentido diferente. Lo anterior implica que dicho “todo armónico” quizá no pase de ser una buena intención.

Ahora bien, si no podemos confiar en estos métodos tradicionales ¿cuáles pueden ser útiles en un momento dado? Paso a explicar tres alternativas, que estimo viables, quedándome finalmente con una que permite llevar a cabo un entendimiento pragmático y crítico en torno a nuestras Constituciones.

El primero de ellos es el de Dworkin, que creo da una mejor idea de cómo se puede interpretar la Constitución. La idea de Dworkin —en muy resumidas cuentas— parte de uno de sus postulados principales; por ejemplo, el derecho como integridad. Debemos —según este autor— ver las labores de interpretación como una *novela en serie*. Esta novela es escrita por diferentes autores, los cuales, cada uno de ellos se dedica a escribir un capítulo; esto a su vez los obliga a interpretar lo escrito con anterioridad por otros escritores en capítulos previos.⁴⁴ Los escritores tienen la obligación de construir la novela de la mejor manera posible.⁴⁵

La novela se construye de la mejor manera suponiendo que se escribió por una sola persona, ello con el objetivo de darle integridad al texto.⁴⁶ En

⁴¹ “The U.S. Constitution and the Intent of the Framers”, *Buffalo Law Review*, vol. 36, 1987, p. 220.

⁴² Los antecedentes disputados en torno a la redacción de las Constituciones mexicanas, en Reyes Heróles, J., *El liberalismo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 3.

⁴³ Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 392.

⁴⁴ Dworkin, R., *Laws Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 229.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

caso de que la interpretación del nuevo autor no se ajuste al texto, se descarta su participación y se elige una que considere el trabajo en conjunto.⁴⁷ Para Dworkin, lo que los jueces hacen es considerar el material plasmado por otros jueces en decisiones anteriores, siendo congruentes con un texto que se supone escrito por una sola persona y que contiene principios coherentes identificados por la comunidad.⁴⁸ Esto le es útil a Dworkin para dejar claro el elemento de restricción que tienen los jueces, consistente en la necesidad de ajustar su interpretación al texto en su conjunto.

Una vez explicado lo anterior, podemos entender las recomendaciones que hace Dworkin al momento de interpretar: *a)* examinar y hacer una lista de interpretaciones posibles;⁴⁹ *b)* enfrentar las interpretaciones posibles con los antecedentes jurisprudenciales;⁵⁰ *c)* analizar si en las interpretaciones existe un principio de justicia y descartar los argumentos políticos;⁵¹ *d)* analizar si las interpretaciones que pasan los filtros anteriores se ajustan a las prácticas jurídicas arraigadas;⁵² *e)* dentro de las pocas interpretaciones que hasta este momento perduren, ver si las mismas se ajustan al conjunto de resoluciones que forman la estructura política;⁵³ *f)* entre el par de alternativas que se tengan, uno se debe inclinar por aquella que cumpla el requisito de integridad del derecho;⁵⁴ *g)* en caso de que se escoja una interpretación que no cuenta con antecedentes importantes en la práctica, se decide conforme a la mejor perspectiva de la comunidad desde la moralidad política.⁵⁵

Observaciones: *a)* las prácticas en el derecho y los principios con los que se identifica la sociedad no pueden verse desde una sola perspectiva, sino acordes con una multiplicidad de concepciones. Pensemos en una interpretación que se avanza por una persona que difiere del punto de vista de la mayoría. Para Dworkin, esta visión que no se ajusta a todo el texto se debe eliminar, y por ende no tendrá una discusión y valoración importante; *b)* si bien Dworkin exige alejarse de los métodos tradicionales, me parece que cae en el mismo error con su idea de la “novela en serie”, dado que implica también una búsqueda infructuosa de las pasadas intensiones de un autor, el autor único que se supone escribe la novela; *c)* Dworkin le da demasiado

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 230 y 231.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 225 y 239.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 242.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 245.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 247.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 249.

énfasis a los precedentes y a la jurisprudencia, pensando que los mismos pueden servir como parámetro importante en las decisiones. No obstante lo anterior, debemos recordar que la jurisprudencia, al igual que las normas, constituyen un arsenal impresionante con diferentes y variadas armas que podemos utilizar para defender tal o cual punto de vista dentro de nuestros argumentos, y *d*) la decisión que hace Dworkin entre principios y directrices, descartando en su receta las directrices de antemano, resulta arbitraria y sujeta a manipulación tal, y como lo explicamos en el apartado primero. Por lo tanto, creo que la postura de Dworkin es útil en algunos sentidos, ya que la necesidad de este autor de relacionar su punto de vista con la seguridad jurídica y una respuesta correcta resulta criticable.

Pasemos a discutir las otras alternativas posibles; primero la interpretación crítica, la cual simplemente recomienda tomar la relación entre el derecho y la política en serio, discutiendo abiertamente las diferentes visiones que existen para alcanzar una sociedad mucho más justa e igualitaria.

Por su parte, una visión pragmática recomienda no tomar en serio los textos, códigos y demás, ya que los mismos no van a servir como medios para alcanzar interpretaciones viables. Por ejemplo, Posner⁵⁶ sostiene que la interpretación consiste en contemplar las diversas disposiciones normativas, y no en dedicarse a descubrir el significado estricto de sus palabras. Otra idea del pragmatismo sería la de valorar más el presente, las necesi-

⁵⁶ Existe al citar a Posner una tensión indiscutible entre las ideas expresadas en este trabajo y las consecuencias que pudiera tener en otro ámbito su lectura, sobre todo por las varias facetas de su obra: por una parte, Posner es conocido dadas sus aportaciones al análisis económico del derecho; sin embargo, en otra representa una visión considerable del pragmatismo, dada su reciente afiliación —o más bien exaltación— de estas ideas. Esta dificultad no sé en qué medida se pueda superar por las diferencias importantes en ambos sectores; empero, debo advertir que aquí sólo se trata de rescatar un Posner pragmático, sin ninguna alusión a su pasado económicoformalista. Las distancias que deseamos guardar tienden a ver como desafortunado el principio motor del análisis económico del derecho, consistente en el objetivo de “maximizar la riqueza”. Lo anterior, por las ideas a las que finalmente orilla este postulado, tales como negar el deber de ayudar al necesitado, o simplemente reducir el análisis de problemas sociales importantes en términos de valor y mercado. El alejamiento del propio Posner de sus fundamentos iniciales puede ser un parámetro para rescatar su pragmatismo; pero, reitero, es imposible establecerlo de antemano. El pragmatismo que aquí se defiende tiene que ver más con el profeta de Rorty, Cornell West, y las preocupaciones de Minow y Radin. Por ello, hago una advertencia de mis alusiones a Posner. En cuanto a los cambios de Posner, se advierte lo anterior con un breve vistazo comparativo entre su primer *Economic Analysis of Law*, con *Overcoming Law*. Estas preocupaciones también se pueden ver en Bix, B., *Jurisprudence: Theory and Context*, capítulos 18 y 21; asimismo, *cf.* las observaciones de Duxbury, N., “Pragmatism without Politics”, *The Modern Law Review*, vol. 55, julio de 1992, pp. 595 y 596.

dades actuales y del futuro,⁵⁷ sin estar anclados en el pasado y en las decisiones anteriores. En esta misma situación se encuentra Posner, quien señala que la consistencia con el pasado no debe verse como un fin en sí mismo, sino como medio para alcanzar buenos resultados.⁵⁸ Otra característica del pragmatismo resaltaría la recomendación de sus seguidores, que se encamina a no buscar esas grandes teorías aplicables a todo tipo de disputa judicial, sino trabajar con el sentido material que tenemos a nuestra disposición, pero nos debemos preguntar en qué sentido debemos trabajar con dicho material. Aquí creo conveniente advertir que el pragmatismo, a partir de este punto, puede tomar muchos caminos, pero el nuestro sería aquel que logre alcanzar una sociedad más justa e igualitaria. Se trataría de un pragmatismo crítico, que se ubica en los contextos y ve hacia el futuro resaltando las dimensiones de poder-lenguaje y el carácter disputado del derecho para escuchar a grupos marginados, incluirlos dentro de las discusiones constitucionales, valorar las interpretaciones y guiarlas hacia la igualdad y carácter social del derecho. Esto no implica, por ejemplo, descuidar la dimensión individual y de libertad en las Constituciones, sino equilibrar debidamente para sopesar qué conviene en determinado momento. Es básicamente el ver la dimensión social de todos los derechos, como dice Lynd,⁵⁹ para avanzar esta idea de justicia. Es un pragmatismo crítico, porque apela a las ideas igualitarias de Rorty y West, que pretenden avanzar estas concepciones dentro de nuestra sociedad.

⁵⁷ Posner, R., “Pragmatic Adjudication”, *Cardozo Law Review*, vol. 18, septiembre de 1996, p. 5.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Lynd, S., “Communal Rights”, *Texas Law Review*, vol. 62, mayo de 1984, p. 1431.

EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

María del Carmen BARRANCO AVILÉS*

SUMARIO: I. *La aplicación de la Constitución.* II. *La función de la Constitución.* III. *Voluntad, razón y derecho.*

I. LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución española de 1978 forma parte de la cultura jurídica que podemos identificar como continental europea occidental, y, por tanto, reúne unas características similares a las de otras Constituciones que se citan como representativas del constitucionalismo —continental europeo occidental— posterior a la Segunda Guerra Mundial.

La más significativa de estas características es, precisamente, que se trata de textos constitucionales que proclaman una serie de valores y que declaran una lista de derechos, y esto es lo realmente determinante: reclaman el carácter vinculante de todos ellos. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 9.1 de la Constitución española, conforme al cual “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Ciertamente, no siempre ha estado claro a partir de la lectura del texto constitucional que los derechos y los deberes constituyan normas dotadas de una eficacia jurídica equivalente a la de las restantes normas del ordenamiento. Muy al contrario, históricamente, la parte “dogmática” de la Constitución, que ahora se denomina “material”, se concebía como una mera declaración de intenciones o, a lo sumo, como un parámetro de la legitimidad del poder. En ningún caso, por tanto, los contenidos materiales de la Constitución tenían operatividad jurídica en tanto en cuanto no fueran trasladados a la ley.

* Profesora titular de filosofía del derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España.

Sin embargo, lo veremos con mayor detenimiento en relación con los derechos, en la práctica, el constitucionalismo en la Europa occidental ha caminado hacia un esquema en el que el Tribunal Constitucional tiene competencia para decidir si el legislador ha infringido, por razones de contenido o por razones de competencia, la Constitución. La fórmula política, en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la ley como fuente del derecho, ha dado en llamarse “Estado constitucional”.

El fenómeno se interpreta de diversas formas, que dan lugar a otras tantas teorías. De tal modo, podemos situar por un lado a quienes lo explican desde un concepto no positivista de derecho y hablan del Estado constitucional como algo diferente, desde el punto de vista político, del Estado de derecho.

Por otro lado, en el contexto del Estado constitucional, algunos autores mantienen un concepto positivista del derecho. De entre estos últimos, en el ámbito político, algunos consideran que el Estado constitucional es prolongación del Estado de derecho; sin embargo, también los hay que entienden que estamos ante una fórmula diferente. Los primeros mantienen la prioridad de la democracia como criterio de legitimidad del poder y, por tanto, defienden la necesidad de encontrar fórmulas para que la última palabra a propósito de la realización de los contenidos materiales de la Constitución la tenga el Parlamento. Los segundos, por el contrario, entienden que la prioridad la tienen los derechos, y que el Estado constitucional supone atribuir al órgano de control de constitucionalidad la decisión última sobre su sentido.

De cualquier modo, podemos decir que, en el marco actual, la cultura jurídica puede considerarse tomada por el “paradigma constitucionalista”. Entiendo por tal el conjunto de posiciones que tratan de dar respuesta a los distintos problemas asociados con la “eficacia jurídica de la Constitución”. Este paradigma está cobrando forma al hilo de la consolidación de un concepto normativo de Constitución; esto es, con el triunfo de la idea de la Constitución como norma —que se contrapone con la visión dominante durante el siglo XIX y buena parte del XX de la Constitución como un documento de mero valor simbólico—.

Así definido, el modelo abarca también los planteamientos positivistas que afrontan la cuestión que he presentado como básica, y no únicamente aquellas construcciones que recuperan la vinculación conceptual entre derecho y moral en este contexto.

Además, conviene advertir de que la representación de la Constitución como norma jurídica no excluye otro tipo de perspectivas. Por el contrario, es perfectamente compatible con una aproximación desde la que se contemple la Constitución como el resultado de una determinada composición del

poder¹ o de determinadas opciones éticas. El paradigma constitucionalista, sin embargo, es eminentemente jurídico, por lo que es la dimensión jurídica de la Constitución la que me sirve como punto de partida para aproximarme a las distintas corrientes que se adscriben a este modelo.

Por otro lado, desde el constitucionalismo se trata de dar respuesta a problemas muy diversos. En el marco en el que se sitúa este trabajo, que es el de la filosofía del derecho, se refiere a cuestiones relacionadas con la ontología, con la axiología y con la epistemología jurídica.² Pues bien, de todas estas cuestiones me interesa, sobre todas, la relativa al problema de la aplicación de las disposiciones constitucionales por el Tribunal Constitucional y por los jueces y tribunales sometidos al imperio de la ley.

Al respecto, considero que el modo en el que se concibe esta tarea por los distintos autores depende de una serie de opciones previas que afectan, de modo muy fundamental, a dos cuestiones: la función atribuida a la Constitución y el papel atribuido a la voluntad y a la razón la concepción más general del derecho.

II. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En relación con el primer orden de cuestiones señaladas, es decir, a propósito del papel atribuido a la Constitución en relación con la organización jurídica de la convivencia, es posible identificar dos modelos. Así, desde algunas posiciones, el problema de la “aplicación” de la Constitución se aborda desde la idea de que es un instrumento que sirve fundamentalmente para limitar el poder. Desde otras, por el contrario, el punto de partida lo constituye una visión de la Constitución como instrumento modelador de las relaciones sociales. Podemos denominar a las primeras “modelo de la Constitución máquina” y “modelo de la Constitución norma” a la segunda.³

El primero de estos modelos atribuye a la Constitución el papel de asegurar el equilibrio de poderes. Se trata, a través de la juridificación de una serie de contenidos, de establecer límites a la actuación del poder público,

¹ Es tradicional citar a propósito Lassalle, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Barcelona, Ariel, 2001.

² Sigo aquí la tripartición de Díaz, E., *Sociología y filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Taurus, 1993, pp. 106-120.

³ Utilizo aquí de forma cruzada las tipologías de Troper, M. y de Guastini, R., “La máquina y la norma, dos modelos de Constitución”, *Doxa*, núm. 22, pp. 331-347. Guastini, R., “Specificità dell’interpretazione costituzionale?”, *Analisi e diritto*, Giappichelli, 1996, pp. 170 y 171, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001.

que es el directamente vinculado por el documento constitucional. En el segundo, la Constitución aparece como una norma que vincula tanto a ciudadanos cuanto a los poderes públicos.

De este modo, si la Constitución es máquina, el órgano de control aparece como un contrapoder político. En este primer caso, se justifica, además, que sea el Tribunal Constitucional —o el órgano equivalente— el que aplique la Constitución excluyendo al resto. La función de la Constitución es distinta de la de la ley, y por ello también deben diferenciarse los órganos competentes para la garantizar la eficacia de uno y otro documento.

En el segundo caso, es decir, si la Constitución es, ante todo, norma, todos los tribunales pueden verse en la obligación de hacer respetar la Constitución como norma jurídica, y, por tanto, de interpretar su contenido. Además, el control de constitucionalidad de la actuación del legislador no diferiría en sustancia del control de legalidad de la actuación del Ejecutivo, ni las cuestiones sobre violación de derechos fundamentales de las cuestiones sobre violación de otro tipo de derechos.

Si adoptamos estos modelos como punto de partida, la fórmula acogida en la Constitución en España ha arrojado un resultado ecléctico. Efectivamente, en relación con el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional podría haber actuado más como un contrapoder —sólo el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley—. Sin embargo, cuando se trata de obtener un pronunciamiento a propósito de la vulneración de derechos fundamentales a través del recurso de amparo, la función del Tribunal Constitucional es claramente equiparable a la que desempeña cualquier otro órgano encargado de determinar si se ha producido una infracción del derecho —recordemos que también los tribunales ordinarios tienen competencia para decidir en caso de vulneración de derechos—.

De hecho, además, la versión que parece predominar en la forma de argumentar que lleva a cabo el Tribunal Constitucional en torno al control de constitucionalidad ha sido la de la Constitución-norma. En este caso, la nulidad de la ley es representada como consecuencia de un incumplimiento por parte del legislador de sus obligaciones normativamente impuestas. Por otra parte, la eficacia directa de la Constitución y el desarrollo en la jurisprudencia constitucional de la tesis del “efecto irradiación de los derechos” suponen argumentos adicionales que aproximan el modelo constitucional español al de la Constitución-norma.

Los derechos se convierten en los criterios materiales últimos de validez de las restantes normas del sistema, con lo que todo comportamiento de creación y aplicación de derecho supone de algún modo aplicación de los

derechos fundamentales; de tal modo que la validez de las normas inferiores queda condicionada por su coherencia con el sentido del que se dote a las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales.

En el ámbito de la dogmática constitucional se maneja, además, un principio, el principio de interpretación conforme, que el Tribunal Constitucional deriva de la superioridad normativa de la Constitución. La sentencia 9/1981 del 31 de marzo, por citar alguna de las decisiones más antiguas en las que el principio aparece, contiene el siguiente fundamento jurídico tercero:

...la Constitución es una norma —como se ha señalado—, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos que este Tribunal puso ya de manifiesto... partiendo del doble carácter de Ley posterior y Ley superior que posee la Constitución. El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las Leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su disposición derogatoria número tres, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras. *La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella.*

En la jurisprudencia más reciente se mantiene la presencia del principio de interpretación conforme.⁴ Este principio ha sido también convalidado por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual la interpretación conforme lo es por referencia al sentido en el que las normas constitucionales son, a su vez, interpretadas por el Tribunal Constitucional.⁵

La caracterización tiene consecuencias en relación con la justificación de la actuación del órgano que ejerce las funciones de control. En el marco

⁴ Puede verse al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional 101/2002, del 6 de mayo, fundamento jurídico segundo.

⁵ Conviene recordar el contenido de este precepto, conforme al cual “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

del modelo en el que predomina la versión de la Constitución entendida como máquina, el control de constitucionalidad tiene como objetivo restablecer el equilibrio de poderes, en cuyo esquema se inserta el órgano encargado de llevarlo a cabo, que es, por tanto, otro poder del Estado que debe ser legitimado como tal en cuanto al origen y en cuanto al ejercicio. En el contexto en el que la Constitución se plantea preferentemente como norma —y este es el caso español—, el objetivo del control de constitucionalidad es el restablecimiento de la legalidad mediante la aplicación de la Constitución.

III. VOLUNTAD, RAZÓN Y DERECHO

Si consideramos ahora el segundo grupo de cuestiones que ocupa y es objeto de discusión en el nuevo paradigma, nos encontramos con los dos modelos que confluyen en la ideología codificadora: el modelo voluntarista o del derecho puesto y el “modelo sistemático” o del derecho descubierto.⁶ En mi opinión, se trata de opciones últimas a propósito del concepto de derecho. Esto es, en última instancia, los distintos conceptos de derecho dan prioridad a la voluntad o a la razón —lo cual no significa que necesariamente se haya reducido a uno de estos elementos—. La tensión entre ambos adquiere una importancia de primer orden cuando se trata de caracterizar la actividad de aplicación de la Constitución.

En la discusión a propósito del constitucionalismo alemán del periodo de entreguerras, se producen diversos intentos de respuesta a problemas que reaparecen con fuerza tras la Segunda Guerra Mundial. Precisamente, una buena parte de las dificultades a propósito de la reconstrucción del método jurídico obedece a que en la jurisprudencia están presentes criterios que resultaban coherentes en el contexto de las diversas teorías de aquel periodo histórico, y que no se ha logrado armonizar. Las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial hacen extensivo, sin titubeos, el control de constitucionalidad a las normas que contienen disposiciones materiales (por excelencia, derechos fundamentales), al tiempo que

⁶ Tarello, G., “Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación”, *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de I. Rosas, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 42, sobre la concepción voluntarista; y pp. 45 y 46 para la caracterización de la concepción sistemática, que impone “interpretar los códigos según las exigencias del «sistema» jurídico y según la condición del derecho, que es sistema de proposiciones, con los dogmas conexos de la coherencia, de la completud, de la no restitución, de la analogía fundada en conceptos más bien que en fines, etcétera. Esta alternativa fue favorecida por la reconstrucción del legislador”.

los tribunales son habilitados para declarar la nulidad de los actos vulneradores de estas normas.

En este contexto, la discusión que tiene lugar entre H. Kelsen y C. Schmitt, por un lado, y H. Kelsen y R. Smend,⁷ por otro, resulta especialmente interesante para comprender algunas de las cuestiones en las que difieren hoy los autores que se enfrentan al mismo problema.

En relación con las propuestas de Schmitt y Kelsen, nos encontramos con dos teorías que pueden ser consideradas como exponentes de una concepción voluntarista. El primero de estos autores aparece como representante de la Constitución entendida como límite al pluralismo —piénsese en el sentido de la figura del defensor de la Constitución—. En este caso, como dije, la concepción del derecho es voluntarista y, además, la voluntad legítima es la del acto originario de aprobación de la Constitución. La Constitución goza de la legitimidad que le da el ser expresión de la voluntad unitaria del pueblo; en lo sucesivo, la regulación de la convivencia debe atenerse a esa voluntad legítima inicial.⁸ El elemento que subraya este autor es la unidad, frente a cualquier otro. Según Kelsen, para Schmitt “la “Constitución” no son ni las normas que regulan los órganos ni el procedimiento legislativo, como tampoco el lugar y la competencia de los más altos órganos de ejecución; es decir, no es ni normas ni “leyes”. “Constitución” es una situación, la situación de “unidad” del pueblo alemán”.⁹

Sin embargo, H. Kelsen sería el máximo exponente de una concepción voluntarista en la que la democracia no se agota en el acto de creación de

⁷ Agapito Serrano, R. de, “Prólogo” a Böckenförde, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito, Madrid, Trotta, 2000, p. 10, incluye a Heller en este grupo, “están ahora presentes por ejemplo los criterios que defendieron, sin llegar a integrarlos de un modo coherente en el Derecho constitucional, los juristas públicos de la etapa de entreguerras. Me refiero, por aludir sólo al ámbito del Derecho público alemán, a la reconstrucción de una sistemática global del Derecho desde un enfoque estrictamente jurídico (Kelsen), a la comprensión de la Constitución como el proceso de realización de un objetivo jurídico fundamental (Smend), a la propuesta de una orientación o finalidad material de la norma fundamental (Heller), así como a la interpretación del Derecho constitucional” (Schmitt). Y todo este abanico de perspectivas y exigencias encuentra hoy su reflejo en esa fórmula jurídica constitucional, que es la decisión fundamental a favor de un Estado constitucional caracterizado, al mismo tiempo y al mismo nivel, como “social”, “democrático” y “de derecho”.

⁸ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez, Madrid, Tecnos, 1983, “cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficción judicialidad”.

⁹ Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 78.

la Constitución. Precisamente porque el derecho es voluntad, las decisiones jurídicas se legitiman en el principio democrático. El órgano que cuenta con legitimidad democrática es el Parlamento, en caso de tener que incorporar contenidos de justicia, es a él a quien corresponde la decisión. Los ideales de “equidad”, “libertad”, “igualdad”, “justicia”, “moralidad”... presentes en algunas Constituciones, son susceptibles de diversas interpretaciones dependientes de las concepciones personales de quien interpreta; si se habilita a los tribunales constitucionales para invalidar leyes sobre la base de este tipo de principios,

...el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley.¹⁰

Y continúa:

...va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante —ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente— del poder del Parlamento a una instancia ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.

Al contrario del planteamiento de Schmitt, a la argumentación de Kelsen subyace una opción por el pluralismo como elemento a proteger.

Efectivamente, M. Fioravanti considera estos dos modelos representados por Schmitt y Kelsen como las grandes alternativas en nuestro ámbito cultural.¹¹ En este sentido, puede resultar interesante reproducir su argu-

¹⁰ Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, p. 143.

¹¹ Fioravanti, M., *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 159. Véase, en sentido similar, Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milán, Giuffrè, 2001, pp. 491-503.

mentación, conforme a la cual “las de Schmitt y Kelsen no eran sólo dos interpretaciones distintas y opuestas de la Constitución de Weimar. A partir de ese caso histórico concreto esas dos interpretaciones se propusieron también, y quizás sobre todo, como dos verdaderas y auténticas concepciones alternativas de las *constituciones democráticas del siglo XX*”. El aspecto en el que de modo predominante se fija el autor italiano es la posición de cada uno de los autores a propósito del pluralismo. En este sentido, continúa,

...para la primera, la de Carl Schmitt, es imprescindible la referencia al poder constituyente: la constitución es democrática porque ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro. Desde ese momento en adelante, la vida de la constitución democrática se desarrolla en aras de su *actuación*, en aras de la necesaria solidaridad entre los poderes constituidos y entre las fuerzas sociales y políticas en el proceso de realización de sus contenidos normativos. Por ese motivo el principal adversario de la constitución democrática es el gran proceso histórico, evidente a lo largo del siglo XX, de la articulación de la sociedad civil y política en sentido pluralista, que en esta línea se ve como algo que continuamente corroe y pone en discusión la unidad del pueblo soberano representada en la constitución.

Por el contrario,

...en la línea de Kelsen la constitución es democrática porque rechaza toda “unidad” preconstituida y porque permite desplegar completamente el mismo pluralismo, con los partidos en el parlamento y con el ejercicio de la justicia constitucional —vista como mecanismo de garantía dirigido contra todo intento de romper el equilibrio entre las fuerzas políticas y sociales, de reducir la ley a la pura voluntad de la mayoría—. Por eso, la constitución democrática de Kelsen rechaza el poder constituyente del pueblo soberano. En la misma idea de una constitución hecha por un “poder” está contenido el peligro de que esa constitución pueda tener un “dueño”, alguien que en nombre de ese “poder”, es decir, del mismo pueblo soberano, pueda pretender ocupar todo el espacio de la constitución y así imponerse, esencialmente como mayoría política, a todas las fuerzas operantes en la sociedad y en las instituciones.¹²

¹² Fioravanti, M., *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 160. En opinión de Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 504, “en Kelsen la unidad encuentra su fundamento en la superioridad de la Constitución como norma sobre el procedimiento de

De ahí el empeño de este autor por extraer de las Constituciones las determinaciones materiales susceptibles de interpretaciones diversas desde distintas concepciones de justicia. De ahí, también, su concepción de la legitimidad democrática del sistema como la necesidad de hacer referencia a la voluntad actual de la mayoría.

Los distintos puntos de partida también conducirán a cada uno de estos autores a conclusiones distintas sobre la instancia adecuada para defender la Constitución. En el caso de Schmitt, el presidente del *Reich* es el sujeto competente para proteger la Constitución dado que la defensa de la Constitución, es, puntualmente, defensa de la unidad.¹³

La figura del Parlamento como defensor es rechazada porque es precisamente del Parlamento de quien hay que guardar la Constitución. Más aún si se tiene en cuenta que se trata de la instancia política que “se ha convertido en el escenario de un sistema pluralista”, con lo que

...en lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales libres, en lugar de ser el transformador de los intereses de partido en una voluntad que esté por encima de todos ellos, se convierte en teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas. La consecuencia es que, o resulta incapaz de lograr mayorías y de actuar, por razón de su pluralismo inmanente, o que la mayoría que se constituye en un momento determinado utiliza todas las posibilidades legales como instrumentos y medios de asegurar su poder, y aprovecha en todos los aspectos la época de su dominio político, ante todo para limitar las posibilidades que pudieran ofrecerse de hacer otro tanto al adversario más robusto y peligroso.¹⁴

Tampoco sirve un órgano judicial para realizar esta tarea. Es posible ordenar el planteamiento sobre la base de dos ideas, a saber: que en un Estado de derecho corresponde al Poder Judicial la administración de justicia y que la interpretación de la Constitución es un problema político. Es desde estas premisas desde las que es posible entender las reflexiones sobre el garante más adecuado de la Constitución.

En la construcción de su rechazo del Poder Judicial, a este respecto, se basa en el establecimiento de una tajante diferencia entre política y

normas generales”, se trata de una unidad relativa, o formal. La unidad material se renueva constantemente a través del compromiso parlamentario.

¹³ Entendida como “unidad absoluta”, en el sentido de “unidad política del pueblo alemán como totalidad”, Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 505.

¹⁴ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, cit., pp. 151 y 152.

justicia,¹⁵ que debe ser trasladada a la división de poderes. En su esquema, si el Estado es de derecho, al Poder Judicial le corresponde exclusivamente la labor de hacer justicia, “no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial”.¹⁶

Por otra parte, a la exposición de Schmitt en relación con la interpretación de la Constitución subyace la idea de que se trata de una cuestión que debe ser diferenciada de la de la interpretación de la ley. Las cuestiones constitucionales no suelen plantearse a propósito de contradicciones manifiestas entre la Constitución y la ley, sino sobre aspectos en relación con los cuales la existencia o no de contradicciones depende del sentido en el que se entiendan los preceptos legales y constitucionales. De este modo, afirma C. Schmitt,

...en general, el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los casos de una manifiesta contradicción, casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes, ni se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, sino que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de la misma.¹⁷

Precisamente por ello, las cuestiones constitucionales deben presentarse como discusiones a propósito del sentido en el que hay que entender los preceptos de la Constitución; con lo que únicamente pueden resolverse a través de una decisión política, y ello desde cualquiera de las comprensiones de la Constitución al uso.

Desde una concepción de la Constitución como contrato entre sujetos portadores de intereses, coherente a su vez con una concepción pluralista del Estado, el litigio constitucional sería una situación de desacuerdo a propósito del sentido de los pactos llevados a cabo entre las distintas partes. Tanto desde esta concepción cuanto desde aquella en que la Constitución

¹⁵ Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. 18, “dichos argumentos parten del presupuesto erróneo de que existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional las funciones “políticas”, y que en especial la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de las leyes inconstitucionales son actos “políticos”, de lo que se sigue que tal actividad no sería ya más Justicia”.

¹⁶ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, cit., p. 77.

¹⁷ *Ibidem*, p. 87.

se representa como unidad, un órgano de carácter judicial no resulta adecuado para resolver, dado que la interpretación de la Constitución se convierte en una tarea política desde el momento en que escapa de las pautas del método jurídico.

En este momento es cuando entra en juego la primera de las ideas apuntadas. Efectivamente, la argumentación de Schmitt es la siguiente: puesto que constituye una característica definitoria de la función judicial, junto con su independencia, su sometimiento a la ley y a la Constitución,¹⁸ otorgar a un órgano de este tipo competencia para decidir en relación con la interpretación de preceptos constitucionales supone eliminar la vinculación y con ello uno de los elementos constitutivos del Estado de derecho.

Por otra parte, si el Tribunal de Justicia Constitucional se mantiene fiel a esta exigencia de vinculación y “sólo se pronuncia contra transgresiones manifiestas, indudables y seguras de la Constitución, resulta precisamente lo contrario de una instancia llamada a resolver dudas e incertidumbres”.¹⁹

H. Kelsen, por el contrario, se fija en las relaciones entre Constitución y ley como un problema de regularidad de la legislación. La defensa de la Constitución, en este sentido jurídico, supone el establecimiento de “garantías de regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes”.²⁰ La relación entre la legislación y la Constitución no es diferente, desde el punto de vista de la teoría pura, de la que se establece entre legislación y administración, salvo por la mayor libertad del legislador,

...la libertad del legislador; que no está subordinado más que a la Constitución, no está sometida más que a limitaciones relativamente débiles; su poder de creación es relativamente grande. Cada vez que se desciende un grado, la relación entre libertad y limitación se modifica a favor del segundo término: la componente de aplicación aumenta; la de libre creación disminuye.²¹

Por esta razón, el control de constitucionalidad tampoco difiere del control de legalidad, y el órgano adecuado para llevarlo a cabo debe tener una estructura jurisdiccional que asegure su independencia frente al Parlamento y frente al Ejecutivo.

¹⁸ *Ibidem*, p. 242.

¹⁹ *Ibidem*, p. 100.

²⁰ Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *cit.*, p. 112.

²¹ *Ibidem*, p. 111.

En el caso de R. Smend, el punto de partida puede ser situado en su “rechazo de la pretensión normológica de articular la Constitución como parte integrante —e incluso— como requisito imprescindible para la validez de cualquier ordenamiento jurídico”.²² El concepto de Constitución debe tener en cuenta su función específica, que es la de integración.²³

Desde este punto de vista, la cuestión de la aplicación de la Constitución como realidad también debe diferenciarse de la referida a la aplicación de las restantes normas. Así pues, “el Derecho político es un Derecho fundamentalmente integrador y el Derecho administrativo es un Derecho esencialmente técnico”,²⁴ de tal modo que mientras el método técnico-jurídico puede ser adecuado para resolver problemas de derecho administrativo, en relación con el derecho político la metodología debe basarse en las ciencias del espíritu.

En la teoría de Smend se desarrolla un concepto, el de “cambio constitucional”, que cobra todo su sentido desde la idea de la Constitución como proceso político.²⁵ Desde este planteamiento, se diluyen las diferencias entre interpretación y reforma de la Constitución,

...de esta forma, se convierte en punto de partida de la interpretación constitucional —conscientemente entendida como algo en movimiento— el principio funcional del efecto más integrador posible de la Constitución, el cual, interpretado normativamente, puede acabar por hacer necesarias reformas constitucionales. El cambio constitucional a través de la interpretación será el camino indicado si la reforma formal de la Constitución no contribuye a la integración sino que se opone a ella, pero entonces el Derecho constitucional, antes entendido como una fuerza configuradora y acuñadora tanto de la organización como de las instituciones, se transforma en un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?²⁶

En la teoría de Smend, los derechos fundamentales constituyen, junto con algunas otras de las restantes disposiciones de la Constitución, los ele-

²² Smend, R., *Constitución y derecho constitucional*, trad. de J. M. Beneyto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 135

²³ *Ibidem*, p. 132, “la Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado; y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados en ese proceso”.

²⁴ *Ibidem*, p. 194.

²⁵ *Ibidem*, pp. 201-203.

²⁶ Böckenförde, E. W., “Notas sobre el concepto de «cambio constitucional»”, *Estudios sobre el Estado derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito, Madrid, Trotta, 2000, p. 196.

mentos sobre los que se produce la integración material —de nuevo nos encontramos con la referencia a la Constitución como un instrumento que limita al pluralismo—. Frente a “la opinión general” que “ve en los derechos fundamentales, al menos en su contenido clásico, principalmente una formulación especial del principio, de por sí evidente de legalidad, que rige el actuar de la Administración pública”,²⁷ Smend presenta los derechos fundamentales como parte del derecho constitucional y, por tanto, como elementos que escapan al “derecho técnico”. Desde el punto de vista del método que propone Smend,

...aparte de la significación, mediata o inmediata que puedan tener los derechos fundamentales para el Derecho especial, existe otra más, que es la fuente de aquélla; con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica, los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución.²⁸

Por lo que se impone su consideración como “objeto de estudio puramente histórico”.

El esquema desde el que hemos repasado las propuestas de Schmitt, Kelsen y Smend no tiene en cuenta que en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial se incorporan normas que contienen determinaciones materiales y se habilita a los órganos de control de constitucionalidad, que tienen características jurisdiccionales, para hacerlas valer en última instancia. En relación con los dos primeros autores, tanto uno como otro, se muestran recelosos ante la “juridificación de los valores”,²⁹ y tanto en uno cuanto en otro esta idea se representa como un peligro para la democracia —no es necesario recordar las dimensiones totalitarias del pensamiento de Schmitt, quien atribuye la última palabra a propósito de la interpretación constitucional al presidente del Reich—. Sin embargo, se trata de una cuestión que ocupa de forma principal a R. Smend y, paradójicamente, teniendo en cuenta que “no contaba con un Tribunal Constitucional como intérprete decisivo de la Constitución”,³⁰ es en las aportaciones de este autor —muchas veces a través de la versión que de ellas aparece en la jurisprudencia—

²⁷ Smend, R., *Constitución y derecho constitucional*, cit., p. 228.

²⁸ *Ibidem*, p. 232.

²⁹ Llamas, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1993, pp. 144-152.

³⁰ Böckenförde, E. W., “Notas sobre el concepto de «cambio constitucional»”, *Estudios sobre el Estado derecho y la democracia*, cit., p. 195.

cia alemana— donde el Tribunal Constitucional encuentra una referencia para enfrentarse a lo que constituye un problema presente en la actualidad.

En el caso de las Constituciones actuales, el modelo se presenta como “antidemocrático” —si por democracia se entiende la adopción de decisiones por mayoría—. Sin embargo, los límites a las mayorías se justifican en nombre de la existencia de determinados elementos que trascienden la vinculación del derecho con el poder. La constitucionalización de catálogos de derechos fundamentales se suele utilizar como argumento frente a una concepción en última instancia voluntarista del derecho. Las dos grandes tendencias que Tarello identifica en relación con la codificación —voluntarista y sistemática— pueden apreciarse, en el contexto del constitucionalismo, en la tensión entre los derechos y la democracia.³¹ La prioridad de los derechos es, de este modo, coherente con la ideología sistemática y con una teoría racionalista de la interpretación.

La tensión entre el modelo voluntarista y el modelo sistemático se manifiesta especialmente en las distintas teorías sobre el sentido de las declaraciones de derechos y de los límites a su interpretación. Habida cuenta que en los derechos fundamentales se creen ver restricciones a las mayorías políticas, en su conceptualización se suele optar por un modelo sistemático. Básicamente, se dice, la constitucionalización de los derechos supone la racionalización de la política. Este objetivo se consigue sometiendo las decisiones de las mayorías a los contenidos de racionalidad incorporados al derecho como derechos fundamentales. Si se adopta esta perspectiva, la interpretación de los derechos se justifica como investigación de esa racionalidad.

Desde el punto de vista histórico, podemos pensar que existen dos formas alternativas de entender las declaraciones de derechos, una que se dice “antidemocrática” y otra que, por contraposición, podemos llamar “democrática”.³² La primera de estas versiones del constitucionalismo apunta a la idea de que el sentido de la Constitución es precisamente el establecimiento de límites a la democracia. Desde esta perspectiva, los dere-

³¹ El modelo que se está consolidando, el de *la democracia constitucional*, constituye un híbrido en el que se trata de equilibrar la democracia y el constitucionalismo, “este mismo equilibrio, precisamente por haber sido alcanzado en tiempos recentísimos y porque, en suma, carece de una larga tradición a la que referirse, es sin embargo inevitablemente inestable y está sometido a tensiones de distinto género. La primera de ellas, la única que puede ser mencionada aquí como conclusión, afecta a la relación entre los sujetos protagonistas de este equilibrio: los sujetos de la política democrática, el parlamento, los gobiernos y los partidos, por una parte, y los sujetos de la garantía jurisdiccional, los jueces y en particular los Tribunales constitucionales, por otra”, Fioravanti, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, *op. cit.*, p. 164.

³² *Ibidem*, p. 120.

chos fundamentales y el principio de soberanía popular están en conflicto. Esta puede ser, en el contexto de determinadas interpretaciones, la fórmula en la que se basa el constitucionalismo norteamericano.

En la concepción “democrática” la llamada a la soberanía popular constituye el criterio último de legitimidad del poder. Si los derechos se incorporan al derecho es porque han sido decididos democráticamente. También desde determinadas interpretaciones, ésta es la versión que se considera presente en el modelo francés.

La primera visión resulta coherente con lo que en anteriores páginas he denominado “modelo sistemático”, mientras en la segunda, la concepción del derecho es voluntarista. Con independencia de que sea más o menos acertada esta caracterización del constitucionalismo americano y del constitucionalismo francés, me sirve para ilustrar estos modelos que, en todo caso, están presentes en las discusiones actuales sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Y es que hoy en día, en las propuestas teóricas de uno y otro lado del Atlántico se reproducen argumentos que sólo pueden entenderse desde su conexión con alguna de las teorías (voluntarista o sistemática) en las los modelos trazados se fundamentan.

Identificar estos dos modelos de constitucionalismo resulta interesante pues, en relación con dos tipos de cuestiones, por otra parte ampliamente relacionadas. La primera de ellas hace referencia a los argumentos adecuados para interpretar las declaraciones de derechos, y la segunda se refiere a la caracterización de la actividad del órgano de control de constitucionalidad.

En relación con la interpretación de los derechos, como en relación con la interpretación de la Constitución y de la interpretación en general, la discusión sobre los criterios enfrenta a quienes consideran que debe prevalecer el argumento sistemático —partidarios de una teoría racionalista de la interpretación— y quienes afirman que mediante la interpretación ha de contribuirse a la efectiva realización de la voluntad del autor —partidarios, a su vez, de una teoría voluntarista—. M. Troper plantea en términos similares esta cuestión; en este sentido, afirma:

...recientemente ha surgido en Francia una polémica que no carece de puntos comunes con aquella otra que enfrenta en Estados Unidos a interpretativistas y no interpretativistas. Se refiere a la cuestión de cómo deben considerar los jueces de hoy la Declaración de derechos, un problema muy relevante en lo que respecta a los métodos interpretativos que se deben aplicar a ese texto. Los jueces pueden, sin profesar por ello una creencia en los derechos naturales, considerar que los hombres de 1789 pensaban que estaban haciendo una mera declaración. También pueden, en sentido inverso, considerar el texto como un acto de voluntad a través del cual se establecieron nuevas re-

glas creadoras de derechos. En el primer caso, el significado que los jueces atribuyen al texto no es la intención original de sus autores, y perfectamente pueden dar a los derechos fundamentales tal o cual contenido conforme a las necesidades de la sociedad contemporánea. En el segundo caso, al contrario, puesto que la “Declaración” no es más que la expresión de la voluntad de sus autores, la obligación de aplicar este texto significa la obligación de ejecutar esa voluntad, y lo más importante es hallar esa voluntad a través de la interpretación literal y recurriendo a los trabajos preparatorios.³³

En el primer caso, pues, la adecuación del resultado de la interpretación la determina su racionalidad; en el segundo caso, sin embargo, su coherencia con lo querido por el poder constituyente.

A propósito de la caracterización de la actividad de control de constitucionalidad, la concepción coherente con el modelo sistemático presentaría la interpretación de la Constitución como una actividad cognoscitiva.³⁴ La supremacía de la decisión del Tribunal Constitucional se justifica porque está aplicando los derechos contenidos en la Constitución,³⁵ aunque éstos no se inferan de una lectura inmediata del texto. Los lugares en los que encontrar esta interpretación correcta de los derechos son de distinto tipo de acuerdo con la concepción del derecho del teórico o del intérprete: el derecho natural, una Constitución material, la moralidad en la que los derechos se insertan...³⁶

³³ Troper, M., “Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789”, *Derechos y Libertades*, núm. 8, p. 547.

³⁴ En este sentido se orientan los argumentos no originalistas cuando “reconocen que al interpretar la Constitución, los jueces deben hacer algo más que (adentrarse) en ella. En muchas ocasiones, se admite, los jueces deben (escapar de las cuatro esquinas de la Constitución), y salir a buscar, en alguna parte, las respuestas que en ella no se encuentran. Una vez que se reconoce cuál es la (fuente) externa capaz de proveernos de las respuestas que necesitamos, la tarea de los jueces vuelve a convertirse en una tarea (más o menos) indisputable”. Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 60 y 61.

³⁵ El sentido de este modelo se encuentra resumido en las palabras de Pasquino, P., “La política limitata. I principi liberal-democratici dello Stato di diritto e il controllo de costituzionalità”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto*, Giappichelli, 1996, p. 206, “sería más exacto decir que en el constitucionalismo de los sistemas parlamentarios existen dos tipos de poder que se equilibran: el legislativo y el ejecutivo, por un lado, expresión de la mayoría política e investido de una legitimación democrática, y el judicial y la corte constitucional, de otro, que tienen la función de proteger a los ciudadanos y sus derechos de posibles abusos de poder de los órganos democrático-electivos”.

³⁶ R. Gargarella, en el contexto norteamericano, señala los siguientes: las tradiciones, el derecho natural, principios neutrales, el consenso, principios filosóficos. Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, cit., pp. 64-79. Sobre la

La concepción voluntarista, tal y como la describe Troper, es también compatible con una presentación de la interpretación de los derechos como investigación.³⁷ Para aceptar esta propuesta, sería necesario salvar las fuertes críticas dirigidas frente a la posibilidad de hallar la voluntad del constituyente —e incluso frente a su existencia—.

Sin embargo, todavía es posible optar por una concepción voluntarista que nos lleve a sostener que cuando se habilita a los tribunales constitucionales para controlar al legislador, y en los aspectos en los que esta habilitación tenga lugar, lo que se está haciendo es otorgar supremacía a su voluntad sobre la voluntad del Parlamento.

En definitiva, y a modo de resumen, se puede decir que si la concepción es voluntarista, la justificación de las decisiones jurídicas depende de la legitimidad del órgano que decide. Normalmente, en estas circunstancias y en nuestro entorno, se mantiene la necesidad de limitar la capacidad decisoria del juez a favor de la del sujeto que tiene legitimidad democrática —será el legislador o el constituyente originario, en las distintas versiones—.

Si, por el contrario, la concepción es racionalista, la decisión se justifica precisamente por su racionalidad y no por la autoridad de quien la efectúa. De esta forma, el argumento de la democracia pierde sentido en relación con la interpretación. La voluntad democrática del órgano que crea la norma puede dejarse de lado si es posible presentar como irracional el resultado de la interpretación conforme a tal criterio.

Entiendo que la circunstancia que se produce en relación con el Estado constitucional es que el propio derecho articula un sistema de control en el que la decisión última la tiene un órgano que se organiza y funciona como un tribunal. En este contexto, pues, resulta imprescindible construir el esquema desde el cual se pueda dotar de legitimidad a las decisiones del órgano de control de constitucionalidad frente a las de aquel que tradicionalmente se considera portador de la legitimidad democrática.

repercusión de algunos de estos argumentos en la jurisprudencia constitucional y su inserción en diferentes teorías, Dorado, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

³⁷ En los Estados Unidos, esta concepción de la Constitución da lugar al originalismo como posición sobre su interpretación. Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, cit., p. 60, “los argumentos originalistas parten del reconocimiento de que los jueces, en su tarea de (lectura) de la Constitución, se ven permanentemente forzados a interpretarla. Sin embargo, entienden que dicha tarea no presenta mayores complejidades: sólo se requiere estar capacitado para realizar las investigaciones que sean pertinentes en cada caso, y para (desentrañar) el sentido que originariamente se le otorgó a la Constitución. El argumento central del originalismo, posiblemente, consiste en afirmar que (no es necesario ir más allá de la Constitución), para entenderla, sino que lo que se requiere es (adentrarse en ella), hasta encontrar los significados que hoy no nos resultan claros”.

IGUALDAD, COMPLEJIDAD Y DIFERENCIA TRES MODELOS DE ARTICULACIÓN DE LA VIDA EN COMÚN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL*

José Antonio LÓPEZ GARCÍA**
María Dolores PÉREZ JARABA***

SUMARIO: I. *Introducción: el reto de la articulación de la vida en común.*
II. *La igualdad como modelo: el liberalismo político y la democracia deliberativa.* III. *El modelo de la complejidad: la teoría de sistemas.* IV. *La diferencia sexual: un modelo social feminista.* V. *A modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: EL RETO DE LA ARTICULACIÓN DE LA VIDA EN COMÚN

El conocido jurista norteamericano, Ronald Dworkin, en una de sus obras de filosofía política,¹ consideraba que eran dos los ideales éticos contradictorios que dominan nuestras vidas: “el primero —escribe Dworkin— domina nuestras vidas privadas. Creemos que tenemos responsabilidades particulares con quienes nos unen relaciones especiales: nosotros mismos, nuestra familia, amigos y colegas. El segundo domina nuestra vida pública. El ciudadano justo, en su vida pública, demanda un trato igual para todos”.²

La cuestión que nos plantea Dworkin es cómo hacer compatibles en el seno de una sociedad democrática ambos ideales que, en principio, se nos

* Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del programa de investigación Consolider-Ingenio 2010, “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007) y del grupo de investigación de la Universidad de Jaén-Junta de Andalucía, “Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales” (SEJ-428).

** Profesor titular de filosofía del derecho, Universidad de Jaén, España.

*** Profesora asociada de filosofía del derecho, Universidad de Jaén, España.

¹ Dworkin, Ronald, “Liberal Community”, *California Law Review*, 77, 1989.

² *Ibidem*, pp. 221 y 222.

aparecen como contradictorios. La solución que nos ofrece es la de su modelo de *ciudadano integrado*, capaz de reconciliar ambos ideales: “pues, una sociedad democrática —señala Dworkin— tiene como prerequisite el no abandonar ninguno de los ámbitos, privado y público, en que se articula la comunidad política”.³

La idea de Dworkin es, no cabe duda, muy sugerente. Una apuesta por entender la manera en que los ciudadanos de una sociedad democrática nos comportamos en la vida privada y en la pública. Pero, según Dworkin, hay una diferencia cualitativa entre las relaciones especiales que mantenemos en la vida privada y la *igualdad de trato* que aspiramos para la vida pública. Esta distinción nos lleva a entender que no será una tarea fácil conciliar ambas esferas de la vida en común. Existen en la moderna filosofía política y jurídica actual algunas elaboraciones teóricas que plantean dicha tarea en términos diversos. Aquí hemos elegido como modelos algunas de esas teorías. Por eso, nos disponemos a examinar los modelos teóricos de la igualdad, la complejidad y la diferencia, en cuantas respuestas posibles a este reto de nuestras sociedades democráticas constitucionales.

Por otro lado, no se nos escapa que puedan existir otros modelos teóricos que también aspiran a dar una solución a este problema de la articulación de la vida pública y privada; por ejemplo, el llamado *comunitarismo*. Sin embargo, no va a ser éste un modelo que tengamos en cuenta, debido al rechazo metodológico que el comunitarismo tiene de la vida privada o corriente, lo que imposibilita a esta teoría para tomarse en serio una de las esferas básicas la vida moderna. En palabras de uno de los más inteligentes representantes del comunitarismo, Charles Taylor, éste nos dice lo siguiente sobre vida privada o corriente:

La noción de que la vida de producción, reproducción, del trabajo y la familia, es el lugar primordial de la vida buena desafía lo que originalmente fueron las distinciones predominantes de nuestra civilización. En este sentido, tanto para la ética guerrera como para la platónica, la vida corriente es parte de la esfera inferior, parte de lo que contrasta con lo incomparablemente mejor. Por tanto, la afirmación de la vida corriente implica una posición polémica respecto a esas opiniones tradicionales y al elitismo que llevan consigo. Así sucedió con las teologías de la Reforma, fuente primordial del giro hacia esta afirmación en la era moderna... No obstante, y una vez que se deja al margen la ilusión utilitarista, aún persiste un hecho extremadamente importante para la conciencia moral moderna: la tensión entre la afirmación de la

³ *Ibidem*, p. 223.

vida corriente, a la que los modernos nos sentimos fuertemente atraídos, y algunas de nuestras distinciones morales más importantes. Es cierto que es demasiado simple hablar de tensión. Estamos en conflicto, incluso confundidos acerca de lo que verdaderamente significa afirmar la vida corriente... Somos tan ambivalentes ante el heroísmo como ante el valor de los objetivos cotidianos que se sacrifican en su nombre. Luchamos por aferrarnos a una visión de lo incomparablemente mejor, al mismo tiempo que seguimos fieles a la crucial noción moderna del valor de la vida corriente. Simpatizamos con ambos: con el héroe y con el antihéroe; y soñamos con un mundo en el que podría ser ambos en el mismo acto: Ésta es la confusión en la que se enraíza el naturalismo moderno.⁴

II. LA IGUALDAD COMO MODELO: EL LIBERALISMO POLÍTICO Y LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Si repasamos, aunque sea sumariamente, las “condiciones públicas de validez y verdad del discurso racional”, según Jürgen Habermas, y la teoría del “liberalismo político y la justicia como imparcialidad”, de John Rawls, encontraremos que tanto la comunidad ideal de comunicación (CIC) de Habermas como la idea rawlsiana sobre la existencia de un conjunto de bienes primarios que conforman la estructura básica no comprensiva de la sociedad democrática liberal, parten del rechazo del irracionalismo en la construcción de sus modelos racionales. Habermas descarta todos aquellos argumentos no racionales o ininteligibles cuando establece las condiciones de la CIC. John Rawls, por su parte, no admite doctrinas comprensivas que no sean razonables; es decir, no contempla la presencia de doctrinas comprensivas irrazonables (irracionales) en la estructura política básica de la sociedad democrática. Ambos autores, como puede parecer lógico, han considerado deliberadamente oportuno dejar fuera del discurso o debate racional a cual-

⁴ Taylor, Charles, *Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 38 y 39. Una cita más tajante respecto del rechazo del comunitarismo hacia la veracidad de la vida privada o personal nos la ofrece Alasdair MacIntyre: “En muchas sociedades tradicionales premodernas, se considera que el individuo se identifica a sí mismo y es identificado por los demás por su pertenencia a una multiplicidad de grupos sociales. Soy hermano, primo, nieto, miembro de tal familia, pueblo, tribu. No son características que pertenezcan a los seres humanos accidentalmente, ni de las que deban despojarse para descubrir el «yo real». Son parte de mi sustancia, definen parcial y en ocasiones completamente mis obligaciones y deberes. Los individuos heredan un lugar concreto dentro de un conjunto interconectado de relaciones sociales; a falta de este lugar no son nadie” (MacIntyre, A., *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2001, pp. 52 y 53).

quier discurso irracional. Para Habermas y Rawls, la democracia coincide con la forma del discurso racional o del discurso de “lo razonable”, y sólo desde estas premisas resulta oportuno el examen de los contenidos de la democracia.⁵

A pesar de las anteriores premisas, Habermas ha justificado la introducción de distintos niveles de contenido de racionalidad instrumental dentro del diálogo público democrático. Así es, para Habermas, cierto nivel de juego de compromiso entre intereses públicos y privados, cierto margen de pragmatismo más o menos arbitrario, etcétera, son admisibles en la conformación de la ley pública; es decir, en la creación del derecho legítimo, siempre y cuando —dice Habermas— tengan justificación como concreciones posibles del discurso racional democrático, en cuya formulación ideal —ha mantenido Habermas— todos somos considerados en igualdad de condiciones y competencia racional, argumentativa o lingüística. Es cierto que, como Habermas admite, el diálogo racional se hace así permeable a la coyuntura histórica, al pragmatismo y a los intereses particulares, pero es, se nos dice, a cambio de que tales niveles inferiores del discurso vayan entrando, cada vez más, en las condiciones de igualdad, racionales y procedimentales, del diálogo público.⁶

⁵ Es conocido que las condiciones del discurso comunicativo de Habermas excluye la idea de la existencia independiente de “razones” no trasladables al contexto comunicativo. Desde la concepción de Habermas del “giro lingüístico” respecto de la ética kantiana, la acción comunicativa aparece como el “cielo” (en el sentido hegeliano que gusta a Habermas) que cierra procedimentalmente todo discurso posible. Respecto de ese “cielo” no existe exterior consistente posible para el irracionalismo. La única forma en que “lo irracional” podría abrirse paso es fijándose a razones aparentemente independientes y pertenecientes al “mundo de la vida”, como pueden ser la razón estratégica y funcional, las cuales, a su vez, sólo cobran sentido en su conexión con las condiciones justificativas y formales del diálogo racional comunicativo. Aunque la obra de Habermas en donde mejor se extiende sobre estos problemas sigue siendo, a mi parecer, su *Teoría de la acción comunicativa* (Madrid, Taurus, 1987, 2 vols., trad. de Manuel Jiménez Redondo), en su última gran obra, *Facticidad y validez* (Madrid, Trotta, 1998, trad. de Manuel Jiménez Redondo), vuelve a defender la pertinencia de la exposición racional comunicativa (pública) de todos los argumentos, criticando así, por ejemplo, la idea de democracia de Rousseau en cuanto a sus inconsistencias argumentativas (pp. 166-168). En cuanto a Rawls, éste solamente supone en su teoría de la justicia la presencia de doctrinas comprensivas razonables: “evidentemente, una sociedad puede albergar también doctrinas comprensivas irrealistas e irracionales, incluso desquiciadas. En cuyo caso el problema consistirá en contenerlas de tal modo que no minen la unidad y la justicia de la sociedad” (Rawls, J., *El liberalismo político*, trad. de Antoni Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, p. 12).

⁶ Para el caso de la negociación de intereses particulares, a sancionar por el derecho legítimo habermasiano; es decir, aquel tipo de derecho que tiene como base el poder comunicativo cuya fuerza es siempre la del mejor argumento públicamente contrastado, Habermas

Por su parte, John Rawls sólo cree posible establecer restricciones, imparciales y razonables, a las distintas doctrinas comprensivas razonables para el ámbito de lo político, dejando que en el ámbito de la vida privada cada doctrina comprensiva razonable promueva su ideal comprensivo del bien. Para Rawls, es suficiente con que las doctrinas razonables establezcan un “consenso entrecruzado” sobre los contenidos de la justicia en una sociedad democrática, sin que dicho consenso se pueda extender más allá de la estructura básica de la sociedad; es decir, más allá de la política. Así es como Rawls defiende la utilidad de ciertas desigualdades sociales en cuanto promueven el desarrollo social.⁷ Asimismo, admite el pluralismo de las doctrinas comprensivas razonables en su búsqueda de la verdad y el bien, pues, dice Rawls, el liberalismo político es neutral respecto de la idea de verdad y bien, siendo sólo solvente para la concepción de la justicia como imparcialidad (lo razonable) en una sociedad democrática.⁸

ha admitido que en tales negociaciones no se discuten “intereses susceptibles de universalización” (Habermas, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 235), por lo que los principios del discurso sólo entran en juego indirectamente: “Así pues, el principio del discurso, que tiene por fin asegurar un consenso sin coerciones, sólo puede hacerse valer en este caso indirectamente, a saber, mediante procedimientos que *regulen* las negociaciones de suerte que éstas resulten *fair*” (Habermas, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 234).

⁷ El fondo liberal de Rawls le lleva a considerar que, además de aceptar la desigualdad social en el segundo principio de la justicia, cualquier reparto equitativo más exigente que el establecido “en la cesta fija de bienes primarios” contenida en sus principios de la justicia sería irracional: “Aunque no está claro qué pueda significar una garantía más amplia del valor equitativo, la respuesta a esa cuestión, según creo, es que tal garantía es o bien irracional, o bien superflua, o bien engendradora de división social. Supongamos que una garantía más amplia del valor equitativo significa una equidistribución de todos los bienes primarios, no sólo de las libertades básicas. En mi opinión, habría que rechazar por irracional ese principio, pues impediría que la sociedad satisficiera ciertas exigencias esenciales de organización social, impediría las ventajas de la eficiencia, y muchas cosas más” (Rawls, J., *El liberalismo político*, cit., p.366). A modo de recordatorio, ahí van los dos principios de la justicia de John Rawls: *Primer principio*: “Todas las personas son iguales en punto a exigir una esquema adecuado de derechos y libertades básicos iguales, esquema que es compatible con el mismo esquema parta todos; y en ese esquema se garantiza su valor equitativo a las libertades políticas iguales, y sólo a esas libertades”; *segundo principio*: “Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: primero, deben andar vinculadas a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y segundo, deber promover el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad” (Rawls, J., *El liberalismo político*, cit., p. 34). La redacción dada aquí por Rawls a los dos principios difiere de su primera redacción, en 1971, en su obra, *La teoría de la justicia* (Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 340 y 341, trad. de María Dolores González).

⁸ John Rawls ha rectificado con el tiempo muchos de los postulados de su teoría de la justicia. En su obra *El liberalismo político*, considera que “la justicia como imparcialidad” del liberalismo político deja de lado el problema de la verdad (moral) y el problema del bien: “El constructivismo político no critica, pues, las descripciones religiosas, filosóficas o metafísicas

En síntesis, lo que Habermas admite como una distancia irresoluble entre la forma racional del discurso público (la verdad procedimental) y los distintos contenidos (nunca verdaderos) con los que ha de cotejarse necesariamente esa verdad procedimental en cuanto contrafáctico postmetafísico, en Rawls no tiene la correspondencia entre lo verdadero y sus contenidos, ya que el liberalismo político rechaza cualquier noción general de verdad, al considerarla una idea metafísica, dejando que cada doctrina comprensiva razonable resuelva el problema de la verdad a su manera. A cambio, lo único que pide Rawls es que se acepte un ámbito fuera de las disputas sobre la verdad y el bien, que para Rawls son lo mismo, y este ámbito neutral señalaría, para siempre, aquello que ha de quedar establecido en una sociedad democrática, sea verdadero o no: los dos principios de la justicia como imparcialidad.⁹ Así pues, bien sea desde una concep-

de la verdad y de la validez de los juicios morales. Su criterio de corrección es la razonabilidad, y dados sus propósitos políticos no necesita ir más allá... no hay ninguna base pública que permita distinguir entre las creencias verdaderas y las falsas" (Rawls, J., *El liberalismo político*, cit., p. 159). La lectura de Rawls deja entrever que de no existir el liberalismo político y sus dos principios básicos de justicia, las doctrinas comprensivas razonables convivirían en un estado de naturaleza hobbesiano: "Un supuesto crucial del liberalismo político es que los ciudadanos iguales tienen una concepciones del bien diferentes y, en verdad, incommensurables e irreconciliables" (Rawls, J., *El liberalismo político*, cit., p. 340). Por lo demás, la crítica de hobbesianismo es una de las críticas que Habermas hace a la teoría de la justicia de Rawls (Habermas, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de Gerard Vilar Roca Barcelona, Paidós, 1998, pp. 47 y 154-157).

⁹ Véase los dos principios de la justicia en la nota 7 del presente trabajo. Por otro lado, es fundamental, para un examen más exhaustivo de las diferencias de criterio entre Habermas y Rawls, la lectura del intercambio de críticas que ambos autores se hicieron en las páginas de *The Journal of Philosophy* (1995), recogidas en español en el libro citado, *Debate sobre el liberalismo político*. En este intercambio de críticas, que Habermas considera se desarrollan "dentro de las limitadas fronteras de una disputa familiar" (Habermas, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político*, cit., p. 42), pues es más lo que les une que lo que les separa a ambos, Rawls sostiene contra Habermas la típica acusación metafísica propia de toda la tradición empirista, incluido el "empirismo moderado" de Rawls: "La doctrina de Habermas es, creo, una doctrina lógica en el amplio sentido hegeliano: un análisis filosófico de los presupuestos del discurso racional (de la razón teórica y de la razón práctica) que incluye en su seno según se afirma todos los temas sustanciales de las doctrinas religiosas y metafísicas. Su lógica es metafísica en el siguiente sentido: da cuenta de lo que hay" (Habermas, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político (réplica a Habermas)*", cit., p. 82). Habermas, por su parte, además de la crítica de hobbesianismo antes señalada y de no ser fiel a Kant, considera que Rawls "privatiza" la idea de verdad, al negar éste que el liberalismo político establezca un criterio público de verdad, ni siquiera procedimental, y que rechaza cualquier justificación autónoma de la política, pues, según Habermas, la estabilidad de los principios de la justicia de Rawls depende de que las distintas doctrinas comprensivas razonables de la sociedad se la otorguen: "Desde el punto de vista de la validez —dice Habermas— existe una incómoda asimetría entre la concepción pública de la justicia, que plantea una pretensión débil de

ción postmetafísica de la verdad procedimental y pública (Habermas), o bien desde la creencia en la existencia de unos principios estables para la sociedad democrática, sean o no verdaderos (Rawls), lo cierto es que ambos autores establecen para la democracia una frontera; la racionalidad procedimental como única verdad según la nueva situación social postmetafísica (Habermas) o lo razonable de los dos principios de la justicia como condición de posibilidad política para mantener la idea de verdad (Rawls).

Observamos, por lo tanto, cómo la estricta barrera impuesta por arriba al irracionalismo se deja filtrar por abajo; esto es, por el ámbito de los contenidos reales, con determinadas “cuotas” de elementos difícilmente racionalizables; intereses particulares, desigualdades, distintas concepciones del bien, etcétera. No cabe duda de que la “razón práctica”, ya sea dialógica (Habermas) o constructiva (Rawls), ha de situarse en el “mundo de la vida” para poder ser operativa. Aunque no por ello dejamos de constatar que el discurso racional-razonable admite cuotas de irracionalidad a la hora de concretarse. Sólo la esperanza en las energías utópicas de la ilustración racional, entendidas como las fuerzas (formales) animadoras del proceso histórico (Habermas),¹⁰ o la creencia en la estabilidad social de los principios de la justicia (Rawls),¹¹ pueden compensar el pragmatismo al que se ve obligado el discurso racional-razonable.

III. EL MODELO DE LA COMPLEJIDAD: LA TEORÍA DE SISTEMAS

El jurista y sociólogo alemán Niklas Luhmann (1925-1997) tuvo gran influencia en la filosofía jurídica y política, en la teoría de la administración, en la

«razonabilidad», y las doctrinas no públicas con una pretensión fuerte a la «verdad». Resulta contraintuitivo que una concepción pública de la justicia deba obtener su autoridad moral en última instancia de razones no públicas. Todo lo que tiene validez se tiene que justificar públicamente” (Habermas, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político*, cit., p. 161).

¹⁰ Es claro que Habermas ha mantenido, y mantiene, al menos, el contenido utópico-formal de su teoría: “el contenido utópico de la sociedad de la comunicación se reduce a los aspectos formales de una intersubjetividad íntegra. Incluso la expresión «situación ideal de habla» induce a error en la medida que sugiere una configuración concreta de la vida” (Habermas, J., *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1988, p. 134).

¹¹ Para Rawls, la estabilidad de los principios de la justicia del liberalismo político reside también en su objetividad (razonable), lo que significa que no pueden ser puestos en cuestión; “están fuera de la agenda política” (Rawls, J., *El liberalismo político*, cit., pp. 183 y 184). Rawls cree tanto en el carácter definitivo de sus principios de la justicia que, en numerosas ocasiones, los compara con los axiomas matemáticos: “la concepción de la justicia política no puede ser más votada de lo que puedan serlo los axiomas, principios y reglas de las matemáticas o de la lógica” (Habermas, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político (réplica a Habermas)*, cit., p. 92).

teoría del derecho, en la sociología funcionalista, en el derecho penal, en las ciencias ambientales, etcétera. Su *teoría de sistemas* ha pasado a ser uno de los referentes básicos del lenguaje más moderno y actual de prácticamente todas las ciencias sociales.¹² Por la complejidad de la teoría de sistemas, nos vamos a acercar a sus rasgos característicos a través de la metodológica de la narración. Veamos:

- A) Según la *teoría de sistemas* de Niklas Luhmann, las sociedades complejas de finales del siglo XX (y también en la actualidad, podemos añadir nosotros) se encuentran “plurifundadas”, o múltiplemente fundadas, por, al menos, cuatro grandes subsistemas sociales o sistemas parciales de la sociedad; *el sistema económico, el sistema jurídico-político, el sistema científico-educativo y el sistema afectivo-familiar*. Cada sistema parcial dispone de un “código de comunicación” o discurso racional distinto; el *dinero* (sistema económico), el *poder* (sistema jurídico-político), la *verdad* (sistema científico-educativo), el *amor o afecto* (sistema afectivo-familiar).¹³ A la vez, cada código comunicativo sólo es racionalmente operativo dentro de su sistema parcial, resultando imposible para Luhmann el establecimiento, ni siquiera formal, de un “código general congruente” para toda la sociedad. “La comunicación —dice Luhmann— presupone que los comunicantes no son idénticos, así como también, por ello, la diferencia de perspectivas y la imposibilidad de una congruencia completa de sus vivencias”.¹⁴
- B) Desde la caída de la soberanía jurídico-política de la sociedad, advertida plenamente en el siglo XX, pero iniciada con el positivismo jurídico del siglo XIX, ya no es posible elevar sobre el complejo social un “punto euclidiano” desde el que medir los avances o retrocesos de los sistemas parciales que componen la sociedad. El “sujeto de derecho”, proyectado por el derecho natural racionalista como “gran metáfora” de la modernidad, según Luhmann, se habría replegado definitivamente, desde el siglo XX, hacia las coordenadas del subsistema

¹² Como expone un reciente trabajo sobre la obra de Luhmann: “El aporte de Luhmann consiste en haber ofrecido un instrumental teórico que puede ir mucho más allá de lo que él mismo hizo. A pesar de no haber intentado crear una Escuela de pensamiento, hay numerosos continuadores de la línea teórica que Luhmann fundara” (Rodríguez Mansilla, Darío y Torres Nafarrate, Javier, *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, México, Herder, 2008, p. 23).

¹³ Luhmann, N., *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, fundamentalmente, pp. 71-98.

¹⁴ *Ibidem*, p. 104.

jurídico-político. Y su lugar como “sujeto soberano de la sociedad” no ha sido (ni puede ser) ocupado por nadie. Así es como el positivismo decimonónico acabó con la idea de un “sujeto de derecho presocial”, propia del iusnaturalismo, instaurando la noción positivista de sistema jurídico. En palabras de Luhmann:

A partir del siglo XIX no hay ya duda de que el derecho se transforma con el desarrollo de la sociedad. Cambios en el derecho y evolución social van parejos. La gran cantidad de normas, la mayor diversidad nunca antes en vigor o que pueda serlo en el futuro, no puede ser reconducida a una suerte de preformación en la naturaleza humana.¹⁵

Más adelante, a finales del siglo XIX, con el “segundo Ihering”, comenzaría a estar claro que el sistema jurídico positivo tampoco era el “sistema soberano” de la sociedad, sino uno más entre los otros sistemas parciales que constituyen la sociedad moderna:

El correspondiente cambio dentro de la ciencia jurídica empieza con Ihering. El concepto de la construcción jurídica de Ihering exige como consecuencia el paso a otro concepto de sistema, en concreto a la concepción del sistema jurídico como sistema de la realidad social, como sistema parcial de la sociedad. El término “interés” señala este giro, pero sin formularlo de modo suficiente. Se trata de adjudicar siempre a la sociedad misma en primer lugar la creación de los sistemas, y sólo a partir de este presupuesto preguntarse por los resultados de auto-organización y auto-abstracción de los sistemas parciales y por las condiciones de posibilidad.¹⁶

- C) Tras esta descripción de la complejidad social, Luhmann considera que en las modernas sociedades complejas, los distintos sistemas parciales de la sociedad se enfrentan (con la intención de subsistir y conseguir estabilidad) a una anomia circundante, cuyos límites se han vuelto opacos. A esta “anomia” la llama Luhman *entorno o ambiente*. La tesis de la complejidad de la teoría de sistemas luhmanniana consiste en asumir que tal descomposición del sujeto soberano de la sociedad solamente es reconstruible de forma parcial de acuerdo con

¹⁵ Luhmann, N., *La diferenciación del derecho*, traducido de la edición italiana, *La differenziazione del diritto*, trad. de Raffaele De Giorgi y Michele Silbernagl, Bolonia, Il Mulino, 1990, p. 83.

¹⁶ Luhmann, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de Ignacio de Otto, Madrid, CEC, 1983, p. 19.

el código comunicativo de cada subsistema social. Los distintos códigos comunicativos (parciales) pueden simbólicamente generalizarse, pero dicha generalización tiene la forma de un paralogsimo cuya función es claramente instrumental; con la generalización de su código, lo que pretende cada sistema parcial es exorcizar los peligros que para él presenta un “entorno social común” carente de forma:

Los entornos —escribe Luhmann— no tienen límites claramente definidos, sino sólo horizontes que implican posibilidades futuras, que dejan sin significado la prosecución indefinida de tales horizontes. En otras palabras: la relevancia de los entornos no puede ser reducida a la relevancia de un supersistema englobante o a la relevancia de una serie de sistemas ambientales. Y, por supuesto, sólo en el caso de que el concepto de entorno *no* haga referencia a un sistema más grande o a un conjunto de sistemas es significativo afirmar que el concepto de sistema presupone el de entorno y viceversa.¹⁷

- D) ¿Cómo entender, entonces, los esfuerzos de cada sistema parcial de la sociedad por generalizar su código comunicativo, sobre todo el sistema jurídico-político, sino admitiendo la ausencia de un código general para la sociedad? En efecto, para la teoría de sistemas, de existir una “razón directiva de la sociedad” (cuestión todavía mantenida por los modelos de igualdad tanto de Habermas como por el de Rawls, en este último al menos para el ámbito de lo político), ésta se ha visto obligada a enclaustrarse en los límites de las distintas racionalidades parciales o instrumentales de los subsistemas sociales. De nuevo hay que subrayar la negativa de Luhmann a considerar el “sistema social” como un supersistema englobante de los subsistemas parciales. Como han escrito Rodríguez Mansilla y Torres Nafarrate:

Los clásicos buscaron la solución en un principio fundamental desde el que se pudiera desprender toda la arquitectura de la sociedad. Es el caso de la solidaridad en la teoría de Durkheim, pero también el de la justicia, el de la racionalidad (Weber) o el del consenso (Parsons). Luhmann dice que ya no es posible seguir este viejo y hollado camino.¹⁸

¹⁷ Luhmann, N., *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 72.

¹⁸ Rodríguez Mansilla, D. y Torres Nafarrate, J., *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, cit., p. 39.

Precisamente ésta es la razón por la que los subsistemas sociales generalizan simbólicamente sus códigos racionales para enfrentarse con el entorno o ambiente, cada uno a su manera. Así, Luhmann puede decir que cada subsistema es (o intenta ser), en su diferencia, el sistema global:

En los sistemas diferenciados encontramos dos clases de entorno: uno externo y común a todos los subsistemas y otro interno y separado para cada subsistema. Esta concepción implica que cada subsistema reconstruye y, en este sentido, *es* el sistema global en la forma especial de una diferencia entre dicho subsistema y su entorno.¹⁹

- E) El conjunto de estas racionalidades parciales de cada subsistema social pueden construir, como mucho, un complejo paralelogramo social; es decir, un complejo “todo social”, pero sin la existencia de algún punto común que las una, pues en la base de ese todo social no se encuentran; ni la razón democrática deliberativa (Habermas), ni la persona razonable (Rawls), sino la “irritación” en la que se expresa cualquier entorno del sistema social: “Así pues, —escribe Luhmann— los sistemas acoplados no son sólo diferentes, sino que son sistemas autopoieticos operativamente cerrados, que se presuponen e irritan mutuamente, pero que no pueden determinarse unos a otros”.²⁰ Además, cada racionalidad parcial debe proyectarse hacia la anomia social (entorno o ambiente) por su cuenta y riesgo. Lo que pretenden así cada uno de los subsistemas sociales es mantenerse en su actual situación. Y lo consiguen mediante la traducción del ambiente o entorno social informe a términos acordes con su propio código racional interno.
- F) En medio de esta concepción sistémica de la sociedad, la democracia pasa a ser una forma de entender exclusivamente el código de comunicación del subsistema jurídico-político de la sociedad. Es decir, la democracia es la forma actual de entender el código poder; *poder democrático*. Ahora bien, tal y como ha reiterado Luhmann, ningún código comunicativo de la sociedad es capaz de ordenar los ámbitos público y privado de las modernas sociedades complejas. A lo más que puede aspirar el *poder democrático*, por lo tanto, es a ordenar el subsistema parcial jurídico-político, pero no puede intervenir en

¹⁹ Luhmann, N., *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 73.

²⁰ *Ibidem*, p. 227.

el ámbito comunicativo del resto de subsistemas; es decir, no puede intervenir en la economía, en la ciencia o en la familia. Esto quiere decir que la democracia, en cuanto forma de gobierno de nuestros Estados constitucionales, queda excluida del subsistema económico (dinero), del subsistema científico-educativo (verdad) y del subsistema familiar (amor). Estos subsistemas van a oponer sus códigos comunicativos al código comunicativo del subsistema jurídico-político (*poder democrático*). Si por este camino de “encrucijada” también consigue cada subsistema progresar socialmente es algo que sólo se puede observar como una *observación de segundo orden*. Es decir, se observa que cada subsistema dice que se progresa, pero nunca se puede observar el progreso:

Luego, —señala Luhmann— no existe un mundo objetivable con independencia de los sistemas, un mundo ontológico. Lo más que se puede conseguir es que un sistema observe cómo observa otro sistema. En consecuencia, la teoría del mundo ontológico tiene que ser sustituida por una teoría de la observación de segundo orden.²¹

Dicho de otra forma: todo subsistema puede decir que progresa, pero el referente del progreso es distinto y parcial para cada subsistema. El progreso social conjunto no es susceptible de medida, pues carecemos de un referente común desde el cual observar y valorar la sociedad en su conjunto.

- G) Así pues, para la teoría sistémica de Luhmann, la democracia queda enclaustrada en uno solo de los subsistemas parciales que componen la sociedad; no existe la democracia como bien común para toda la sociedad. Es más, la democracia es contraproducente, según Luhmann, en el subsistema económico o en el científico-educativo. Y cuando el derecho y el poder democrático han intentado influir de forma excesiva en estos otros subsistemas (por ejemplo, bajo las políticas intervencionistas del Estado del bienestar en la economía), el resultado ha sido que la sociedad ha llegado al punto de un *colapso sistémico*, del que se ha podido salir gracias a las políticas de desregulación neoliberales actuales. La ironía de la teoría de sistemas, en cuanto se trata de una de las teorías sociales más seguidas en la actualidad, es la ironía de la propia democracia cuando no sólo ha perdido un referente sustantivo común, sino

²¹ *Ibidem*, p. 40.

cuando, incluso, ha pasado a ser un procedimiento más entre otros procedimientos; es decir, un código de comunicación social (*poder democrático*: las elecciones periódicas; los partidos políticos; la pluralidad ideológica, etcétera) de igual nivel de legitimidad social que los otros códigos de comunicación social; el dinero, la verdad y el amor-afecto.

IV. LA DIFERENCIA SEXUAL: UN MODELO SOCIAL FEMINISTA

Para poder entender la tesis de la diferencia sexual, en cuanto modelo de articulación de los ámbitos público y privado de la vida en común, hemos de hacer un pequeño recorrido sobre los aspectos más relevantes de los tres grandes movimientos feministas del siglo XX y la actualidad: *el feminismo liberal-sufragista*; *el feminismo socialista o de la igualdad real*; *el feminismo de la diferencia*.

- A) *El feminismo liberal-sufragista*. Frente a la discriminación jurídico-sexual se reveló el movimiento feminista liberal-sufragista. Ya desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el movimiento feminista liberal-sufragista propugnaba la abolición de cualquier *discriminación jurídica*. La llamada “igualdad jurídico-formal” era (y es) el objetivo de este feminismo liberal. Mientras la mujer no tuvo reconocido el *derecho político al voto*, existía una razón político-jurídica que discriminaba a la mujer frente al varón. Esta circunstancia nos permite comprender por qué el primer feminismo era de corte liberal, haciendo depender la liberación de la mujer de la consecución de la igualdad de derechos civiles y del derecho al sufragio. Y la legislación civil discriminatoria para la mujer, ante todo la iusprivatista, sólo podía ser desmantelada de desigualdades desde la fuerza que otorga el derecho político; es decir, desde la consecución por la mujer del derecho al voto y la plasmación constitucional de la igualdad de derechos. No obstante, el proceso de la igualdad de los derechos civiles y laborales —igualdad de sueldo para hombre y mujer, etcétera— parece no haber concluido, pues continúan existiendo ciertas discriminaciones jurídico-formales, que deben ser consideradas como inconstitucionales. Pero, que darse exclusivamente en la reivindicación de la “plena igualdad

jurídico-formal” (la no discriminación normativa entre hombre y mujer) es la opción y el límite del *feminismo liberal*.²²

- B) *El feminismo socialista o de la igualdad-real*. El feminismo liberal tenía (y tiene) como único objetivo la igualdad jurídico-formal entre hombre y mujer. Sin embargo, desde el final de la Segunda Guerra Mundial y durante el Estado del bienestar, otra línea del movimiento feminista se hizo eco de que la consecución de la igualdad jurídico-formal no era suficiente para la obtención de una *igualdad real* entre los sexos. Grupos de mujeres ligadas, principalmente, a partidos políticos socialdemócratas, socialistas y comunistas, comienzan a manifestar la necesidad de *medidas de acción positiva* y *discriminación positiva* en favor de la mujer, debido a su histórica *dependencia* (*ya no jurídica, sino real*) *respecto del varón*. Este segundo movimiento feminista (socialista o de la igualdad-real), va a interesarse sobremanera por el examen de las situaciones de discriminación reales o “de hecho” en que vive la mujer. Y para paliar esta realidad discriminatoria, exigirá a los partidos políticos y a los gobiernos las llamadas “políticas de acción positiva”, con la intención de conseguir una *igualdad real* entre hombre y mujer. Un nuevo concepto de igualdad aparece en la escena política; el concepto de *igualdad compleja*.

En efecto, la igualdad compleja se establece con los siguientes elementos: a) un *elemento político*, consistente en que se acepten como pertinentes las políticas de “acción positiva” para corregir las desigualdades reales o de hecho que sufre la mujer, no obstante la depuración de cualquier discriminación normativa. Conseguir, por ejemplo, la igualdad paritaria en los cargos políticos se considera positivo, pero en cuanto “punto de partida” de la igualdad compleja y mientras persista la discriminación real de la mujer;²³ b) un *elemento antropológico*, consistente en una visión del *patriarcado* (dominación masculina) como un “inconsciente colectivo”, tanto para la mujer (que es la que lo padece) como para el hombre, que es el “sujeto activo”, pero también inconsciente, del patriarcado, respecto del cual, generalmente, tiene un sentimiento ambivalente de éxito y culpa.²⁴ La apelación al “inconsciente colectivo” se hace en forma de una

²² Un resumen de esta posición todavía en la actualidad, en Otero Parga, Milagros, “El concepto de poder y su relación con la mujer”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992, pp. 189-202.

²³ Camps, Victoria, *El siglo de las mujeres*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 33.

²⁴ Amorós, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Barcelona, Anthropos, 1991, pp. 73-104; Guisán, Esperanza, “Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992, pp. 161-179.

relación “supragéneros”; es decir, una relación entre individuos, que propicia en el hombre la toma de conciencia sobre las modificaciones sociales y culturales que propugna la mujer, y que, desde esa toma de consciencia, también obtendrían la solidaridad y adhesión del hombre, y c) un *elemento utópico*, que considera que el no haber hecho un irreductible hincapié en la diferencia sexual, pues se han aceptado los elementos a) y b), hace más creíble el cambio social hacia un modelo de sociedad en la que los hombres y las mujeres vivan (su) en plena autonomía.

En fin, todas las políticas de discriminación positiva en favor de la mujer que, por ejemplo, tenemos en España (la ley sobre la violencia de género; paridad en las listas de los partidos y cargos políticos; actual negociación sobre la paridad en los cargos directivos de empresas y sindicatos, etcétera), tienen como justificación esta idea de la igualdad compleja.²⁵ Y son numerosos los gobiernos, a nivel europeo e internacional, que se han hecho eco en sus políticas de igualdad de las reivindicaciones del *feminismo de la igualdad real*.

- C) *Feminismo de la diferencia*. No obstante el “cierto” éxito del feminismo de la igualdad real, a partir de los años setenta del siglo XX, aparece en escena otra línea del movimiento feminista: *el feminismo de la diferencia sexual*. En efecto, en polémica con *el feminismo liberal* (cuya meta es la consecución plena de la igualdad jurídico-formal) y *el feminismo socialista* (en pugna por conseguir tanto la igualdad jurídico-formal como la desaparición de las desigualdades de hecho entre hombre y mujer), *el feminismo radical o de la diferencia sexual* introduce plenamente la tesis de la “diferencia sexual” como criterio irreductible. Para las feministas de la diferencia, ni las propuestas del feminismo liberal ni las del feminismo socialista son acertadas. El “feminismo de la diferencia sexual” hace especial hincapié en el criterio práctico (voluntarista) de la “toma de conciencia” de la mujer sobre su situación. Tal toma de conciencia se plantea desde el rechazo que da cualquier relación política igualitaria con la figura del varón (su concepto de hombre queda siempre mediado por la diferencia sexual; es decir, el hombre aparece sexuado como “varón”). Los elementos básicos de esta toma de conciencia de la mujer son los siguientes:

²⁵ Sobre la igualdad formal en su relación con esta igualdad compleja, véase Garrido Gómez, María Isabel, *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid, Dykinson, 2009.

1. *Hombre y mujer tienen sexos (biológicamente) diferentes*

Para una de las representantes del “feminismo de la diferencia”, Adriana Cavarero,²⁶ es el hecho de nacer hombre o mujer lo que establece la diferencia básica: “La raíz fáctica de la realidad, o sea, el nacimiento que siempre ve aparecer en el mundo hombres y mujeres”.²⁷ La posición de A. Cavarero es que *no nacen individuos, sino sexos*. Y esta diferencia ha de ser el lugar excluido (atópico) desde el que la mujer debe partir para no ser asimilada por los mecanismos de la igualdad propios del varón: “Efectivamente, en el orden de los hechos, el sexo de quien nace no sólo es un hecho innegable y evidente, sino también es, habitualmente, el primer hecho que se da a conocer a la madre y al mundo: es niño, es niña, dice el primer anuncio”.²⁸ A partir de este dato innegable, el feminismo de la diferencia, según Cavarero, pretende “restituir al mundo el orden bisexuado de su aparecer de hecho, porque precisamente la restitución de este hecho restituye, al mismo tiempo, el lugar negado del sexo femenino”.²⁹ El olvido de este hecho sexual básico es patente en los principios de igualdad y libertad abstracta con que se establece el orden jurídico positivo desde al menos el siglo XX. Es como si pertenecieran, diferencia e igualdad, a dos mundos distintos, por lo que no cabe ninguna política de acercamiento entre los que son de hecho diferentes: “Si lo atópico es la diferencia sexual femenina, lo que está en juego no es poco, porque está en cuestión su ser, un lugar del mundo que pretende significación para sí, o sea, que pretende no un puesto ((empapelador) u homologador) en el orden simbólico patriarcal, sino su puesto en el orden simbólico del mundo”.³⁰

2. *Hombre y mujer son “psicológicamente” diferentes*

El tratamiento de la “psicología femenina” está presente en la polémica entre Kohlberg y Carol Gilligan, sobre la existencia o no de una psicología fe-

²⁶ A. Cavarero pertenece al grupo de mujeres de la Universidad de Verona, “Diotima”. Conjuntamente con el grupo “Sottosopra” (Milán) y las feministas de la diferencia sexual, como M. L. Boccia, que colaboran asiduamente en las páginas de *Democrazia e Diritto*, componen los referentes teóricos de lo que aquí llamamos “feminismo de la diferencia sexual”.

²⁷ Cavarero, A., *Traer al mundo el mundo. Objeto y objetividad de la diferencia sexual*, trad. de María-Milagros Rivera, Barcelona, Icaria, 1996, p. 134.

²⁸ *Ibidem*, p. 126.

²⁹ *Ibidem*, p. 133.

³⁰ *Ibidem*, p. 130.

menina distinta de la masculina. Kohlberg es partidario de la presencia, en el nivel superior de madurez del razonamiento, de principios de justicia universales, tanto para hombres como para mujeres. Carol Gilligan, representante del feminismo de la diferencia, por su parte, considera que tal forma madura de entender es únicamente propia del hombre, ya que la mujer tiene otra forma madura de entender y afrontar los dilemas morales. Pero la diferencia básica es que el hombre generaliza su forma de razonamiento en cuanto forma universal (“el yo generalizado”), mientras que la mujer, más atenta a los problemas concretos del “mundo de la vida”, no se plantea hacer tal generalización (su yo es, “el yo concreto”), lo cual no indicaría falta de madurez en la mujer, sino un criterio de evolución psicológica más atento a lo personal, a lo próximo, a lo cotidiano, distinto al del hombre. Por otro lado, la forma de evolución psicológica de la mujer no pretende elaborarse en fórmulas generales (la atención de la mujer va dirigida a “el otro concreto”), mientras que el hombre establece su forma de evolución psicológica como la fórmula general para todos (“el otro generalizado”). Esta distinta percepción psicológica del mundo y las cosas constituye, a la vez, la base psicológica del poder general y abstracto del varón sobre la mujer en nuestra sociedad.³¹

3. *Hombre y mujer representan dos “concepciones políticas del mundo” diferentes, tanto teórica como práctica*

Para feministas con más experiencia política, como María Luisa Boccia, el criterio de la diferencia sexual no tiene una base natural; esta sería la imagen que ofrece la ideología masculina de la sociedad moderna. Por eso es que Boccia hace especial incidencia en la teoría y la práctica de “autoconsciencia” femenina como núcleo de la diferencia: “Es esta necesidad —escribe Boccia— de liberar la diferencia sexual de la dependencia de un sujeto masculino, que la piensa sólo como determinación «natural», lo que constituye el principio del hacer político y el fundamento de la subjetividad autónoma femenina. Este hacer y esta autonomía parten de un dato: que las mujeres se conozcan diferentes”.³² Es este tercer elemento del feminismo de la diferencia sexual, el representar la mujer una concepción política del mundo distinta, el que introduce el tema de la “autoconsciencia” con

³¹ Las referencias sobre los términos de esta polémica, en Benhabib, Seyla, “El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista”, en Benhabib, S. y Cornell, Drucilla (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica*, Valencia, IVEI Ediciones Alfons el Magnànim, 1990, pp. 19-150.

³² Boccia, M. L., “La ricerca de la differenza”, *Democrazia e Diritto*, 1, 1988, p. 23.

mayor relevancia. Así es. El género (sexo)³³ masculino representa la dominación heterónoma (superioridad) sobre la mujer, que, al no plantearse ya en los términos de dependencia del siglo XIX, lo hace hoy día en términos de igualdad, asimilando a la mujer al papel de varón. La igualdad hace que la mujer reproduzca la relación de dominación contra la propia mujer. Ésta es la crítica más dura que el feminismo de la diferencia hace a la igualdad jurídico-política: consiste en un principio de ocultación de la dominación de género a través de la incorporación de la mujer al mundo político del varón. Si la mujer acepta la igualdad, acepta libremente la dominación en la que, en cuanto género, continúa de hecho viviendo.

Las mujeres que aceptan la igualdad, tanto el “feminismo liberal” como el “feminismo de la igualdad real”, pueden creer que la admiten para conseguir con su labor política mayores cuotas de igualdad real, pero el proyecto del “feminismo de la diferencia” exige de la mujer una toma de conciencia mucho más fuerte sobre el tema de la igualdad, tanto formal como sustantiva.³⁴ En efecto, para el feminismo de la diferencia, el principio de igualdad es el espejismo que pretende ocultar una diferencia básica. Esta diferencia básica consiste en la existencia de un “proyecto autónomo” de la mujer no igual al del varón, cuyo proyecto ha sido siempre el de la sumisión heterónoma de la mujer; es decir, un proyecto negador del propio proyecto autónomo de la mujer. Este proyecto de la mujer, para ser emancipador, debe ser el de la convivencia en plena autonomía de los géneros, sin ninguna relación de dependencia jurídica, política o fáctica. Tal proyecto también encuentra sus estímulos intelectuales y políticos en la historia vista en términos antropológicos. Por ejemplo, el matriarcado primitivo (Bachofen) puede ser un referente perdido debido a la posterior historia de dominación de la mujer por el varón (el “*continuum* materno” que vuelve secundario al sexo masculino). Pero las razones histórico-antropológicas, en todo caso, juegan la función de producir en la mujer la toma de conciencia de mantenerse en la diferencia como proyecto político de autonomía para la mujer. Y este proyecto político-práctico es lo más importante.

³³ Sobre la pertinencia o no de distinguir entre “sexo/sexual” y “género”, en el feminismo de la diferencia sexual, es un tema que aquí no podemos contemplar. Por lo general, el término “género” es rechazado por aludir, de pasada, a las ideas, genérico y general. Por lo que se prefiere el término “sexual”. Sobre el vocabulario del feminismo, véase Amorós, Celia (dir.), *Diez palabras clave sobre la mujer*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 1995.

³⁴ Un análisis pertinente sobre la relación “diferencia/igualdad”, tanto en el feminismo de la diferencia angloamericano como en el italiano, véase Gianformaggio, Letizia, “Correggere la disegualianza, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell’eguaglianza?”, *Democrazia e Diritto*, 1, 1996, pp. 53-71.

Por último, la vocación de este proyecto político es acabar con la heteronomía (dependencia) como forma de relación social; es decir, ya en el siglo XXI, acabar con la utilización del espejismo de la igualdad formal. Pues, en el espacio ideológico en el que se sitúa el feminismo de la diferencia, una vez que el hombre y la mujer vivan la sociedad desde “la autonomía”, el principio de la igualdad pasa a ser una mediación innecesaria tal y como hoy lo concebimos. De subsistir la igualdad, ello indicaría que todavía no se habría conseguido la autonomía plena para, al menos, uno de los “sujetos-género” que siempre han estructurado las relaciones sociales. En todo caso, la igualdad en cualquiera de sus formas actuales, la igualdad formal conseguida o la igualdad real por conseguir, queda supeditada a la idea básica de autonomía de la mujer, y, por eso, es un principio que adquiriría nueva luz únicamente cuando se establezca dicha autonomía. Este elemento utópico, que estaba también presente en el feminismo (complejo) de la igualdad real, supondría la superación del efecto de dominación masculino, núcleo del “contrato sexual”, que, como consideró Carole Pateman, se estableció solamente entre y para los hermanos varones:

Los varones tienen un interés oculto en mantener el silencio sobre la ley del derecho sexual masculino, pero existe la oportunidad de que los argumentos políticos y la acción superen las dicotomías de la sociedad civil patriarcal, y se dé lugar a la creación de relaciones libres en las que la masculinidad se refleje en la feminidad autónoma.³⁵

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los tres modelos que hemos expuesto (igualdad, complejidad y diferencia) no cabe duda que merecen una reflexión más profunda en cuanto formas arraigadas de la vida en común en el seno de nuestras sociedades democráticas. Así, la igualdad no se nos aparece como una idea simple, ni en Habermas ni en Rawls, sino como una metáfora en que la descripción de la sociedad compleja de Luhmann, así como las objeciones de la diferencia sexual, han de contribuir, es nuestra conclusión, a enriquecerla y a hacer de la igualdad un complejo de ideas jurídicas, sociales y de género, en vistas a mejorar la teoría y la práctica que denominamos “profundización de la democracia”.

³⁵ Pateman, C., *El contrato sexual*, trad. de María Luisa Femenías y María-Xosé Agra. Barcelona, Anthropos, 1995, p. 318.

Por eso, tal vez la diferencia entre política y democracia, a la que se refiere Cornelio Castoriadis, pueda servirnos de guía para comprender la necesidad de la convivencia de varios modelos de vida en común en el seno de nuestras democracias avanzadas:

Podemos definir la política como una actividad explícita y lúcida que atañe a la instauración de las instituciones que se desean y, la democracia, como el régimen de auto-institución explícito y lúcido —tanto como sea posible—, de las instituciones sociales que dependen de una actividad colectiva explícita.³⁶

³⁶ Castoriadis, C., “La democracia como procedimiento y como régimen”, *Leviatán*, 62, 1995, p. 69.

LOS DESAFÍOS DEL DERECHO A LA SALUD: JUSTICIA Y CONDICIONES SOCIALES DE LA SALUD*

Carlos LEMA AÑÓN**

SUMARIO: I. *La positividad del derecho a la salud... y sus implicaciones.* II. *Salud y derechos humanos.* III. *Salud y desigualdad social.* IV. *Los condicionantes sociales de la salud.* V. *Diferencias en salud y desigualdades injustas.*

I. LA POSITIVIDAD DEL DERECHO A LA SALUD... Y SUS IMPLICACIONES

Desde un punto de vista histórico, la afirmación de un derecho a la protección de la salud en las Constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos se produce en fechas relativamente tardías. En el clásico Estado liberal decimonónico, el Estado se desentendía de la protección de la salud de los individuos y únicamente se ocupaba globalmente de la salud pública (saneamiento, epidemias, etcétera). Las personas accedían a las atenciones médicas según su capacidad para pagarlas, lo que suponía la virtual exclusión de la mayoría de la población de los cuidados médicos o de una atención mínima. Las únicas medidas de protección general pasaban por medidas de “beneficencia”, bien por parte del Estado o bien privadas.

Por contraste, uno de los aspectos destacados de las políticas del “Estado social” ha sido la participación del Estado en la promoción y protección de la salud de la población, mediante la extensión de sistemas públicos de salud y mediante el progresivo reconocimiento y positivación de un derecho a la protección de la salud. El derecho a la protección de la salud —así como otra serie de derechos conexos— será recogido tanto en las Constituciones

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, “El tiempo de los derechos”, CSD2008-00007, carlos.lemma@uc3m.es.

** Profesor titular de filosofía del derecho, Universidad de Carlos III de Madrid, España.

como en distintas declaraciones de derechos. Su vinculación histórica como derecho social, y además muy conectado con la llamada “cuestión social”, se pone de manifiesto en los primeros textos constitucionales que lo recogen, que son los de México (1917), la Constitución alemana de Weimar (1919) y la Constitución republicana española (1931).³ A nivel internacional, su reconocimiento se produce a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, en las distintas declaraciones promovidas sobre todo en el marco de la ONU, especialmente en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴ También hay que destacar el hito de la creación en 1946 de la Organización Mundial de la Salud. En la actualidad, 103 Estados incluyen en sus Constituciones el reconocimiento del derecho a la salud, 83 han ratificado tratados de carácter regional que incluyen este derecho y 142 han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵

Aunque el contenido, el alcance y la propia justificación del derecho a la salud son asuntos controvertidos, y los sistemas institucionales y la implicación de los poderes públicos en su protección son variadas, en cambio, ya no se puede negar —de acuerdo con estos estándares internacionales— que los Estados tienen deberes concretos en relación con este derecho, y que no pueden simplemente desentenderse de la cuestión de la salud de las poblaciones.⁶

Ahora bien, la historia y el contenido del derecho a la salud no se pueden reconstruir adecuadamente si ponemos nuestra mirada únicamente en los aspectos jurídicos, políticos o institucionales. Es necesario hacer al menos alguna referencia a lo que podríamos llamar la historia de la salud y la enfermedad, que no es lo mismo, aunque se halla evidentemente rela-

³ Así, el artículo 4o. de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917) establece, entre otros aspectos, que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

⁴ La primera referencia a nivel internacional aparece en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁵ World Health Organization, *25 Questions and Answers on Health and human Rights*, Ginebra, Health and Human Rights Publication Series Issue núm. 1, 2002, p. 12.

⁶ Véase en este sentido, ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4, Observación general núm. 14, 2000. (Es también relevante la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/28 sobre “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud posible”).

cionada con la historia de la medicina,⁷ y en particular a cómo ésta se desarrolla desde el siglo XX. Históricamente, el desarrollo de las relaciones entre salud y enfermedad tiene fuertemente cultural (o político-cultural); es decir, aquella que se ocuparía de la historia de la construcción social de la salud y de la enfermedad, y de cómo estas construcciones sociales operan activamente.⁸ Pero además de esta vertiente, hay otro enfoque de carácter más material que relaciona la salud y la enfermedad en función de cómo los seres humanos organizan su existencia y sus relaciones con la naturaleza. Dentro de este orden de consideraciones, G. Berlinguer propuso el concepto de “salud global” para caracterizar un momento en el que la salud, que ciertamente tiene una dimensión individual, alcanza unas dimensiones y problemas que abarcan a toda la humanidad. También en cuestiones de salud y enfermedad la humanidad está fuertemente vinculada desde un punto de vista material.⁹ Paradójicamente, en un momento en el que se enfatiza la globalización de muchos aspectos de la vida y las sociedades, y que existe una amplia bibliografía sobre este tópico, se ha prestado relativamente poca atención a la globalización de la salud, y más al deterioro que la globalización neoliberal supone para la salud global.¹⁰ La globalización de la salud y de la enfermedad es también la “globalización de los riesgos” de salud, de nuevo con la terminología de Berlinguer, que se agrupan en cuatro campos: el recrudecimiento de viejas infecciones y la aparición de nuevas, las implicaciones para la salud de la degradación ambiental, la mundialización de las drogas y, finalmente, la violencia.¹¹

Si la globalización de las enfermedades, es decir, la difusión de los mismos cuadros patológicos en diferentes lugares del mundo, tuvo lugar a comienzos de la edad moderna, no fue hasta el siglo XIX cuando se dieron pasos significativos en la medicina científica, tanto en la identificación de las causa de las enfermedades como en la de sus remedios preventivos y

⁷ La historia de la medicina es una disciplina académica completa, pero puede verse en general Bynum, W. F. y Porter, R. (eds.), *Companion Encyclopedia of the History of Medicine*, Londres-Nueva York, Routledge, 1993.

⁸ Caplan, A. L. et al. (eds.), *Health, Disease, Illness, Concepts in Medicine*, Washington, Georgetown University Press, 2004. En este volumen se pueden encontrar ejemplos de medicalización de comportamientos desviados como forma de control social, o de cómo —al contrario— la construcción médica y social de la enfermedad lleva a negar en algunos casos como no existente o como psicósomática la experiencia de los propios enfermos.

⁹ Berlinguer, G., “La salud global”, *Bioética cotidiana*, México, Siglo XXI, 2002, pp. 175-229.

¹⁰ Farmer, P., *Pathologies of Power. Health, Human Rights and the New War on the Poor*, Berkeley, University of California Press, 2003.

¹¹ Berlinguer, G., *Bioética cotidiana*, cit., p. 191.

terapéuticos. Pero una de las lecciones fundamentales que nos deja este proceso histórico es que al lado de estos conocimientos y de la introducción de sueros y vacunas, fueron sin duda las mejoras en el saneamiento urbano, la limitación de la jornada laboral o al trabajo infantil las que produjeron los resultados más importantes en la lucha contra la enfermedad.

A la inversa, se puede constatar que las mayores fuentes de vulneración del derecho a la salud están fuertemente relacionadas con la vulneración de otros derechos conectados con la salud. En realidad, se podría constatar que en el caso del derecho a la salud el abismo entre el derecho proclamado y los hechos es seguramente uno de los más amplios que podemos encontrar en el catálogo de derechos humanos, a pesar de que nunca como hoy se contó con tanto conocimiento, con tantos medios y con tanta posibilidad de prevenir y curar enfermedades. Aunque el problema es conocido, no es inoportuno recordar algunas cifras. Alrededor de dieciocho millones de personas mueren anualmente por enfermedades curables y un tercio de la humanidad muere prematuramente por causas relacionadas con la pobreza. Si atendemos a un indicador como es la esperanza de vida al nacer, ésta es superior a los ochenta años en países como Australia, Japón, Suecia o Suiza, pero es de menos de cuarenta años en países como Malawi, Sierra Leona o Zimbawe, al tiempo que suman veintiocho los países en los que la esperanza de vida es menor de cincuenta años.¹²

Sin duda la causa más importante de estas muertes es la pobreza, pues la práctica totalidad de la mortalidad y la morbilidad evitable se producen en países pobres y entre sus habitantes más pobres. En esta medida, la lucha por el respeto al derecho a la salud está ampliamente vinculada con la lucha contra la pobreza y la desigualdad. Por eso hay dos estrategias distintas para atacar este problema: o bien las enfocadas hacia la erradicación de la pobreza extrema, o bien las orientadas a asegurar el acceso universal a tratamientos médicos, tanto preventivos como curativos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que estas estrategias pueden ser complementarias, puesto que la erradicación de la pobreza extrema reduciría enormemente la incidencia global de muchas enfermedades, al tiempo que un mejor acceso a las medicinas esenciales reduciría la pobreza extrema permitiendo a los pobres trabajar y organizarse para su avance económico.¹³

¹² PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2005*, Barcelona, Mundiprensa, 2005, disponible en <http://hdr.undp.org/reports/global/2005/espanol/>.

¹³ Pogge, Th., "Human Rights and Global Health: A Research Programme", *Metaphilosophy*, vol. 36, núms. 1 y 2, 2005, pp. 183 y 184. Sobre esta cuestión véase también, Daniels, N., Kennedy, B. y Kawachi, I., "Justice is Good for Our Health", *Boston Review*, vol. 25, núm. 1, 2000, y especialmente Wilkinson, R. G., *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*, Londres,

II. SALUD Y DERECHOS HUMANOS

Ocurre con el derecho a la salud, como por otra parte con otros derechos sociales, que su contenido está más o menos claro según la perspectiva que se adopte. Así, es diferente si lo examinamos desde la perspectiva de los textos y documentos emanados de los organismos internacionales, que si lo examinamos desde la perspectiva teórica de los juristas y de los filósofos políticos. Aunque pudiera parecer lo contrario, en la primera de las perspectivas aparece todo más claro y menos discutido (cuestión diferente es si descendemos al derecho realmente aplicado en los diferentes países o a las decisiones de los tribunales), mientras que para juristas y filósofos pareciera que nos adentrásemos en terrenos especialmente pantanosos y difusos. Efectivamente, la discusión filosófica de fundamentación del derecho a la salud y las relaciones entre salud y justicia social se deslizan hacia complejas discusiones en torno a la influencia de los estilos de vida y la responsabilidad individual sobre el estado de salud, así como sobre la influencia y relevancia de la suerte genética en la condición de salud de las personas. Aunque algunas de estas discusiones puedan ser pertinentes, el énfasis exclusivo en la responsabilidad individual y en la suerte genética aparece como una aproximación muy parcial, y que contribuye a enmascarar las injusticias en la distribución social de la salud y de la enfermedad, que debería ser el punto de partida de la discusión filosófica.¹⁴

Routledge, 1996. Las dificultades para el acceso a las medicinas y tratamientos médicos esenciales es una realidad que se puede constatar a nivel mundial, pues un tercio de la población mundial no tiene en absoluto acceso a medicinas esenciales. Esto se hace patente ya desde el diseño de las prioridades de la investigación biomédicas. El hecho de que estas prioridades vengan definidas por lógicas de mercado antes que por criterios de justicia o de necesidades de políticas de salud tienen como resultado que el 95% del dinero gastado en investigación biomédica en el mundo se destine a enfermedades que se dan casi exclusivamente en países desarrollados y que sólo representan el 7% de la carga total de morbilidad y muerte. Incluso cuando los medicamentos que curan las enfermedades más prevalentes han sido desarrollados, no están disponibles para quienes los necesitan. El sistema actual de patentes (TRIP), basado en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio de 1994, ha establecido una protección muy alta de los derechos de propiedad sobre los desarrollos farmacéuticos y el saber médico, hasta generarse un régimen de práctico monopolio, que dificulta el acceso incluso a los medicamentos esenciales, lo que genera un sistema extremadamente injusto.

¹⁴ Brian Barry supone una destacada excepción sobre cómo desde la filosofía política las consideraciones empíricas son absolutamente relevantes para enfocar correctamente las cuestiones de justicia social: “Las apelaciones a la «responsabilidad personal» son el último grito entre los líderes políticos, y las desigualdades se atribuyen a las diferentes elecciones que hacen las distintas personas: los que tienen éxito es porque han realizado las elecciones que reflejan sus méritos personales, mientras que a los que le va mal es porque han realizado elecciones que reflejan sus defectos personales. Mostraré que sólo una pequeñísima parte de las desigualdades que existen actualmente pueden explicarse de esta forma, y que las elecciones son socialmente

Y es que si nos desplazamos fuera de determinados discursos académicos, no tendría que ser muy difícil ver las intensas relaciones que existen entre la salud de las personas, la justicia social y los derechos humanos. Como tampoco tendría que serlo el comprobar las también intensas aunque intrincadas relaciones entre la salud y los derechos humanos: con la mayoría de los derechos humanos y no sólo con el derecho a la protección de la salud, entendido como derecho a la asistencia sanitaria. Algunas de estas relaciones son tan obvias que no parecería necesario detenerse demasiado en ellas, como es la relación entre la salud y la pobreza, a la que ya hemos hecho referencia.

Sin embargo, la conexión entre la pobreza extrema y la mortalidad y la morbilidad no es el único ejemplo meridiano y bien conocido de las relaciones entre salud, justicia social y derechos humanos. Los propios resultados de la expansión de los sistemas públicos de salud mediante el progresivo reconocimiento y positivación del derecho a la protección de la salud resultan a su vez ejemplos claros. Si bien es discutible el peso relativo que la extensión universal de la atención médica tiene en la mejora de la salud de las poblaciones, hay que destacar otro papel que cumple esta expansión, como es su carácter redistributivo. Entiéndase bien que no se trata de oponer, más bien al contrario, una cosa a la otra y que reconocer —con los datos de que disponemos— que la extensión de la atención médica no sea la responsable principal de las reducciones históricas de la mortalidad y la morbilidad, no significa negar su contribución a ello ni la pertinencia de estas políticas en términos de mejora de la salud. De lo que se trata aquí es de destacar un aspecto menos conocido y menos inmediato al sentido común, como es la relación entre la expansión de los beneficiados por los sistemas públicos sanitarios y de las prestaciones de los mismos con la redistribución de la riqueza y el poder social. Como ha destacado V. Navarro, la atención sanitaria tiene un efecto redistribuidor y equilibrador más fuerte que las transferencias sociales y la educación, que tradicionalmente se supone que son las políticas públicas más redistributivas.¹⁵

Por último, las relaciones entre salud y derechos humanos se vinculan con la idea no sólo de que el derecho a la protección de la salud no se ha de

obligados de una forma que es simplemente pasada por alto por aquellos que siempre están dando la lata con lo de las responsabilidades personales” (Barry, B., *Why Social Justice Matters*, Cambridge, Polity Press, 2005, preface, pp. VII y VIII). Y así lo hace en el capítulo que dedica a la salud, centrado en una consideración de las implicaciones de tales condicionantes sociales de la salud.

¹⁵ Navarro, V., “El derecho a la protección de la salud”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, 1998, p. 139.

reducir a un derecho a la asistencia sanitaria, sino de que existe una relación entre la propia efectividad del derecho a la protección de la salud con otros derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha incidido en la relación entre salud y derechos humanos afirmando que el derecho a la salud

...está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Estos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.¹⁶

Sin embargo, las conexiones empíricas entre justicia social y salud aun son más complejas que las obvias que hemos señalado. Fundamentalmente, existe un vínculo entre desigualdad social y diferencias de salud que va más allá de la relación entre pobreza y carencias de salud. Por eso, se puede decir sin exageración que la desigualdad es el principal problema de salud pública¹⁷ y que la injusticia social es mala para la salud.¹⁸

III. SALUD Y DESIGUALDAD SOCIAL

No puede sorprender a nadie que existe una vinculación entre la pobreza y la salud, en el sentido de que la pobreza extrema supone una disminución radical de la esperanza de vida y genera una enorme mortalidad y morbilidad. Pero si esto es conocido, resulta más sorprendente en cambio la conexión que se da entre carencias de salud y desigualdad social, no necesariamente vinculada a la pobreza extrema. En efecto, existe un importante vínculo entre desigualdad social y diferencias de salud, que es independiente de la pobreza. Es cierto que las diferencias de salud entre países ricos y pobres pueden ser explicadas en términos de factores materiales directamente relacionados con la carencia de recursos. No obstante, las importantes diferencias de salud al

¹⁶ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4, Observación general núm. 14, 2000.

¹⁷ Cohen, J. y Rogers, J., "Editor's Preface", en Cohen, J. y Rogers, J. (eds.), *Is Inequality bad for our health?*, Boston, Beacon Press, 2000, p. XIX.

¹⁸ Daniels, N. et al., "Justice is Good for our Health", en Cohen, J. y Rogers, J. (eds.), *Is Inequality bad for our health?*, Boston, Beacon Press, 2000.

interior de cada uno de los países, incluso al interior de países desarrollados, no pueden ser explicadas por factores debidos directamente a carencias materiales. La prueba de ello es que la diferencia de recursos entre países ricos y pobres es tan grande que incluso las personas que están en la peor situación social en los países desarrollados pueden ser más ricas en términos absolutos que grandes mayorías en los países pobres, y sin embargo tener peores resultados de salud. Esto significa que son factores sociales no vinculados directamente con los recursos de que se disponen en términos absolutos los que marcan una correlación entre la salud y la posición social, de forma que son las desigualdades intrasociales los factores más relevantes, por encima incluso de las carencias materiales. Así, los estudios que se han hecho muestran que, en igualdad de condiciones, los países con mayores grados de desigualdad económica tienen mayores desigualdades en los resultados de salud, así como que los sectores con ingresos medios en sociedades relativamente desiguales tienen peor situación de salud que grupos incluso más pobres, pero que viven en sociedades menos desiguales.¹⁹ Resumidamente: en el mundo desarrollado, no son los países más ricos los que tienen mejor salud, sino los más igualitarios,²⁰ por lo que parece que la desigualdad es mala para la salud. Por mencionar un dato significativo, entre los norteamericanos la esperanza de vida de las personas que están entre el 5% más rico, es de nada menos que nueve años superior respecto a los que están entre el 10% de ingresos más bajos. La distribución intrasocial de la salud y la enfermedad y la longevidad dependen de factores como los ingresos relativos, la estigmatización racial y étnica, autonomía o poder y de otros aspectos de la estructura básica de la sociedad;²¹ en definitiva, tienen que ver con la igualdad y la desigualdad.

Resulta incluso más sorprendente el hecho de que el acceso universal a la protección de la salud, allí donde se ha establecido, no necesariamente ha logrado romper el vínculo entre la posición social y la salud.²² Estos hechos, tanto la vinculación entre el estado de salud y la posición social, como el hecho de que un sistema de salud universal no lograra revertir esa situación, fueron puestos de manifiesto por primera vez con la publicación del llamado *Black Report*.²³ Este informe oficial fue publicado en Gran Bretaña en 1980 (con datos para Inglaterra y Gales entre los años cincuenta y setenta), y en él se mostraba que la esperanza de vida estaba fuertemente vinculada con la

¹⁹ *Ibidem*, p. 3.

²⁰ Wilkinson, G., *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*, *cit.*, p. 3.

²¹ Barry, B., *Why social justice matters*, *cit.*, p. 70.

²² Daniels, N. *et al.*, "Justice is Good for our Health", *cit.*, p. 3.

²³ Bartley, M., *Health inequality. An Introduction to Theories, Concepts and Methods*, Cambridge, Polity Press, 2004, p. 8.

posición económica y social; esto es, con la diferencia de clases sociales y la pertenencia a las mismas. En el momento de su publicación este informe fue sorprendente, ya que se consideraba que a finales del siglo XX lo relevante en una sociedad como la británica eran las enfermedades de la abundancia; por ejemplo, las enfermedades coronarias vinculadas a una dieta rica y a un estilo de vida sedentario. Pero además era sorprendente porque cuando se publicó el Black Report los británicos habían tenido durante más de treinta años un servicio nacional de salud que daba un acceso universal financiado con impuestos. Estaba entonces en juego la propia efectividad del sistema. Y además era llamativo no sólo que existieran desigualdades, sino que parecían haberse incrementado incluso en esos años en los que se contaba con este servicio. Como quiera que sea, parece que la salud de las personas no se ve afectada sólo por la facilidad de acceso a la atención sanitaria, sino también por su posición social y por el grado de desigualdad social que existe.

El reconocimiento de la existencia de determinantes sociales de la salud tiene consecuencias tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico. A efectos de la consideración del derecho a la salud, parece claro que avala la postura que ya hemos mencionado de que este derecho no puede ser identificado meramente como un derecho a la asistencia sanitaria. Desde el punto de vista práctico también tiene sus consecuencias: el interés en reducir las desigualdades socioeconómicas, además de ser bueno desde un punto de vista igualitario, también es bueno desde el punto de vista de la salud, así como desde la igualdad en salud. En términos prácticos, por ejemplo, Daniels, Kennedy y Kawachi han concluido que los esfuerzos por mejorar la salud no deben centrarse simplemente en el sector sanitario.²⁴ Pero este es un asunto controvertido, ya que se ha objetado que incluso si estos autores tienen razón, parece más fácil mejorar el acceso a la protección de la salud que mejorar la igualdad (por lo que en un planteamiento como éste lo mejor sería enemigo de lo bueno).²⁵ Esto es ya una cuestión

²⁴ Daniels, N. *et al.*, “Justice is Good for our Health”, *cit.*, p. 3.

²⁵ Cohen, J. y Rogers, J. “Editor’s Preface”, *cit.*, p. XX, y en el mismo volumen, Marmot, T., “Policy Options”, p. 58. En realidad, estos autores lo que proponen no es “ignorar las reformas en los servicios médicos y el sector sanitario porque otras medidas darían mejores resultados a largo plazo. Incluso si existiera una distribución sumamente justa de los determinantes sociales de la salud y de las medidas de salud pública, la gente seguiría enfermando y necesitando servicios médicos... No estamos proponiendo, entonces, que nuestra sociedad debería inmediatamente redistribuir los recursos destinados a la salud y dedicarlos a la educación, por ejemplo, con la esperanza y la perspectiva de que una población mejor educada también fuera más sana. Pero estos argumentos sugieren que sí está justificado realizar ciertas redistribuciones de los recursos para mejorar los determinantes sociales de la salud” (Daniels, N. *et al.*, “Justice is Good for our Health”, *cit.*, pp. 24 y 25).

práctica, pero se resuelva del modo que sea, e incluso si en términos puramente prácticos se concluye que centrarse en la atención sanitaria es una opción más realista en el corto plazo, tal estrategia habrá que argumentarla desde un conocimiento de sus limitaciones; es decir, desde el reconocimiento de que se está funcionando desde un punto de vista reduccionista cuya justificación puede ser únicamente práctica, pero no de principio.

IV. LOS CONDICIONANTES SOCIALES DE LA SALUD

Existen una enorme cantidad de evidencias empíricas que muestran que la pobreza, la pobre calidad de vida y las desigualdades de riqueza son las principales causas de mortalidad y morbilidad.²⁶ En realidad, los fundamentos de la salud incluyen cosas como la comida adecuada, el agua potable, el abrigo, la seguridad, etcétera. Estos fundamentos tienen un efecto a largo plazo sobre la salud (mucho más importante, por consiguiente, que las actividades del sistema sanitario). Estos condicionantes sociales están conectados con los fundamentos de la existencia, como la calidad y el acceso a la vivienda, el nivel de empleo y seguridad en el trabajo, el nivel de ingresos, la calidad y seguridad del transporte, la educación, los servicios sociales, las tasas de delincuencia, la calidad del aire y agua, las formas de desarrollo económico, el racismo, la igualdad política, etcétera. A pesar de todo ello, los debates públicos y los medios de comunicación parecen centrarse en la salud del individuo, en la asistencia sanitaria, en los comportamientos y estilos de vida en los desarrollos en la investigación médica de vanguardia, como si éstos fueran los factores más relevantes.

Pero ¿qué podemos decir sobre la forma en que operan los condicionantes sociales de la salud? Examinemos sumariamente algunas evidencias.

Las diferencias de salud entre distintas poblaciones son enormes. Ya hemos mencionado que la esperanza de vida al nacer en algunos países como Japón o Suecia es bastante superior a los ochenta años, mientras que en países como Malawi o Sierra Leona es inferior a cuarenta años. Sin embargo, incluso en el interior de una misma sociedad puede ser también muy grande: en Gran Bretaña, por ejemplo, los profesionales y directivos tienen casi diez años más de esperanza de vida que los trabajadores manuales.²⁷

²⁶ Hofrichter, R., “The Politics of Health Inequities. Contested Terrain”, en Hofrichter, R. (ed.), *Health and Social Justice. Politics, Ideology, an Inequity in the Distribution of Disease*, San Francisco, Jossey-Bass, 2000, p. 4.

²⁷ Benach, J. y Muntaner, C., *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, Barcelona, El Viejo Topo, 2005, p. 52.

La riqueza y la pobreza de los países es importante, pero sólo hasta un umbral. Efectivamente, si atendemos a indicadores de salud, como la esperanza de vida, hay una relación entre la riqueza de un país y la esperanza de vida, de forma que si un país o una región se desarrolla económicamente, aumenta la esperanza de vida (y viceversa). Pero la correlación entre riqueza medida según el PIB per cápita y esperanza de vida se mantiene sólo hasta un umbral (en torno a los 8,000-10,000 dólares), aunque más allá de este umbral el aumento de riqueza no se traduce en un aumento de esperanza de vida (figura 1).²⁸ Más allá de este umbral, otros factores diferentes de la riqueza son los que determinan las diferencias en la esperanza de vida.²⁹

Una vez superado ese umbral, la existencia de desigualdades intrasociales parece ser significativo para las diferencias de salud entre países. Si las diferencias de salud entre países ricos y pobres podrían venir explicadas por factores materiales relativos a la ausencia de recursos, una vez superado un cierto umbral —y claramente entre los países desarrollados, pero esto también es cierto para los países semiperiféricos— no son los países más ricos sino los más igualitarios los que tienen mejor salud.³⁰

Por encima de ese umbral, la existencia de desigualdades intrasociales también se relaciona con la diferencia de salud en el interior de esa sociedad. Efectivamente, las personas pobres de los países ricos tienen unas tasas de mortalidad y una esperanza de vida muy inferiores a las personas ricas. Sin embargo, la existencia de importantes diferencias de salud dentro de los países, incluso en los desarrollados, no podría explicarse por factores directamente materiales, en la medida en que la diferencia de recursos con los países pobres sigue siendo enorme, incluso para las personas peor situadas de los países ricos. Por el contrario, obedece a factores sociales que trazan una correlación entre la salud y la posición social, de forma que serían las desigualdades intrasociales los factores más relevantes.³¹

²⁸ G. Wilkinson identifica este umbral con la posibilidad de unos mínimos estándares de vida generalizados y con la llamada “transición epidemiológica”, que supone que las principales causas de muerte pasan de ser las enfermedades infecciosas para ser el cáncer y las enfermedades degenerativas (Wilkinson, G., *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*, cit., pp. 29-49).

²⁹ Daniels, N. et al., “Justice is Good for our Health”, cit., p. 8.

³⁰ Wilkinson, G., *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*, cit., p. 3; Daniels, N. et al., “Justice is Good for our Health”, cit., p. 10.

³¹ Wilkinson, G., *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*, cit., p. 3. Aunque como veremos trata de un asunto controvertido, Wilkinson afirma que las razones tienen que ver con que las sociedades más igualitarias tienen una mayor cohesión social: tienen una vida comunitaria más intensa, el espacio público es social, el individualismo y los valores de mercado están limitados por la moral social, las personas se suelen integrar en actividades sociales y voluntarias, etcétera (p. 4).

Las diferencias de salud no sólo se producen en los extremos, sino que se produce a lo largo de toda la escala social. Es lo que se ha denominado la *gradiente socioeconómica*: en cada nivel social los resultados en términos de salud son mejores que en el nivel inferior, por lo que las diferencias de salud no es una cuestión de ricos y pobres, sino que se reproduce a lo largo de toda la escala socioeconómica.³² La intensidad de esa escala parece depender también del nivel de desigualdades económicas de la sociedad de que se trate.

La ciencia médica es responsable de sólo una pequeña parte del aumento de la esperanza de vida que se ha producido en las últimas décadas. Durante el último siglo, la disminución en las tasas de mortalidad y el aumento de la esperanza de vida en los países desarrollados se ha debido sobre todo a un descenso de las muertes por enfermedades infecciosas, pero lo más significativo de este descenso se ha producido aun antes de que la medicina contara con formas efectivas de tratamiento e inmunización.³³ Ello no significa que la medicina no sea efectiva: en este punto sólo significa que su eficacia llegó tarde como para hacer algo más que confirmar la tendencia.³⁴ Incluso en la actualidad, las estimaciones más generosas que se han realizado indican que el moderno esfuerzo médico terapéutico y preventivo habría añadido más bien poco: en los Estados Unidos apenas sería responsable de cinco años de los treinta años de aumento de esperanza de vida durante el siglo XX.³⁵ Como ya hemos mencionado, históricamente, los mayores avances en la salud se han debido a reformas sociales tales como la abolición del trabajo infantil, la reducción de la jornada laboral, la introducción de la seguridad social, la reducción de la pobreza, las mejoras en los estándares de vida, la seguridad alimentaria, etcétera.³⁶ Paralelamente, y en parte por esta razón, no hay una correlación entre la proporción del PIB destinado a sanidad y la esperanza de vida: entre los países de la OCDE, Japón es el que tiene una mayor esperanza de vida, y sin embargo la proporción de gasto en sanidad es más bien baja, mientras que Estados Unidos, que es de largo el país que gasta más, tiene unos resultados bastante mediocres en cuanto a esperanza de vida.³⁷

³² Daniels, N. *et al.*, “Justice is Good for our Health”, *cit.*, p. 11.

³³ Wilkinson, G., *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*, *cit.*, p. 30.

³⁴ *Ibidem*, p. 31.

³⁵ House, J. S. y Williams, D., “Understanding and Reducing Socioeconomic and Racial/Ethnic Disparities in Health”, en Hofrichter, R. (ed.), *Health and Social Justice. Politics, Ideology, an Inequity in the Distribution of Disease*, San Francisco, Jossey-Bass, 2000, p. 97.

³⁶ Hofrichter, R., “The Politics of Health Inequities. Contested terrain”, *cit.*, p. 2.

³⁷ Barry, B., *Why Social Justice Matters*, *cit.*, p. 72. Estos resultados no sólo sugieren la limitada importancia que tiene la asistencia sanitaria en los resultados de salud de un país, puesto que la falta de correlación también se podría explicar en parte por la ineficiencia relativa de un determinado modelo de organización de la asistencia sanitaria en términos de

El hecho de que la investigación científica no haya aclarado en detalle las causas de las diferencias sociales en salud no significa que a nuestros efectos no sepamos lo más relevante. El hecho de que personas sin grandes necesidades materiales y sin especiales riesgos para la salud mueran antes y enfermen más que las que están inmediatamente por encima en la escala social indica que “hay algo intrínseco en la jerarquía y en la desigualdad social que daña la salud”.³⁸

V. DIFERENCIAS EN SALUD Y DESIGUALDADES INJUSTAS

Aunque hemos acumulado datos suficientes para sugerir que muchas de las diferencias entre salud y enfermedad son debidas a condicionantes sociales, y que muchos de estos condicionantes sociales, al estar injustamente distribuidos, inciden en una distribución no sólo desigual, sino también injusta de la salud y la enfermedad, no podemos suponer que cualquier diferencia en salud sea una diferencia injusta. ¿Cuándo entonces una diferencia de salud entre dos grupos es una inequidad y no meramente una variación que no tiene esa trascendencia?

La definición más conocida de las inequidades en salud es la que han desarrollado Margaret Whitehead y Goran Dahlgreen, y que ya ha sido citada: las desigualdades en salud son inequitativas cuando son evitables, innecesarias e injustas.³⁹ Desde este punto de vista, la determinación de qué es una inequidad en salud tiene una dimensión ética ineliminable. Esto es claro en el rasgo de la injusticia, que remite directamente a un juicio moral o político-moral, pero también las características de evitabilidad e innecesariedad tienen esta dimensión moral.

Además, las características de evitabilidad e innecesariedad pueden variar histórica y contextualmente, pues lo que en un contexto puede ser evitable, quizá no lo sea en otro. Por ello, es necesario tener en cuenta que las desigualdades e inequidades de salud son históricas y sólo pueden com-

coste-beneficio. Con todo, es coherente con la idea de que los resultados de salud obtenidos tienen mucho que ver con la estructura de las instituciones sociales en general, antes que con la eficiencia de los sistemas sanitarios.

³⁸ Benach, J. y Muntaner, C., *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, cit., p. 55.

³⁹ Dahlgreen, G. y Whitehead, M., *Policies and Strategies to Promote Social Equality in Health*, Stockholm, Institute for Future Studies, 1991; Whitehead, M., “The Concepts and Principles of Equity and Health”, *Health Promotion International*, vol. 6, núm. 3, 1991, pp. 217 y 218, también disponible como documento de discusión de la Oficina Regional Europea de la OMS, por donde se cita.

prenderse cuando se estudia su evolución históricamente.⁴⁰ Resulta claro que no todas las diferencias en salud, incluso las que se producen ya no entre personas individuales, sino entre grupos, son injustas ni inevitables. Las diferencias en la salud, como en cualquier otra característica física o psíquica, varían entre las personas. Una estricta igualdad en los niveles de salud o en la esperanza de vida para todas las personas es un objetivo irrealizable (y seguramente tampoco deseable). Incluso las diferencias de salud ya no entre individuos, sino entre grupos de personas, no han de ser considerados como diferencias inequitativas si no se cumplen los anteriores requisitos de ser evitables, innecesarias e injustas: por ejemplo, la mayor incidencia de enfermedades coronarias entre personas de setenta años que entre personas de veinte años no es injusta, sino que se puede atribuir al proceso natural de envejecimiento; incluso se podría decir lo mismo de algunas diferencias entre hombres y mujeres, como la mayor incidencia de osteoporosis en mujeres mayores comparada con hombres de su misma edad.⁴¹ Pero los casos no siempre estarán claros, por lo que el análisis de lo que es una diferencia inequitativa dependerá de nuestros conocimientos o aun de nuestras concepciones sobre lo que es evitable e innecesario. Del mismo modo que dependerá de nuestros juicios sobre lo que es justo.

También desde nuestro juicio sobre la justicia o no de una diferencia de salud entre grupos parece necesario referirse no sólo a su carácter inevitable en términos de responsabilidad sobre determinados comportamientos insanos, sino a una concepción articulada sobre lo que es la justicia social. Como han observado Daniels, Kawachi y Kennedy, desde el momento en el que las evidencias muestran que no podemos eliminar la totalidad de las desigualdades en salud simplemente eliminando la pobreza, puesto que en países desarrollados y entre grupos que tienen las condiciones mínimas necesarias en términos de asistencia sanitaria y salubridad básica, ingresos y educación, siguen existiendo importantes desigualdades de salud, no sólo en las capas más pobres, el problema se hace más complejo. ¿Qué desigualdades sociales se deberían eliminar para reducir las desigualdades en salud que persistirían incluso a la eliminación de la pobreza?⁴²

⁴⁰ Benach, J. y Muntaner, C., *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, cit., p. 58.

⁴¹ Aunque una cosa es que la causa que provoca una diferencia en salud entre determinados grupos no sea injusta y otra muy diferente que no haya la obligación de luchar contra esa enfermedad desde un sistema público de salud o mediante otras políticas públicas.

⁴² *Ibidem*, p. 17. Estos autores responden a esta cuestión afirmando que la teoría de la justicia de Rawls aporta los elementos para resolver esta cuestión. Sin discutir si esto es así, en lo que seguramente aciertan es en la necesidad de integrar la discusión sobre las desigualdades inequitativas en salud en el marco de una consideración más general sobre la justicia social.

Visto lo anterior, una cosa es establecer un marco conceptual general de clasificación de las diferencias que son inequitativas y otra es la identificación de los casos concretos o el peso relativo que tienen en la generación de las diferencias de salud observadas en los distintos grupos sociales. Con todo, y frente a lo que se suele suponer, la mayoría de los diferenciales de salud entre los grupos sociales (por clase, por género, por raza, etcétera) no pueden ser explicadas en términos biológicos.⁴³ E incluso, lo que se reputa como opciones de comportamiento personales, en muchas ocasiones pueden estar fuertemente condicionadas por consideraciones sociales y económicas. En términos de elección personal seguramente no se puede examinar de la misma manera una dieta insana que quizá es debida a bajos ingresos, o redes de distribución de alimentos inadecuadas, con los accidentes que se producen esquiando.⁴⁴

La idea de la responsabilidad en la enfermedad esconde un enfoque en general con consecuencias poco aceptables. En particular, su individualismo (metodológico, pero también la insistencia en la responsabilidad individual) le hace por un lado exagerar el carácter “natural” de ciertas desigualdades, y por otro desconocer la influencia social y política en la salud y en la enfermedad, y en particular la influencia de la desigualdad social en la génesis de la salud y de la enfermedad.

Y es que, efectivamente, la salud y la enfermedad es un proceso íntimo, pero al mismo tiempo es uno de los fenómenos más relacionados con la vida colectiva.⁴⁵ En la salud y la enfermedad confluyen la individualidad y la sociabilidad humanas, y —como se ha podido ver— lo social se inserta y se marca en el individuo, particularmente haciendo presente en su sustrato biológico las divisiones sociales, las discriminaciones y la injusticia social. La salud y la enfermedad no son por consiguiente asuntos individuales, como queda patente en el hecho de que una vez que comparamos poblaciones, las diferencias que encontramos “apuntan a que la explicación fundamental de esas variaciones debemos buscarlas en las características de las poblaciones más que en las características de los individuos”.⁴⁶ Los términos colectivos son también los relevantes para medir riesgos de salud, ya que las posibilidades de medir la salud futura de una persona suele ser muy baja, pero

⁴³ Whitehead, M., “The Concepts and Principles of Equity and Health”, *cit.*, p. 6. Algunas diferencias de salud por sexo o grupo étnico sí que se pueden deber a motivos biológicos, pero difícilmente se podría decir lo mismo de las diferencias de clase.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Berlinguer, G., *Bioética cotidiana*, *cit.*, p. 175.

⁴⁶ Benach, J. y Muntaner, C., *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, *cit.*, p. 26.

desde el punto de vista probabilístico es factible en cambio predecir las enfermedades o muertes futuras en una población.⁴⁷ En este sentido, los factores principales que señalaba Whitehead y que servían para definir si los diferenciales de salud entre grupos eran injustos, pueden ser perversos si se intentan aplicar a nivel individual.

Sin embargo, uno de los principales problemas de utilizar el criterio de la responsabilidad individual es determinar exactamente el grado de responsabilidad individual: ¿se puede responsabilizar a alguien por fumar si su entorno social fomenta el uso del tabaco? ¿Se puede responsabilizar a alguien por las enfermedades producto de la competitividad laboral o social?⁴⁸ Una vez que la dificultad para determinar la responsabilidad individual es tan grande, lo que sí sabemos es que las consecuencias de las conductas individuales pueden ser muy diferentes según la posición social. Por este motivo, centrarse en la responsabilidad individual significa en última instancia que muchas personas habrán de soportar las consecuencias de las inequidades sociales, como si fueran responsabilidad suya, como una forma de culpabilizar a las víctimas.

Barry ha sugerido que en la medida en que las desigualdades de salud sean el producto de cadenas causales que se remitan a la estructura básica de la sociedad, entonces si encontramos grupos definidos por clase, etnicidad, raza u otra característica estructural que experimenten diferencias en la cualidad de su salud, la sociedad tendrá *prima facie* una distribución injusta de la salud.⁴⁹ Será una distribución injusta de la salud incluso si convive con un sistema razonable de acceso universal a la protección de la salud. Es más, incluso si se da este último caso podemos afirmar que el derecho a la salud en este supuesto está siendo vulnerado sistemáticamente. Si los resultados de salud son tan diferentes para distintos grupos por causas evitables, innecesarias e injustas, teniendo en cuenta los condicionantes sociales de la salud examinados, no tiene sentido objetar la pertinencia de exigir una cierta igualación en los resultados. Podríamos entonces concluir afirmando que el derecho a la salud exige el acceso universal e igualitario a la asistencia sanitaria. Pero al mismo tiempo, que el derecho a la salud no es equivalente al acceso universal e igualitario a la asistencia sanitaria.

⁴⁷ *Idem.* Así, por mencionar el propio ejemplo que ponen estos autores, es difícil saber si el hábito de fumar que tiene una persona le va a provocar un cáncer, pero es posible predecir cuántos cánceres habrá en una población como consecuencia de este hábito.

⁴⁸ Puyol, A., *Justicia i Salut. Ètica per al racionament dels recursos sanitaris*, Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1999, p. 152.

⁴⁹ Barry, B., *Why Social Justice Matters*, *cit.*, p. 73.

LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES A TRAVÉS DEL DERECHO*

Ángeles SOLANES CORELLA**

SUMARIO: I. *La importancia del estatuto jurídico.* II. *La integración de los inmigrantes en la política migratoria española dentro del contexto europeo.* III. *El principio constitucional de igualdad y los niveles de derechos.* IV. *La integración posible.*

I. LA IMPORTANCIA DEL ESTATUTO JURÍDICO

Según las cifras más recientes, a partir de los datos del padrón municipal sobre una población de 46.9 millones de personas en España, el número de extranjeros empadronados se sitúa en 5.7 millones, de los cuales 2.3 millones son ciudadanos de la Unión Europea, y, por tanto, entre los 3.4 millones restantes encontramos a los extranjeros nacionales de terceros Estados que engloban en buena medida el denominado colectivo de los inmigrantes.¹ De hecho, los flujos migratorios no han dejado de crecer en el territorio español en los últimos años. Así, en 2006 la inmigración podía considerarse el primer factor de crecimiento de la población, ocho de cada diez nuevos habitantes eran extranjeros.² La crisis ha supuesto un importante freno a las nuevas entradas de inmigrantes, pero no un incentivo real a abandonar el país para los extranjeros que ya se encuentran en él, ni un impedimento

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto Consolider Ingenio CSD-2008-00007 *El tiempo de los derechos*, financiado por el Ministerio de Educación, y el proyecto I+D, del Ministerio de Ciencia e Innovación *Inmigración, Integración y Políticas públicas: garantías de los derechos y su evaluación*, DER 2009-10869.

** Catedrática (acreditada) de filosofía del derecho, Universidad de Valencia, España.

¹ Instituto Nacional de Estadística, *Datos padrón municipal 1 de enero de 2010*, presentados el 29 de abril de 2010.

² Izquierdo, A. (dir.), *Demografía de los extranjeros. Incidencia en el crecimiento de la población*, Madrid, Fundación BBVA, 2006, pp. 17 y ss.

absoluto para nuevos movimientos migratorios.³ En este contexto, no puede negarse que la sociedad española es y será diversa de tal forma que esa mezcla exige buenas dosis de integración.

Analizar la cuestión de la integración como prioridad esencial al tratar el fenómeno migratorio requiere un análisis transversal, que supera las posibilidades de este trabajo. De los múltiples aspectos a considerar para articular una política de integración de y con los inmigrantes,⁴ uno especialmente relevante lo constituye, a mi juicio, el estatuto jurídico. Para la consecución de ese objetivo que denominamos “integración”, resulta imprescindible la igual consideración como sujetos de derecho de las personas inmigrantes, o, lo que es lo mismo, la configuración de un estatuto jurídico pleno que permita articular la integración, entendiéndolo que ésta es consecuencia del cúmulo de libertades, sin eludir los deberes jurídicos a ellas conectados, puesto que no puede haber integración sin derechos, y no a la inversa.

En efecto, una de las funciones que el derecho desempeña en el ámbito de los movimientos de personas es que contribuye de manera determinante a la inclusión o exclusión de los individuos al permitirles pasar a formar parte, o no, de la nueva comunidad. La legislación española en materia de extranjería, tradicionalmente, ha construido el estatuto jurídico del no nacional con base en la situación de regularidad del sujeto condicionando los derechos fundamentales y ralentizando la integración, especialmente en los casos de irregularidad. Así, se evidencia con la normativa básica aplicable a los nacionales de terceros Estados, la conocida comúnmente como Ley de Extranjería, caracterizada por las sucesivas modificaciones (en adelante, LODYLE).⁵

³ El programa de retorno voluntario no ha tenido el efecto inicialmente previsto. Según datos oficiales, “el número de solicitudes de la prestación por desempleo de trabajadores extranjeros que retornan a sus países de origen, a fecha 30 de noviembre de 2009, ha sido de 9.114”, *Contestación del Gobierno a la pregunta de don Eugenio Jesús González García (GPP), sobre el número de inmigrantes desempleados que solicitaron, a fecha 1 de diciembre de 2009, acogerse al Plan de Retorno Voluntario (684/019001), Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado IX Legislatura, 8 de junio de 2010*, p. 18. También se han reducido drásticamente las entradas; por ejemplo, la *Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010 (BOE del 29 de diciembre de 2009, sec. I. p. 111118)* establece un total de 168 puestos para todo el territorio nacional cuando, por ejemplo, para 2007 se ofertaron en el contingente 27,034 plazas (*Resolución de 26 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 22 de diciembre de 2006, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2007, BOE del 9 de enero de 2007*, p. 1156).

⁴ Cachón, L., “La integración de y con los inmigrantes en España: debates teóricos, políticas y diversidad territorial”, *Política y Sociedad*, 2008, vol. 45, núm. 1, pp. 205-235.

⁵ Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* núm. 10, del 12 de enero), en su redacción dada por

Aunque la LO 4/2000 ya hacía una referencia en su título a la cuestión de la integración en su dimensión social, hasta la última de las leyes orgánicas de reforma, la LO 2/2009, no se había dedicado una parte del articulado a concretar dicha cuestión, tal como veremos más adelante.

Con la LODYLE se han ido trazando escalones diferentes de derechos atendiendo —como indicábamos— a la regularidad de la situación administrativa, pero también al empadronamiento, éstos son los dos referentes para que los extranjeros puedan ejercer sus derechos en España.

El círculo vicioso y progresivo de exclusión del que ha sido objeto la persona inmigrante sólo puede romperse si se comienza por negar la mayor de las premisas, afirmando que es más que cuestionable el hecho de que todo extranjero procedente de otra cultura deba ser visto como un enemigo, del mismo modo que también lo es que los países que acogen inmigrantes tengan una cultura homogénea y consolidada a la que la persona inmigrante pueda “apuntarse” (¿asimilarse?) como un todo.⁶

El aumento paulatino de las personas inmigradas en territorio español requiere la acomodación, inserción o normalización en múltiples ámbitos, entre ellos el jurídico-administrativo y el social, cuyas premisas no siempre son claras. Es decir, para superar esa aparente llegada de flujos para los que no se prevé integración alguna se hace necesario especificar las exigencias del proceso integrador, estableciendo propuestas concretas en torno a lo que podríamos considerar como los “indicadores sociales de la gestión de la convivencia plural en la vida cotidiana”,⁷ que

la Ley Orgánica 8/2000, del 22 de diciembre (*BOE* núm. 307, del 23 de diciembre), por la Ley Orgánica 11/2003, del 29 de septiembre, (*BOE* núm. 234, del 30 de septiembre), por la Ley Orgánica 14/2003, del 20 de noviembre, (*BOE* núm. 279, del 21 de noviembre) y la por la Ley Orgánica 2/2009, del 11 de diciembre (*BOE* núm. 299, del 12 de diciembre). Además, continúa vigente en lo que no sea contrario a la actual ley, con el imperativo respecto al principio de jerarquía normativa, el Real Decreto 2393/2004, del 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* núm. 6, del 7 del enero) que se encuentra actualmente en trámite de reforma, pero que ya fue reformulado por el Real Decreto 1162/2009, del 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, del 30 de diciembre (*BOE* núm. 177, del 23 de julio).

⁶ Lucas, J., de, *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona, Icaria Antrazyt, 2003, p. 52; Castles, S., “Guestworkers in Europe: a Resurrection?”, *International Migration Review*, vol. 4, núm 4, invierno de 2006, pp. 741-766.

⁷ Lucas, J. de, “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, *La integración de los inmigrantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 13.

se traducen en derechos tales como la sanidad, la educación, la vivienda o el trabajo.⁸

Si la integración de las personas inmigrantes no es posible sin derechos, el reconocimiento, formal y material, concreto (en un ordenamiento jurídico estatal, en el caso que nos ocupa, el español) de los mismos debe suponer una consideración de sujeto de derecho para el extranjero extracomunitario. Asumiendo que las partes implicadas son, en todos los sentidos, sujetos de derecho, se abre la posibilidad de concebir la integración desde la concepción instaurada hace una década por la COM (2000) 757 y, al menos formalmente, asumida por los distintos Estados. Con base en la misma, la integración debe entenderse como “un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes”.⁹

En esta línea han continuado todas las disposiciones en la Unión Europea pensadas para propiciar la integración, entre las más recientes, por citar solo dos ejemplos, el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo del 16 de octubre de 2008, en el cual se establecen como principales objetivos conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes, y el programa de La Haya.¹⁰

⁸ Añón, M. J., “Integración: una cuestión de derechos”, *Arbor*, núm. 744, julio-agosto de 2010.

⁹ COM 757 final, del 22 de noviembre, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración*, consolidada en distintas comunicaciones posteriores, y especialmente en el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre *Elementos para la estructura, organización y funcionamiento de una plataforma para la mayor participación de la sociedad civil en la promoción a nivel comunitario de políticas de integración de nacionales de terceros países*, *Diario Oficial C 27/95* del 3 de febrero de 2009.

¹⁰ Martín y Pérez de Nanclares, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Editorial Constitución y Leyes, Colex, 2002; Lahav, G., *Immigration and Politics in the New Europe. Reinventing Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Forner, J. J., *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España, relaciones internacionales y derecho*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, núm. 33, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; Lucas, J., de, “Dos test sobre la consistencia del Estado de derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y extranjería”, *Jueces para la Democracia*, núm. 64, 2009, pp. 15-23; Lucas, J. de, y Solanes, A., *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Madrid, Dykinson, 2009; Díaz, C. (coord.), *Los derechos fundamentales en la UE*, ARI, Real Instituto Elcano, 2010; Trujillo, A. J. y Ortega, J. M. (coords.), *Inmigración y asilo: problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2010,

La integración exige, por tanto, un esfuerzo de todos los agentes implicados, también de la población autóctona, para que se dé esa bidireccionalidad que propicia la integración “con” (y no “de”) los inmigrantes. Pero además, ha de ser concebida en distintas dimensiones, tanto para los recién llegados cuanto para los inmigrantes con autorizaciones de larga duración (antes de la última reforma legal denominados “permanentes”).

Junto a esta dimensión temporal de la integración se sitúa la espacial que en términos normativos reconduce a la necesidad de propiciar el proceso desde los ámbitos jurídicamente más próximos al inmigrante; es decir, desde la administración local. En el espacio público, la especial situación administrativa que se da entre el sujeto implicado y los ayuntamientos, que propicia la cercanía y la confianza, hace que los entes locales sean los más adecuados para comenzar a articular medidas de integración susceptibles de ser ampliadas.¹¹

El fenómeno migratorio, por tanto, va unido a la propia esencia de la integración, que en nuestro eje de trabajo se concibe como el igual reconocimiento de derechos y libertades, considerando al inmigrante sujeto de derecho (tanto en un momento inicial cuanto en el de asentamiento duradero), para propiciar ese proceso de intercambio entre la población autóctona y la extranjera, que comienza en los ámbitos de contacto más cercanos, como los municipios. Si intentamos disociar los términos de inmigración e integración, ya no hablamos propiamente de la primera en una pretendida concepción teórica que la articula desde una dimensión económica, laboral, pero legal. Ya no nos referimos a mano de obra “reclamada” por un mercado formal de trabajo al alza o en recesión, pero que parece seguir necesitando al menos personal altamente cualificado, que también se verá afectado por las medidas de integración,¹² sino de otras realidades paralelas a los flujos migratorios.¹³

Ésta es la cuestión, cómo compatibilizar esa pretensión de integración, ese proceso irrenunciable en la idea de inmigración, con una realidad en la que la inmigración irregular está alcanzando una considerable dimensión,

¹¹ Solanes, A. y Cardona, M. B., *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 80-85.

¹² Sobre la entrada de la Unión Europea en lo que puede considerarse la competencia internacional por atraer talentos, puede consultarse, como muestra, Abella, M., “Competencia global por trabajadores cualificados”, en Blanco, C. (ed.), *Migraciones. Nuevas movilizaciones en un mundo en movimiento*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 185-205; Solanes, A., “La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana”, en Lucas, J. de y Solanes, A., *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, cit., pp. 67-96.

¹³ Cachón, L., *La “España inmigrante”: marco discriminatorio, mercado de trabajo y políticas de integración*, Barcelona, Anthropos, 2009.

que repercute directamente sobre la esfera democrática española y sobre los inmigrantes, que, como sujetos más débiles, se han visto especialmente afectados por la crisis económica.¹⁴ En este contexto, potenciar la ascensión del proceso de integración a un primer plano en el discurso político, y por ende normativo, exige deconstruir las actuales fórmulas legales generadoras de una exclusión estratificada, que reconoce diversos niveles de derechos a los inmigrantes, para dejar paso a un estatuto pleno de derechos para los extranjeros que consolide y refuerce nuestra democracia al acercar la sociedad civil a la jurídica.¹⁵

Esta propuesta no sólo es compatible con los principios constitucionales, sino incluso más acorde, desde mi punto de vista, que la actual, puesto que el marco constitucional es lo suficientemente amplio para facilitar una gestión de la diversidad, sin que en todo caso sean descartables algunas puntuales mejoras. Para evidenciarlo, en este artículo me detendré, en primer lugar, en la novedosa referencia de la última reforma legal a la integración en la política de inmigración española, para ver el encaje que se le pretende dar en el futuro y su coordinación con otras novedades legislativas. A continuación abordaré el principio de igualdad desde su concepción constitucional, apostando por una interpretación extensiva del mismo y aludiendo a los distintos niveles de derechos que la norma contempla. Con ello pretendo insistir en que la devaluación de los derechos fundamentales de los inmigrantes no es más que una reducción en la calidad de nuestras democracias, una reformulación a la baja del Estado de derecho, que ha de ser cuestionada y criticada si se quiere que la integración sea posible.

II. LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES EN LA POLÍTICA INMIGRATORIA ESPAÑOLA DENTRO DEL CONTEXTO EUROPEO

Por primera vez en la legislación española con la reforma introducida por la ya mencionada LO 2/2009 se propone un artículo dedicado a la integración de los inmigrantes y se especifica que ésta será un principio fundamental en la articulación de la política migratoria española, teniendo en cuenta que el acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y protección internacional apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas. Así, el

¹⁴ Izquierdo, A., “Una reflexión sobre la integración de los inmigrantes extranjeros en España: de la bonanza a la crisis”, *Estudios mirandeses. Anuario de la Fundación Cultural “Profesor Cantera Burgos”*, núm. 28, 2, 2008, pp. 221-242.

¹⁵ Mezzadra, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005, pp. 97-100.

artículo 2 bis recuerda, en su apartado segundo, que todas las administraciones públicas ejercerán sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a principios como la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea; la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo, y la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía.

El artículo 2 ter se ocupa específicamente de la integración de los inmigrantes estableciendo dos puntos de partida imprescindibles:

- 1) Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas, sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.
- 2) Las administraciones públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los estatutos de autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato.

Estas dos afirmaciones suponen, en mi opinión, la negación de la existencia del denominado “contrato de integración” para los inmigrantes como obligación jurídica en España, puesto que el marco jurídico de referencia es el general, y las políticas han de ser transversales.

Sobre la base de una política de integración que debe tender a la coordinación, pero no a la armonización, distintos Estados de la Unión llevan algunos años, con una especial aceleración en los últimos cinco, aplicando los denominados contratos o cursos de integración, que inciden en la idea contractual de derechos y deberes, pero hacen descansar básicamente sobre el inmigrante el peso de la integración. Con diferentes puntos de coincidencia, pero también con importantes divergencias, se han puesto en marcha contratos o cursos de integración, o exámenes de civismo y ciudadanía (vinculantes o no), en Suecia, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Austria, Bélgica, Francia, Reino Unido, Estonia (en este caso no para los nuevos inmigrantes, sino básicamente dirigidos a la minoría rusa), Alemania y Suiza.¹⁶ En el caso de

¹⁶ Carrera, S., “Integration of Immigrants versus Social Inclusion: A Typology of Integration Programmes in the EU”, en Balzacq, T. y Carrera, S. (eds.), *Security versus Freedom: A Challenge for Europe's Future*, Ashgate Publishing, Aldershot, 2006, pp. 87-114; Human

España, la LO 2/2009 no exige ningún tipo de contrato adicional de integración para los inmigrantes.

España se distancia así de la tendencia de algunos países que claramente han impulsado desde sus respectivas normativas nacionales programas de integración de carácter jurídicamente vinculante, retrocediendo en buena medida en lo que a reconocimiento de la diversidad se refiere.¹⁷ Ello no significa que se haya superado el debate sobre un déficit de integración coincidiendo con una crisis asumida y la idea del declive de la capacidad inclusiva del Estado del bienestar; más bien al contrario, éste continúa en auge.¹⁸

El concepto de integración que se vincula al contrato es, en mi opinión, muy reducido, y en nada recuerda a la bidireccionalidad de la que se habla desde la Unión Europea, en la medida en que la sociedad de acogida permanece impermeable a él. También aquellos extranjeros, incluso nacionales de terceros Estados, que fuera del ámbito de aplicación personal de las legislaciones de extranjería no se ven afectados por estos contratos (como los trabajadores altamente cualificados o aquellos que se benefician de regímenes jurídicos especiales) son ajenos a estas medidas de integración.

Ciertamente, los destinatarios principales de los programas de integración vinculantes son los recién llegados, mayores de edad, que tienen un conocimiento muy primario de la lengua del país de recepción; y en segundo lugar, aquellos que deseen acceder a la residencia permanente, pero no todos los extranjeros. El vínculo que aquí se observa es el relativo a la integración y la pobreza, puesto que el nivel económico y la dependencia se incluyen entre los factores que mayor peso adquieren a la hora de concretar si el inmigrante es o no sujeto de los programas de integra-

Rights Watch, *The Netherlands: Discrimination in the Name of Integration*, 15 de mayo de 2008, núm. 1, UNHCR Refworld, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482d36732.html>; Guiraudon, V., *Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea*, área: demografía, población y migraciones internacionales, ARI, núm. 43, 2008, Madrid, Real Instituto Elcano, 2008; Dirección General de Políticas Interiores de la Unión, Departamento C de Política, Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, *Estudio comparativo de la legislación en materia de inmigración legal en los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Incluye una evaluación de las condiciones y formalidades impuestas por cada Estado miembro para los recién llegados*, PE 393.281, Bruselas, febrero de 2008; Cebolla, H. y Requena, M., *Marroquíes en España, los Países Bajos y Francia: gestión de la diversidad e integración*, Área: Demografía, Población y Migraciones Internacionales, Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo 11/2010.

¹⁷ Martiniello, M., *Cómo combinar la integración y la diversidad: el desafío de una ciudadanía multicultural en la UE*, Ikuspegi, Observatorio Vasco de Inmigración, Informes 3, Gipuzkoa, 2007.

¹⁸ Bommes, M., "The Shrinking Inclusive Capacity of the National Welfare State. International Migration and the Deregulation of Identity Formation", *The Multicultural Challenge. Comparative Social Research*, núm. 22, 2003, pp. 43-67.

ción.¹⁹ En contrapartida, el desempleo (con él los ínfimos ingresos económicos) y la dependencia de los recursos del Estado de bienestar pueden interpretarse como una falta de integración por parte del inmigrante.

En el caso de Alemania, Francia y los Países Bajos, los programas de integración pretenden establecer un estándar compartido, con la finalidad de asegurar las mismas medidas para todos los inmigrantes legales y permanentes en todo el país. Para ello es imprescindible articular un procedimiento administrativo común, que es siempre el punto de partida, de tal forma que sólo existe una posible adaptación a las necesidades individuales y a las particularidades locales en una segunda fase. En este esquema, se supone que un programa de integración eficiente es aquel que ha de proporcionar, inicialmente, estandarización y ocuparse sólo de forma colateral de la diferenciación.²⁰

El éxito del contrato de integración es más que cuestionable, al menos por dos razones: por una parte, en determinados casos, como el francés, se puede valorar desde una perspectiva meramente cuantitativa, que evidencia el número total de exámenes que se han superado respecto a los contratos efectivamente arbitrados; pero eso no aporta un dato sobre lo que realmente está ocurriendo en cuanto a la integración en la vida diaria del inmigrante; por otra parte, la superación, incluso con éxito de exámenes de idioma y cultura, no garantiza otras dimensiones, que también van unidas a la integración. Aunque el contrato se dé por superado, éste, por sí mismo, no garantiza la efectiva implementación en el mercado laboral o la interrelación con la población autóctona.

En realidad, es obligado plantearnos si estos instrumentos persiguen impulsar la integración de la población inmigrante o si responden a un contexto marcado por las políticas de inmigración restrictivas, en las que los elementos en buena medida también simbólicos (de preservación de la identidad nacional, de los valores constitucionales, etcétera) adquieren una especial relevancia y la figura del inmigrante queda estigmatizada.²¹

Los contratos incluidos en los programas de integración no se articulan exclusivamente con base en una carencia de la misma en el ámbito social,

¹⁹ Carrera, S., “Programas de integración para inmigrantes: una perspectiva comparada en la Unión Europea”, *Migraciones*, núm. 20, diciembre de 2006, p. 67.

²⁰ Michalowski, I., “Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración”, en Biles, J. et al., *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países Bajos*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2007, p. 83.

²¹ Lucas, J. de, “Las globalizaciones y los derechos”, *Enrahonar*, núm. 40-41, 2008 b, pp. 55-66.

sino que se relacionan de forma muy estrecha con la crisis general de los sistemas sociales o lo que se ha considerado como el del declive de la capacidad inclusiva del Estado del bienestar también en los países europeos. Los contratos de integración como obligación jurídica han sido considerados, desde determinados sectores, como un retorno a la asimilación, puesto que inciden especialmente en la adquisición de competencias lingüísticas y de carácter cívico. Este esfuerzo añadido que se requiere al inmigrante no va aparejado de una mayor inserción o promoción en atención a sus circunstancias específicas en el mercado laboral. Parece más oportuna la potenciación de una integración socioeconómica en lugar de la asimilación cultural clásica, que es la idea fundamental por la que se articulan estos contratos,²² sin perder de vista la igualdad jurídica.

En este contexto, es acertada la opción española perfilada con la LO 2/2009, concretada en el mencionado artículo 2ter, que conecta la integración con las acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, la incorporación al sistema educativo, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo.

Siendo estos ejes los básicos de la política estatal de inmigración, han de articularse atendiendo a la imperativa cooperación y coordinación, también por las comunidades autónomas. No puede perderse de vista la progresiva asunción de competencias que están llamadas a experimentar dichas comunidades en materia de inmigración en los próximos años, tras la apertura realizada por la LO 2/2009 (al concederles competencia, por ejemplo, en las autorizaciones iniciales de trabajo) desplazando el monopolio estatal existente hasta el momento.

Precisamente dentro de ese nuevo contexto competencial, comunidades como la valenciana o Cataluña, por citar sólo dos ejemplos, han aprobado sus respectivas leyes en relación con la integración y acogida de inmigrantes para desarrollar las competencias legalmente atribuidas sin sobrepasar los límites de la norma estatal.²³ Así, la LODYLE insiste en que la administra-

²² Brubaker, R., "The Return of Assimilation? Changing Perspectives on Immigration and its Sequels in France, Germany, and the United States", en Joppke, Ch. y Morawska, E. (eds.), *Toward Assimilation and Citizenship. Immigrants in Liberal Nation-States*, Londres, Palgrave MacMillan, 2003, pp. 39-58.

²³ Ley 15/2008, del 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunidad Valenciana, *BOE* núm. 9, del 10 de enero de 2009; Decreto 93/2009, del 10 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 15/2008, del 5

ción general del Estado, las comunidades autónomas y los ayuntamientos colaborarán en sus acciones en este ámbito, tomando como referencia sus respectivos planes de integración. Esa coordinación partirá del Plan Estratégico de Inmigración, tras el cual el gobierno y las comunidades autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración, programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Los programas se financiarán con cargo tanto a un fondo estatal como a través de la cofinanciación por parte de las administraciones receptoras de las partidas del fondo.

III. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y LOS NIVELES DE DERECHOS

Siendo la integración una prioridad de la política de inmigración en España, como hemos visto que se declara en el LODYLE, la pretensión de igualdad en los derechos no puede dejar de ser el modelo de la misma.

El referente en la configuración del estatuto jurídico del extranjero en España lo constituye, básicamente, desde el régimen constitucional, los artículos 10.2 y 13.1 CE, que se relacionan a su vez con el artículo 14, CE. Al amparo de los mencionados preceptos, las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución establece se interpretarán atendiendo a lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, teniendo en cuenta que los extranjeros en España gozarán de las libertades públicas que se garantizan en el título I “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Esta posibilidad de configuración legal de buena parte de los derechos y libertades de los extranjeros constituye el elemento de mayor limitación en la aplicación del principio de igualdad.

La falta de concreción de los preceptos constitucionales generales a la hora de ser aplicados en el ámbito de la extranjería ha dotado de especial relevancia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es la que apunta pautas más concretas al respecto.

de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes, *DOCV* núm. 6056, del 14 de julio, y Ley 10/2010, del 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, *BOE* núm. 139, del 8 de junio de 2010. *Cfr.* Solanes, A., “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley autonómica valenciana 15/2008”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 47-75.

La primera de las sentencias especialmente relevante del alto tribunal en materia de derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España es la STC 107/1984, del 23 de noviembre, que establece una doctrina consolidada entre otras por la STC 236/2007, del 7 de noviembre, que es la primera que resuelve el recurso de inconstitucionalidad de la LO 8/2000.²⁴ A partir de esta jurisprudencia podemos extraer una serie de líneas directrices que especifican los mandatos constitucionales:

- 1) Los derechos de los extranjeros son de configuración legal en su contenido, pero existen límites constitucionales a la capacidad de articulación del legislador:
 - a) Los derechos de los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dentro de su específica regulación están dotados de la protección constitucional.
 - b) En principio son todos, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal.²⁵
- 2) La configuración legal de los derechos y las libertades de los extranjeros depende del derecho afectado:²⁶ puede tomarse como dato a tener en cuenta la nacionalidad o ciudadanía del titular o rehuir esta terminología y acudir al criterio de la dignidad humana, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Constitución.
- 3) La clasificación tripartita de los derechos: el Tribunal Constitucional ha mantenido una teoría de los derechos reconduciéndolos a tres grupos, que hasta nuestros días sigue constituyendo el referente a la hora de interpretar los derechos de los extranjeros. De tal modo, podemos distinguir las siguientes categorías:

²⁴ Doctrina seguida por, entre otras: SSTC 107/1984, del 23 de noviembre (*BOE* del 21 diciembre de 1984), 99/1985, del 30 de septiembre (*BOE* del 5 noviembre de 1985), 115/1987, del 7 de julio (*BOE* del 29 julio de 1987), 94/1993, del 22 de marzo (*BOE* del 27 abril de 1993), 116/1993, del 29 de marzo (*BOE* del 5 mayo de 1993), 242/1994, del 29 de julio (*BOE* del 18 agosto de 1994), 95/2003, de 22 de mayo (*BOE* del 10 junio de 2003), 72/2005, del 4 de abril (*BOE* del 10 mayo de 2005), y 236/2007, del 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, del 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* del 10 diciembre de 2007).

²⁵ STC 107/1984, del 23 de noviembre, FJ 3o. y STC 236/2007, del 7 de noviembre FJ 3o.

²⁶ *Ibidem*, FJ 4o. y STC 236/2007, del 7 de noviembre, FJ 4o.

- a) Derechos que por su relación directa con la dignidad de la persona corresponden a todas las personas por igual.²⁷
- b) Derechos que, no vinculados directamente con la dignidad de la persona, son objeto de modulación por la ley.
- c) Derechos de los que no son titulares los extranjeros.

Uno de los principales inconvenientes de la aplicación práctica de esta teoría tripartita de los derechos es su carácter marcadamente ambiguo. De la Constitución no puede extraerse directamente el catálogo a incluir en cada uno de los grupos, sino que debe desprenderse de la interpretación sistemática y progresiva que se haga acudiendo a la jurisprudencia constitucional.²⁸

En mi opinión, esta clasificación debería considerarse superada desde una doble perspectiva. En primer lugar, porque, como ha señalado críticamente la doctrina, además de ser discutible, resulta difícil determinar a priori qué derechos están ligados inherentemente a la dignidad humana y qué derechos escaparían a la misma, especialmente si recordamos que el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que la dignidad de las personas resulta de la efectiva realización de todos los derechos. Además, la clasificación es incoherente con la tesis de la indivisibilidad de los derechos fundamentales, mantenida por buena parte de la doctrina actual. En virtud de la misma, los derechos fundamentales no pueden separarse por grupos, graduando su reconocimiento y garantía, sin que el conjunto de los mismos quede afectado. En segundo lugar, no puede obviarse que la mencionada clasificación tripartita responde a una percepción del fenómeno migratorio, que nada tiene que ver con la situación que España atraviesa en la actualidad, puesto que, como es evidente, ha pasado de ser un país de emigración a convertirse en uno de los Estados europeos que mayor volumen de inmigración ha recibido en la última década.²⁹

²⁷ La jurisprudencia constitucional ha aclarado que el artículo 13.1 de la Constitución extiende a los extranjeros en España los derechos previstos para los españoles, puesto que “buena parte de los demás —derecho a la vida, libertad religiosa, libertad personal, tutela judicial, etcétera— corresponden a aquellos (a los extranjeros) sin necesidad de la extensión que opera el artículo 13.1 CE, es decir, sin necesidad de tratado o ley que lo establezca”, STC 72/2005, del 4 de abril (BOE del 10 de mayo de 2005), FJ 5o.

²⁸ Aja, E., “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, vol. I, pp. 439-456.

²⁹ Aja, E y Arango, J., *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2006.

Incluso admitiendo que en determinados casos estamos ante derechos de configuración legal, ello no significa reconocer al legislador una capacidad absoluta de configuración. En efecto, el hecho de encontrarnos ante derechos fundamentales legalmente modulados no les hace perder su carácter de constitucionales. Por tanto, el legislador no puede configurar libremente el derecho ni atacar su contenido esencial.

Para la concreción de esos derechos, que deben considerarse vinculados a la dignidad humana y también para la delimitación del contenido esencial, habrá que estar, además de a lo declarado en la jurisprudencia constitucional, a lo establecido en el estándar mínimo que contienen los tratados internacionales, con la correspondiente jurisprudencia que de ellos surja, a menudo recogida también por nuestro Tribunal Constitucional. Las interpretaciones más o menos restrictivas de derechos son posibles.

Ciertamente, como argumento para justificar, por ejemplo, la limitación de los derechos políticos, en general, de los extranjeros en el ámbito nacional, puede atenderse a la estricta literalidad de preceptos, como el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que reconoce a toda persona el derecho a participar en el gobierno de su país, así como el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del mismo; o al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que alude a los ciudadanos como únicos titulares del derecho a participar en los asuntos públicos y en las elecciones del propio país.³⁰

Sin embargo, también puede aludirse a esa misma dimensión internacional acudiendo a la interpretación que de esos tratados hacen los tribunales u organismos designados al efecto. Así, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el Convenio Europeo, se desprende la posibilidad de extender a toda persona los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio, pudiendo establecerse limitaciones en el ejercicio de tales derechos, si bien no excluyendo de su reconocimiento a un grupo de personas previamente definidas. La cuestión puede ir incluso más allá si se vinculan tales derechos con el criterio de dignidad humana.³¹

Por tanto, en la LODYLE la titularidad y el ejercicio de los derechos surge de la combinación de los parámetros relativos al “tipo” de derecho

³⁰ Rubio, R., “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 12-14.

³¹ Lucas, J. de, “Ciudadanía, extranjería y derechos”, en Betegón, J. *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 384 y 385.

ante el que nos encontremos y al “tipo” de sujeto que sea su titular, pero también hay que tener en cuenta la interpretación jurisprudencial.

En el ámbito de la estricta extranjería (en la que no incluimos a los comunitarios ni a los que por un motivo u otro pueden acudir a otro régimen jurídico) se han originado sucesivas categorías de hipotéticos titulares con base en una exclusión estratificada, que distingue entre residentes de larga duración, residentes de corta duración, irregulares empadronados, irregulares no empadronados, e incluso, irregulares con orden de expulsión firme no ejecutada. Ahondando en la distinción, podríamos llegar a diferenciar entre irregulares (empadronados o no) susceptibles (o no) de regularizarse por la vía del arraigo laboral o social. Incluso encontraríamos situaciones jurídicamente tan perversas como la de las personas inmigrantes, irregulares, empadronadas, trabajando en el ámbito de la economía sumergida y con orden de expulsión.³² Todo ello evidencia la retórica de la confusión que domina el régimen jurídico de extranjería y la precariedad, cuando no inseguridad jurídica, del sujeto que se encuentra en el último peldaño de esta cadena, que exceptúa a cada paso los más elementales principios del Estado de derecho, aunque aparentemente se persiga la integración.

Intentar clasificar los derechos por grupos resulta, por tanto, imposible, puesto que se reformulan también de acuerdo con titular. En una primera aproximación, podrían considerarse como derechos directamente vinculados a la dignidad humana, y por tanto predicables de todos los extranjeros, algunos como la tutela judicial efectiva, la asistencia jurídica gratuita o la protección frente a los actos discriminatorios.³³ En el otro extremo, entre los derechos exclusivos de los nacionales encontraríamos el derecho de sufragio, aunque el voto se ha incentivado en el ámbito municipal gracias a la firma de acuerdos con terceros países, activada en los últimos años, siempre respetando el principio constitucional de reciprocidad y en el caso exclusivo del ámbito local.³⁴ Entre unos y otros, los derechos de modulación legal tienen cada vez un espacio mayor.

En el último lugar de esta gradación descendente legalmente modulada se encuentra el extranjero en situación administrativa irregular. La exigencia

³² Sagarra i Trias, E., “Un nuevo *status* de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre de 2002, pp. 89-98.

³³ Cabeza, J. y Mendoza, N. (coords.), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Albacete, Bo-marzo, 2008, pp. 43-80.

³⁴ De Lucas *et al.*, *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Madrid, Fundación BBVA, 2008; Solanes, A., “La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 12, núm. 18, 2008, pp. 67-96.

de un puesto de trabajo para ser residente acaba creando un círculo vicioso entre ocupación laboral y acceso a derechos. O lo que es lo mismo, surge una peligrosa identificación entre ciudadanía laboral o económica y social o política, que con relación al inmigrante funciona de forma automática.

Las políticas restrictivas que establecen estrechas medidas de entrada o permanencia en el ámbito de la legalidad, y la publicidad que de las mismas se hace, repercuten tanto en las conductas de las personas autóctonas como en las de los inmigrantes, y no siempre obtienen los fines que dicen perseguir. En la situación de irregularidad, los inmigrantes cambian el modo y la frecuencia de sus viajes a los países de origen, quedando más atados a los de destino, de forma que también se desorientan respecto a los cambios que en aquéllos se producen, disminuyendo su proyecto de retorno. Lo que se da es una modificación del proyecto migratorio, pero no una renuncia a él. El efecto real de esa especie de irregularidad a largo plazo, incluso en las peores ocasiones perpetua, es que el retorno se sustituye por la instalación e inmovilidad, y la idea de traer a la familia acaba siendo el fin principal. De igual modo que la irregularidad comporta la disminución de la rotación o del movimiento de ida y vuelta, conlleva una especie de invisibilidad (en el sentido de pretender pasar desapercibido) en la vida social que se traslada a la jurídica.³⁵ Se produce así la mayor ineficacia posible de la legislación que genera y aumenta exactamente los efectos que dice querer combatir.

El conjunto del estatuto jurídico del extranjero irregular está marcado por la progresiva precariedad de sus derechos a medida que avanzamos en los tres grupos en los que éstos se catalogan. Así, se evidencia en la mera referencia legal a derechos que como los sociales están estrictamente vinculados al objetivo de la integración. En efecto, si los derechos sociales constituyen un test de inclusión y han de ser concebidos en cuanto derechos fundamentales como universales, teniendo en cuenta que su universalidad se realiza a través de la igualdad material, difícilmente puede apostarse por la integración de los inmigrantes si no se les reconocen y garantizan tales derechos. No es posible optar por la inclusión, por la acomodación, por la gestión de la diversidad o por integración con y de este colectivo si no se tiene en cuenta y se asegura el reconocimiento, el ejercicio y la garantía de estos derechos.³⁶

³⁵ Izquierdo, A., “Cuatro razones para pensar en la inmigración irregular”, en Blanco, C. (ed.), *Migraciones. Nuevas moviidades en un mundo en movimiento*, cit., pp. 139-159.

³⁶ Añón, M.J. (coord.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia, Universitat de València, Servei de Publicacions; Tirant lo Blanch, 2004, y “Extranjeros inmigrantes, derechos sociales e integración social”, *Derechos Ciudadanos*, núm. 0, 2005, pp. 9-20.

El caso de los derechos sociales de los inmigrantes en España es paradigmático en la medida en que, en algunos casos, su ejercicio se vincula con la inscripción en el padrón municipal (atendiendo al hecho de que éste es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio). No puede obviarse que el estrecho vínculo entre el ejercicio de los derechos sociales y el empadronamiento hace que las exigencias en torno a éste supongan una limitación de tales derechos. En este sentido, desde que la LO 4/2000 vinculó el ejercicio de determinados derechos a la inscripción padronal, especialmente para los inmigrantes en situación irregular, y su primera reforma en la LO 8/2008 lo recortara en algunos supuestos, la importancia del padrón municipal no ha dejado de crecer. Derechos básicos y fundamentales en la integración, como el de asistencia sanitaria y el de educación, han quedado vinculados al empadronamiento para disfrutarlos en condiciones de igualdad con los españoles. Además, el padrón sirve, por poner sólo dos ejemplos, tanto para verificar la estancia en un posible proceso extraordinario de regularización o normalización cuanto para conseguir el informe de inserción social del ayuntamiento del lugar en el que el extranjero tiene su domicilio habitual, necesario para regularizar su situación por la vía del arraigo social. Por todo ello, el padrón ya no es un mero registro administrativo, sino un instrumento que puede facilitar la integración.³⁷

La LO 2/2009 ha vuelto sobre el padrón, sin duda para dificultar más su inscripción. Esta vez, la conexión con el mencionado registro municipal aparece en el ámbito más restrictivo de la normativa de extranjería: el relativo a las infracciones y sanciones.³⁸

³⁷ Simó, C. y Torres, F. (coords.), *La participación de los inmigrantes en el ámbito local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 133-174.

³⁸ En efecto, el artículo 53.1 c), LODYLE considera infracción grave incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio; y falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Si cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador. Asimismo, el artículo 53.2 d), LODYLE innova una infracción grave más con relación al registro municipal: el consentir la inscripción de un extranjero en el padrón por parte del titular de una vivienda habilitado cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurre en tantas infracciones cuantas personas indebidamente se inscriban en dicha vivienda. El modo agravado de esta segunda infracción viene concretado en el artículo 54.1 e), LODYLE que sanciona la conducta del artículo 53.2 d), LODYLE pero cuando ese consentimiento para el alta padronal se produzca con ánimo de lucro. La carga de la prueba en este caso hace el supuesto, al menos, poco viable.

Ante la voluntad declarada de algunos ayuntamientos acerca de dificultar la inscripción de extranjeros en situación irregular a partir de una lectura nada clara de la reforma legal, limitando con ello de forma indirecta el acceso a los derechos sociales, que ha llegado a plantearse incluso ante la Comisión Europea,³⁹ el Informe solicitado a la Abogacía del Estado es de extrema perspicuidad. En el mismo se mantiene, como no podía ser de otro modo desde la estricta legalidad, que los preceptos de la LODYLE concretan los requisitos para la residencia legal en territorio español. Lo que exige la normativa relativa al padrón municipal no es la residencia legal, sino la residencia habitual en el término municipal, lo cual no se ha visto alterado por las modificaciones introducidas por la LO 2/2009. Por tanto, no resulta procedente denegar la inscripción alegando que el ciudadano extranjero no reside legalmente en España. A los efectos de tramitar las solicitudes de los extranjeros de inscripción en el padrón municipal, es válido y suficiente el pasaporte aunque no tenga el preceptivo visado al que se refiere la LODYLE.⁴⁰ Esta lectura es sin duda la más adecuada para la garantía de las libertades.

IV. LA INTEGRACIÓN POSIBLE

La integración es por tanto una cuestión, no sólo pero también, de derechos, de los mismos que disfruta el conjunto de la sociedad en la que el inmigrante se encuentra, exactamente en la misma medida en que lo son las obligaciones jurídicamente establecidas. Eso es lo que supone un Estado de derecho. Nos situamos así en el centro del autogobierno democrático, en ese ideal de la autonomía pública basada en el principio de que quienes están sujetos a la ley también deberían ser sus autores.⁴¹

La concepción unilateral de la integración en forma de deber contractual específico es, en mi opinión, difícilmente compatible con una visión global del proceso de integración; es decir, con la consideración de que ésta necesita de forma ineludible un enfoque multidimensional, que supere la

³⁹ Pregunta escrita de Ramón Tremosa i Balcells (ALDE) a la Comisión sobre la inscripción en el padrón municipal de los ciudadanos extracomunitarios y Directiva 2008/115/CEE. P-168/10, 9 de marzo de 2010; y respuesta de la señora Cecilia Malmström (en nombre de la Comisión) a la pregunta escrita del europarlamentario señor Ramón Tremosa i Balcells (ALDE). P-1687/10ES, 7 de abril de 2010.

⁴⁰ *Informe de la Abogacía General del Estado relativo a la aplicación de la normativa reguladora del padrón municipal con objeto de resolver la consulta del Ayuntamiento de Vic*, Madrid, 20 de enero de 2010.

⁴¹ Benhabib, S., *Los derechos de los otros*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 154.

estricta consideración del conocimiento de la lengua o la cultura como indicadores, casi exclusivos, de la integración, y que además lleva a aparejado un proceso temporal que no se corresponde con los plazos contractuales.

En la adopción de políticas de integración multidimensionales conviene comenzar insistiendo en la necesidad de favorecer para las personas inmigrantes el acceso a los derechos sociales, tales como la educación, la sanidad, la vivienda o los servicios sociales, así como la integración laboral y social, ciertamente porque son los aspectos más precarios en las legislaciones de los distintos Estados miembros de la Unión Europea, y también en España.

No basta con preguntar a los inmigrantes si se sienten o no adaptados a la cultura o costumbres del país de acogida. Desde mi punto de vista no es relevante, *per se*, que el 81% de los inmigrantes musulmanes en España indiquen que se sienten adaptados a las costumbres españolas, que el 84% afirme que no encuentran obstáculos para practicar su religión, o que el 87% de los consultados asegure que la religión islámica es compatible con la democracia y los derechos humanos.⁴² Éste no es un indicador suficiente de integración; es más, podría incluso servir para avalar un proceso encubierto de asimilación progresiva si no va unido a un estatuto jurídico garantista que hace no sólo que se “sientan” iguales, sino que efectivamente sean iguales sujetos de derechos.

Es cierto que la integración toca temas sensibles como la diversidad cultural y religiosa, que abren y colocan en un primer lugar del debate social cuestiones candentes y muy sensibles como la utilización del velo integral (burka), del pañuelo islámico o la educación religiosa en el espacio público. Es en este contexto donde se ubican las tradicionales cuestiones que generan controversias en las sociedades plurales, incluso a nivel intraestatal, con los derechos lingüísticos, por ejemplo, que necesariamente han de ser afrontadas si se quiere integrar y no asimilar.⁴³ Precisamente por eso el papel del derecho es fundamental en el establecimiento de los límites de aquello que es aceptable, permitido, obligado o prohibido, pero también en la garantía de igualdad ante la ley de todos los administrados.

Se trata de insistir en la idea de que la integración no ha de ser estrictamente en clave cultural, sino más bien social, y especialmente jurídico-política en clave de pertenencia. Es aquí donde entra en juego la noción de ciudadanía, que no supone sólo una mera pertenencia a la organización que

⁴² Plan Nacional para la Alianza de Civilizaciones y Metroscopia Estudios Sociales y de Opinión, *La comunidad musulmana de origen inmigrante en España*, Gobierno de España, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo e Inmigración, abril de 2010.

⁴³ Cachón, L. (dir.), *Conflictos e inmigración: experiencias en Europa*, Madrid, Ayuntamiento de Madrid, 2008.

es el Estado, sino que además establece el estatuto jurídico, en cuanto a su contenido, fijando los derechos y deberes de los ciudadanos. Entre ellos, es necesario incluir los derechos democráticos de los que los sujetos pueden valerse para, de forma reflexiva, cambiar su situación, posición, o condición jurídica material. Si a determinados individuos se les niegan esos derechos, se limita su capacidad de asegurarse un trato igual y de influir sobre la toma de decisiones, cerrando así el círculo de la exclusión.⁴⁴ El estatuto jurídico pleno es el punto de partida de la integración jurídica, el que la hace posible.

A partir de ahí, la igualdad en su dimensión material adquiere un especial significado. Las buenas prácticas administrativas se hacen entonces indispensables para conseguir un proceso que aúne la normalización con la atención especializada; no se trata de hacer políticas específicas para inmigrantes, diversificadas, sino de conseguir que la transversalidad en las medidas que se adopten en los distintos niveles de la administración llegue también a este colectivo.⁴⁵

Los derechos y deberes comunes compartidos por el conjunto de personas en el seno del Estado de derecho apelando al pacto social en la más pura concepción contractualista hacen innecesario (incluso sumamente discutible, si se alude también a las disposiciones internacionales y a la imposibilidad de hacer algunas distinciones con base en ellas), la articulación de obligaciones jurídicas específicas para determinados colectivos más allá de las ya estipuladas en el ordenamiento jurídico común. Los límites en el Estado de derecho son coincidentes: el respeto a la Constitución y a la ley, tanto para los nacionales, los ciudadanos, los extranjeros, los comunitarios o los inmigrantes, porque son (han de ser) compartidos por el conjunto de los administrados; de lo contrario se les está exigiendo a determinadas personas que ofertan un plus que no se les requiere al resto.⁴⁶

Es más, el proceso de integración exige a nivel jurídico-político lo que se ha denominado una “laicización de las identidades”, entendiéndola no sólo en clave religiosa, sino también cultural. Es decir, la existencia de una pertenencia común en un espacio de derechos, obligaciones y valores compartidos, y una pertenencia singular, en un espacio privado en el que cultivar la diferencia. Al Estado le correspondería ocuparse de la dimensión política

⁴⁴ Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2000, p. 626.

⁴⁵ Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, *Manual sobre la integración para responsables de la formulación de políticas y profesionales*, 3a. ed., Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, abril de 2010.

⁴⁶ Lucas, J. de, “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, *cit.*, p. 37.

de la sociedad, de preservar su identidad desde esta perspectiva, en la cual se asientan los valores constitucionales.⁴⁷

Las personas inmigrantes, como el resto de sujetos de derecho, en los actuales Estados democráticos,⁴⁸ han de ser jurídicamente concebidas como miembros. De esta forma, puede afirmarse que tales individuos están de acuerdo con el contrato social; es decir, que admiten con base en esa ficción común compartida la existencia de una autoridad, de unas normas y leyes, a las que se someten, y si no lo hacen entran en juego los mecanismos generales previstos por el ordenamiento a tal efecto. Sólo así, en mi opinión, puede garantizarse la cohesión, la paz social, puesto que

...el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar, es ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana; y a él pueden aplicarse aquellas palabras de Homero:⁴⁹ “*Sin familia, sin leyes, sin hogar...*”. El hombre, que fuese por naturaleza tal como lo pinta el poeta, sólo respiraría guerra, porque sería incapaz de unirse con nadie como sucede a las aves de rapiña.⁵⁰

⁴⁷ Naïr, S., *Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, Bronce-Planeta, 2006, p. 207.

⁴⁸ Beck, U., “Las raíces cosmopolitas de la democracia: el caso de la Unión Europea”, *Sistema. Revista de Ciencias sociales*, núm. 206, 2008, pp. 3-20.

⁴⁹ Homero, *La Iliada*, IX, 63.

⁵⁰ Aristóteles, *La Política*, I, 1.

LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

María Isabel GARRIDO GÓMEZ*

SUMARIO: I. *El nuevo contexto.* II. *Consideración especial del derecho administrativo.* III. *La consecución del interés general por parte de la administración.* IV. *Los límites a la administración y la protección del interés general.* V. *A modo de conclusión.*

I. EL NUEVO CONTEXTO

El punto de partida del análisis enunciado en el título de este estudio es que, hoy día, se ha producido una mutación en todos los órdenes, y que los paradigmas de la modernidad ilustrada, aunque siguen teniendo mucho que decir, han planteado cuestiones lo suficientemente relevantes como para ser abordadas. Un ejemplo recurrente para valorar el nuevo contexto en el que nos movemos es el que nos muestra Arnaud, pudiéndose sintetizar en los siguientes niveles de análisis: a) hay “un cambio de los modelos de producción dada por una dislocación de la actividad económica facilitadora de los traslados de una parte de las operaciones de trabajo de un país a otro”, contribuyendo al surgimiento de una nueva división internacional laboral; b) “hay un desarrollo de los mercados de capitales establecidos más allá de las naciones”, naciendo un flujo que no tiene en cuenta las fronteras, y c) “hay una creciente expansión de las multinacionales”, que tiene “la posibilidad de aumentar en gran medida su producción, dado su poder negocial y de mercado en una economía a escala planetaria”. Economía en la que concurre “la importancia creciente de los acuerdos comerciales entre naciones formando bloques económicos regionales de primer nivel”; “un ajuste

* Catedrática (acreditada) de filosofía del derecho, Universidad de Alcalá, España, misabel.garrido@uah.es.

estructural que engloba la privatización y la disminución del papel del Estado”; “la hegemonía de los conceptos neoliberales en materia de relaciones económicas”; “una tendencia generalizada en el mundo de la democratización, la protección de los derechos del hombre, así como un renovado interés por el Estado de derecho”; y “la aplicación de actores supranacionales y transnacionales promotores de la democracia y la protección de los derechos del hombre”.¹

Por otro lado, vistas así las cosas, se observa que existen instituciones que actúan como centros de poder económico, caso de la OMC, el FMI o el Banco Mundial —también la OCDE, o el G7—. En efecto, se puede afirmar que cada una de ellas forma algo similar a un sistema global, en el cual son ellas las únicas responsables en la determinación de las reglas de funcionamiento, de su ejecución y del control de su realización por medio de un sistema de resolución de conflictos, dando lugar a un proceso de *feudalización* de la administración y del derecho administrativo. Así pues, esto nos conduce a mantener que la democracia es cada vez menos representativa, menos participativa y alcanza cotas menores de emancipación ciudadana.² Al hilo de estos aspectos, el desplazamiento de los poderes de decisión jurídica original a organismos, mecanismos y sistemas supranacionales de coordinación, a lo que se une que de estos procesos derive una pulverización de los cauces de legitimación democrática a favor de una legitimación técnica apoyada en exigencias de funcionamiento que son inherentes a la estructura del sistema.³

En definitiva, las fuerzas económicas han potenciado vías y formado organizaciones que escapan, al menos en su mayoría, del Estado. En esta dirección, se aprecia que los Estados-nación se van excluyendo progresivamente de los intercambios mundiales, cuya tendencia es a convertirse en transnacionales. Ahora bien, no debemos olvidar que el Estado-nación, a pesar de su carácter cada vez más degradado, sigue siendo un punto de referencia obligado. Desde otra perspectiva, y en un sentido contradictorio, el movimiento contemporáneo de la globalización acarrea el interés hacia los procesos, identidades y unidades de análisis locales, conllevando un re-

¹ Arnaud, A. J. y Fariñas Dulce, M. J., *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2006, pp. 280 y 281.

² Fariñas Dulce, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2004, p. 26; González García, J. V., “Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2004, pp. 14 y 15.

³ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 200 y ss.

greso de la sociedad civil, cuya representatividad es creciente a la hora de la regulación social.⁴

Llegados a este punto, la pregunta que convendría hacernos es ¿cuál es el mayor problema que se debe tener en cuenta? Pues bien, a este respecto creo que la respuesta de Ferrajoli es muy certera. Según el autor, la credibilidad del derecho ha entrado en crisis al mostrarse incapaz de dictar normas adecuadas para dar solución a los desafíos de la globalización. Ferrajoli describe la situación como “un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política”.⁵

Asumiendo los anteriores postulados, no cabe duda de que la idea de la unificación del derecho en la era de la globalización parte de que hay una nueva relación en las fronteras entre lo público y lo privado. Las administraciones públicas recurren progresivamente al derecho privado cuando proceden a la venta de sus activos y emplean la contratación para cumplir con las misiones que tienen encomendadas, prestando servicios de forma indirecta mediante las concesiones a empresas que son privadas, extrapolando a las empresas públicas fórmulas utilizadas en el derecho privado o recurriendo a la constitución de fundaciones.⁶ Esta asunción de contenidos tiene como consecuencia que se haya llegado a hablar de un derecho común europeo con referencia al derecho interno de los Estados de la Unión dictado para cumplir con una obligación establecida por las normas de derecho comunitario.⁷

Al mismo tiempo, cada vez más, aparecen normas sustitutorias de las nacidas del Estado liberal y el derecho decimonónico. Tales normas se caracterizan por ser procedimentales y por servir para reforzar los criterios

⁴ Arnaud, A. J., *Entre la modernidad y la globalización*, trad. de N. González Lajoie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 37; Lima Torrado, J., “Globalización y derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (España), t. XVII, 2000, p. 48.

⁵ Ferrajoli, L., “Criminalidad y globalización”, trad. de M. Carbonell, revisión de P. Andrés Ibáñez, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 115, 2006, p. 302.

⁶ Zapatero, V., *El arte de legislar*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 376 y 377; además, Furger, F., “Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance”, en Appelbaum, R. et al., *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 202 y ss.

⁷ Santos Sousa, B. de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Londres, Routledge, 1995; Estévez Araújo, J. A., “La globalización y las transformaciones del derecho”, en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Madrid, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, vol. 1, p. 316.

sociales de control; así, su imperatividad es baja, pero no su coercibilidad. No obstante, todo no queda aquí, sino que la lectura de la complejidad anunciada inicialmente se traduce en que el derecho se reprivatice. Por lo que retrocede el derecho público, adquiriendo también la idea de la Constitución unos perfiles nuevos al adoptar la forma de “una carta de identidad política y cultural” y actuar como un centro de convergencia de valores en cuyo campo sólo tendrían absolutividad, desde un punto de vista sustantivo, los derechos de la ciudadanía y el mantenimiento del pluralismo axiológico, por medio de la adopción de mecanismos neutralizadores de soluciones que siguen una línea homogeneizadora, y de medidas capaces de bloquear la libertad e instaurar una unidad social indiferenciada.⁸

II. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Según reza el título del estudio que tenemos entre manos, lo que nos interesa primordialmente es analizar qué representa el derecho administrativo contemporáneo y cuál es su función a la hora de proteger el interés general. Atendiendo, por tanto, a esta cuestión, a primera vista lo más llamativo es la vinculación que muestran las transformaciones del Estado de derecho y del derecho administrativo, en el que las cláusulas abiertas y los conceptos jurídicos indeterminados aportan el soporte material sobre el que la discrecionalidad administrativa actúa, asumiendo grandes cotas de libertad.⁹

Por otra parte, existe una fuerte incidencia de lo que Beck ha venido en denominar *sociedad de riesgo*. Ésta encuentra su origen en el hecho de que la seguridad se confirma como un bien de consumo más, administrado pública y privadamente para llegar a obtener beneficios. De esta forma, si hay que catalogar un riesgo como peligro no aceptable, ello depende de intereses y no de cuestiones objetivas. La construcción de la seguridad, y el control del pensamiento social y la acción política en la primera etapa de la modernidad, se están haciendo ficticias en el entorno de la *sociedad del riesgo global*.¹⁰ Con estas coordenadas, nos hallamos ante un contexto social que no está responsable-

⁸ Véase la obra de Faria, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Madrid, Trotta, 2004.

⁹ Ayres, Y. y Braithwaite, J., *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, y, en concreto, González García, J. V., “Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *cit.*, pp. 7 y ss.

¹⁰ Beck, U., *La sociedad del riesgo global. Hacia una nueva modernidad*, trad. de J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, Barcelona, Paidós, 2008, pp. 221 y ss.

mente organizado. La misma sociedad que se mueve por intereses decide cuáles son los riesgos aceptables y cuáles son los peligros inadmisibles. Para hablar de ella, es preciso comenzar a conformar acciones y dar viabilidad a la creación de instituciones internacionales frente a los peligros globales.¹¹

Así, la regulación actual no impone ya simples límites de mínimos, como ocurría en el siglo XIX, sino que establece una relación de requisitos condicionantes, razón por la que muchos hablan de un derecho administrativo neopolicial.¹² En este sentido, muchas veces se ha optado por reducir el campo de aplicación del derecho administrativo a las esferas en las que resulta totalmente imprescindible a causa de que el derecho privado no es aplicable para conseguir los fines del interés general. Tal cosa hace que perdamos en garantías, y esa pérdida puede ser causa de ineficiencias, dado que el no tener un control adecuado de la actividad administrativa abre un cauce para el empleo incorrecto de los fondos públicos, el descontrol del gasto o la corrupción.¹³ Prosiguiendo con el análisis de esta realidad, el hecho de que surja una huida hacia el derecho privado gracias al propio legislador es una cuestión que nos debe hacer tomar conciencia de la realidad y examinar los campos que han quedado desfasados, proponiendo nuevas soluciones y buscando un nuevo equilibrio que se ajuste mejor a las necesidades de nuestra coyuntura con nuevas técnicas y nuevos instrumentos.¹⁴

A mi juicio, el camino de la seudoprivatización que se ha iniciado por la administración supone que, mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado, hay una supuesta creencia de que el derecho administrativo no es útil. En relación con lo expuesto, se sustenta que tal derecho no sirve para llevar a cabo la actividad propia de la administración; solamente aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, se ha optado por la reducción del ámbito que compete al derecho examinado. Únicamente le competiría la regulación de aquellas áreas que son imprescindibles, porque el derecho

¹¹ Beck, U., *La sociedad del riesgo global. Hacia una nueva modernidad*, cit., pp. 222-226.

¹² Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 116 y ss.

¹³ Desdentado Daroca, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 105, 106 y 130 y 131.

¹⁴ Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, cit., pp. 240 y ss. Sobre el tema, véase Head, M., *Administrative Law. Context and Critique*, Sydney, The Federation Press, 2008, pp. 50 y ss.

privado se muestra como un medio alternativo para la consecución de fines de interés general.

Mas, ante la realidad escenificada, se percibe que la administración es una organización de carácter instrumental. Por esta razón, es muy importante que las sociedades tengan un modelo administrativo que sirva de forma efectiva a los intereses públicos, y que el ordenamiento jurídico regulador establezca las vías y los pasos pertinentes para hacer que ello se logre. En consecuencia, se vendría a afirmar en un primer plano que la eficacia es uno de los principios básicos de la actuación administrativa, junto al de legalidad, conforme a lo previsto en el artículo 103 de la Constitución española. Empleando tales presupuestos, la administración debe regirse por normas que prevean las vías de mayor eficacia dentro de sus posibilidades y del respeto al resto del ordenamiento jurídico, especialmente a los principios constitucionales. Los principios aludidos se catalogan, aparte de en el principio de legalidad, en el principio de interdicción de la arbitrariedad, en el principio de objetividad, en el principio de igualdad ante la ley, en la libertad de concurrencia, en el control del gasto público, en la publicidad y transparencia, en el acceso a la función pública conforme a los criterios de mérito y capacidad, en la participación de los interesados en la adopción de las decisiones administrativas, y en el respeto, promoción y protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares. Sin embargo, aun aceptando que no haya una reserva general de derecho administrativo, hay reservas parciales y límites y principios que, sea cual sea la legislación que regule la actividad administrativa, se deben garantizar en todo caso.¹⁵

Sin embargo, los cambios no quedan aquí. También se constata la existencia de una modificación en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa y a los actos políticos o de gobierno y de su control por los tribunales. En resumen, se trata de un derecho administrativo “menos nacional, más garante y menos prestador, más democrático en unos aspectos y menos en otros, sometidos a un régimen jurídico que le concede mayores espacios de libertad”.¹⁶ Desde el punto de vista apuntado, el reto es alcanzar el desenvolvimiento de un entramado jurídico y político-institucional que pueda hacer frente a los obstáculos de la nueva sociedad global. De modo que es preciso crear nuevas estructuras políticas y administrativas que dispongan

¹⁵ Desdentado Daroca, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, cit., pp. 108 y 117.

¹⁶ Cfr., Alli Aranguren, J. C., *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Civitas, 2004; Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, cit., pp. 184 y ss. y 207.

de un alcance planetario para regular los mercados globales y hacer que las normas se cumplan por los agentes económicos.¹⁷

En esta línea, no sería plausible eliminar la idea de que los poderes públicos deben asumir la iniciativa de efectuar medidas que logren la igualdad real mediante políticas redistributivas que superen las fronteras nacionales y reduzcan las desigualdades en el mundo globalizado. La dirección que se debería seguir, a mi parecer, pues, es la de potenciar más la solidaridad y menos la competencia; ello es urgente, ya que el mercado no puede arreglar la situación por sí solo.¹⁸ Si bien el que los diseños y planteamientos sean globales no significa que hablemos de una uniformización absoluta, sino todo lo contrario. Tanto la administración como el derecho administrativo deben tener en cuenta las particularidades locales, y remitirse a las instancias de decisión y ejecución que más cerca estén de los ciudadanos, por ser materias de dimensión e interés local.¹⁹

Una última consideración es que se podría entrar a valorar también el ámbito del derecho administrativo como autorregulación regulada. Ésta viene representando una especie dentro del género de la desregulación, consistente en la tolerancia por parte de los poderes públicos de las normas gestadas en el ámbito privado, pero con el objetivo de que tales normas cumplan fines de interés general. Con tal visión, la característica de la autorregulación regulada reside en la cooperación entre el Estado y los sujetos económicos privados, que tiene como fin el cumplimiento más eficaz y eficiente de los intereses generales.²⁰

III. LA CONSECUICIÓN DEL INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

De lo hasta ahora reflexionado se deduce que el *interés* es la noción que sirve para denotar la adaptación o inadaptación efectiva de los diversos compo-

¹⁷ Bradley, A. W. y Ewin, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, Essex, Pearson Education Limited, 2007, pp. 419 y ss.; Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, cit., pp. 210 y 211.

¹⁸ Desdentado Daroca, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, cit., pp. 142 y 143.

¹⁹ Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, cit., pp. 208-214 y 220; y sus remisiones a las obras de Ferrajoli, L., *El futuro de la paz*; Beck, U., *Qué es la globalización*; Delmas-Marty, M., *Trois défis pour un droit mondial*, y Stiglitz, J. E., *El malestar en la globalización*.

²⁰ Marcilla Córdoba, G., “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, núm. 28, 2005, pp. 246-248.

nentes de una relación jurídica, y de ella a los diversos supuestos de la realidad. Corrigiendo la generalidad de las fórmulas de la estructura sin reemplazarlas, las dota de un contenido concretizador y nos da a conocer a cuál de las partes se la puede, o debe, dar la razón.

Por tanto, si realizamos una división clásica en dos compartimentos estancos, el elemento de la relevancia, que en apariencia es excesivamente radical, demuestra que en realidad lo único que se produce es una mayor o menor trascendencia pública de las garantías jurídicas, siendo sumamente difícil concebir una hipótesis de un interés individual que no tenga alguna consecuencia de este tipo. En este orden de ideas, podemos sostener que, puesto que el mundo exterior posee un valor, constituye un bien y, en cuanto es objeto de una tendencia o de una aspiración de la persona hacia él, constituye un interés.²¹

Sin embargo, estos criterios son deficientes o, al menos, no son los únicos que interesan ni a los ciudadanos ni al propio legislador. En el nuevo contexto, a ellos les preocupa cada vez más la efectividad de las normas, porque el legislador no las dicta con el simple propósito de modificar o reafirmar los comportamientos (o los sentimientos, en las simbólicas) de los ciudadanos. Para el legislador, los comportamientos son medios para alcanzar un estado de cosas, por lo que la norma pueda ser eficaz (obedecida), pero inefectiva (no consigue el objetivo perseguido). La eficacia tiene que ver con la actitud positiva o negativa que ante la misma adopten los ciudadanos; y la efectividad depende de que quien haya tomado la decisión normativa haya establecido correctamente la relación causal entre la conducta que se demanda a los ciudadanos y el resultado que se persigue.

En este apartado creo necesario, por tanto, desglosar lo que significa el término *eficacia*, que es sumamente ambiguo, pudiendo seguirse dos clases de criterios: a) la conexión entre el derecho como técnica de control social y las conductas que llevan a cabo los sujetos, y b) el nivel de incidencia de las normas en las conductas de los sujetos. Con relación al primero, la correspondencia citada es un aspecto de la relación semántica entre un contenido de proposiciones y un estado de cosas. En lo atinente al segundo, la relación implica que existe un sistema normativo, no pudiendo definirse la eficacia

²¹ Desde un punto de vista lingüístico, véase Casares, J., "Interés", *Diccionario ideológico de la lengua española*, Barcelona, G. Gili, 1992. Habermas delimita el sentido filosófico del término al afirmar que "el interés presupone una necesidad o genera una necesidad" (*cfr.* Habermas, J., *Conocimiento e interés*, trad. de M. Jiménez Redondo, Valencia, Universidad de Valencia, 1995). Y, desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, véase Heck, P., *El problema de la creación del derecho*, prólogo de J. Puig Brutau, trad. de M. Entenza, Granada, Comares, 1999, pp. 60 y ss.

en el nivel de correspondencia entre acciones y prescripciones, integrando, a su vez, las condiciones precisas de la existencia del sistema.²²

Debido a todo lo que acabamos de decir, se podrían alcanzar, con palabras de P. E. Navarro y C. Redondo, una serie de conclusiones: *a*) un concepto de eficacia que sea útil en el ámbito de la teoría general del derecho se ha de relacionar de forma lógica con el concepto de prescripción; *b*) el punto de enlace entre eficacia y prescripción precisa, además de la correspondencia, un elemento contrafáctico en cuanto a la incidencia de los sistemas normativos; *c*) la conceptualización de la eficacia en relación con los enunciados de correspondencia no expresa la naturaleza normativa de los sistemas jurídicos, y *d*) la unión del concepto de eficacia con los motivos de los sujetos sirve como criterio valorativo de la actuación de los sistemas jurídicos, manifestando que aquella cuestión no se desenvuelve con una concienciación de la situación de las cosas en su adecuación a los contenidos normativos.²³

Un último parámetro con el que los ciudadanos juzgan cada vez más las normas es el de la eficiencia. En un contexto de escasez, el legislador racional ha de perseguir los resultados deseados al menor coste posible; “gobernar mejor con menores costes” es una exigencia de los ciudadanos de cualquier país si es verdad que la eficiencia es una condición, aunque deficiente, de la justicia.²⁴ El jurista tradicional se ha ocupado poco de la eficacia de las normas, y muy raramente de su efectividad y eficiencia, pese a ser parámetros de necesaria consideración, y cuyas diferencias no ha destacado suficientemente la ciencia jurídica. Centrado en el estudio de la validez de la norma, y como mucho de su eficacia, no ha prestado atención a que la posible quiebra de este mecanismo de control social que es el derecho no proviene sólo, ni fundamentalmente, del grado de obediencia o desobediencia, sino de la sospecha que se ha instalado en nuestras sociedades de que las normas son, a veces, escasamente efectivas, así como del temor a que sus costes no se conozcan o que, cuando se sepan, superen las ventajas prometidas. En suma, aunque no hay que perder de vista que detrás de tales críticas suele haber un intento de justificar políticas neoliberales de

²² Navarro, P. y Redondo, M. C., *Normas y actitudes normativas*, México, Fontamara, 2000, pp. 22 y ss.; Zapatero, V. y Garrido Gómez, M. I., *El derecho como proceso normativo. Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2007, pp. 20 y 21.

²³ Navarro, P. y Redondo, M. C., *Normas y actitudes normativas*, *cit.*, pp. 29 y 30.

²⁴ Calsamiglia, A., “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 69 y ss. Sobre el tema de la eficiencia, véase Calsamiglia, A., “Eficiencia y derecho”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 267-287; Hierro, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 63 y ss.

desregulación, crece la sospecha de que el derecho es un instrumento de control social demasiado tosco y costoso, que no siempre proporciona lo que se le pide, y que lo que aporta puede resultar bastante caro.

Pero no todo queda aquí, sino que, cuando hablamos de la eficacia o de la eficiencia, nos referimos a sus efectos y consecuencias, a pesar de la diferencia que hay entre ambos conceptos. En tal sentido, pienso que es subrayable la postura de Nino, quien aprecia que hay una cierta correspondencia entre ambos conceptos dentro la norma jurídica en el supuesto de que su cumplimiento desemboque en una suma agregada de mayor nivel en la satisfacción de preferencias, descontentando la frustración de preferencias. Siendo relevante en este punto la idea de que Nino identifique a la eficacia con la anomia y, singularmente, con la que afecta a valores trascendentales del Estado de derecho.²⁵

En vista de lo aducido, en el caso de que partamos de la eficacia como un principio jurídico consagrado en el artículo 103 de la Constitución española, se establece la consecución en cada momento histórico del interés general y de su efectividad. Y hablamos de interés general como “la aglutinación de intereses, valores o bienes concretos susceptibles de ser protegidos”. Sin embargo, para realizar satisfactoriamente el mandato previsto en el artículo 103 se ha de ponderar, evaluar y analizar el coste-beneficio de algunas reglas, analizando cuál de las decisiones es la que optimiza el objetivo/objetivos que se ha/han de conseguir. Por consiguiente, si queremos superar la mera eficacia y alcanzar también la eficiencia, hemos de tener en cuenta que, aparte de entender que algo ha de ser realizable, también ha de haber alcanzado todas las metas para llegar a desplegar la mejor decisión con los programas de financiación y periodicidad presupuestaria.²⁶

Más ahora el Estado tiene que desarrollar su vida dentro de unos parámetros cada vez más complejos, y a él le corresponde asegurar la mejor regulación posible en el ámbito social por medio del derecho y de las políticas públicas, siendo sus funciones más acuciantes las de hacer que mejore el funcionamiento del mercado, la promoción de la igualdad y la protección de los trabajadores vulnerables.²⁷

²⁵ Nino, C. S., *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Ariel, 2005, pp. 35 y ss.

²⁶ Montoro Chiner, M. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 81.

²⁷ Arnaud, A.-J. y Fariñas Dulce, M. J., *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, cit., p. 282.

IV. LOS LÍMITES A LA ADMINISTRACIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

La versión que hemos estado analizando hasta ahora del modelo de protección del interés general por parte de la administración y del derecho administrativo conduce a que lo primero que se deba tener en cuenta sea el control de los hechos determinantes, pues toda acción discrecional de la administración se apoya en una realidad fáctica que actúa como supuesto de hecho de la norma que ha de aplicarse.²⁸ Las resoluciones de la administración se deben diferenciar por estar sometidas al principio de legalidad, y por ser discrecionales, consecuentemente, la cuestión es saber encontrar un plano intermedio en el que se respeten los dos principios. Con este objeto, se ha precisado que el margen de discrecionalidad para que haya eficacia ha de usarse con arreglo a los fines que persiga la actividad, de forma que son atacables los actos que, llevándose a cabo en el seno de los poderes que la ley reconoce, se dirijan a un fin que sea distinto del que en principio se determinó, figura que se conoce con el nombre de *desvío de poder*, o supongan una medida innecesaria o desproporcionada para alcanzar esos fines; es decir, *exceso de poder*.²⁹

De la misma manera, se establecen una serie de requisitos que se deben cumplir, siendo el primero el de la motivación de las decisiones adoptadas, para impedir el capricho o la pura subjetividad del órgano que las dicta, aunque tal motivación puede ser sucinta siempre que sea suficientemente indicativa. Otro requisito es el de la justificación objetiva; esto es, las decisiones tienen que venir respaldadas por los datos objetivos sobre los que operan, ya que en los actos discrecionales, al concurrir cierta libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la actuación decisional, lo que hace que la administración haya de aportar todo el material probatorio que acredite que aquéllas se apoyan en una realidad fáctica garante de la legalidad y la oportunidad, sin olvidar la congruencia con los motivos y fines. Además de que la presunción de legalidad de los actos administrativos pretende garantizar su ejecutabilidad y evitar que, dada la oposición de un particular, se produz-

²⁸ García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 31-49; *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 2000.

²⁹ Barry, N. (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*, Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar Cheltenham, 1998; Latorre Segura, A., *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 167 y 168.

ca su paralización trasladando al afectado la carga de impugnarlos y de promover el proceso.³⁰

Pues bien, en la discrecionalidad administrativa plena la administración debe estar autorizada por el ordenamiento jurídico para desarrollar sus actividades, pero puede suceder que, adjuntamente a la autorización, la faculte para decidir la solución que crea más conveniente en aras del interés público. Satisfacción que constituye uno de los fines del Estado y que justifica la organización administrativa, remitiendo a su estimación las condiciones que no sean regladas y estén enfocadas a la integración del supuesto de hecho, al contenido dentro de los límites de la decisión aplicable o a los dos elementos. Por tanto, el dato decisivo que plantea una potestad discrecional de esta categoría se apoya en las materias de naturaleza política sobre las que se ha de actuar según criterios de conveniencia y oportunidad.³¹

Como sabemos, un elemento limitador es el del control ejercido a través de los principios generales del derecho, comprendidos como condensación de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que en el caso de España son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (artículo 1.1 de la CE). En este espacio, el mandato de los principios recae en imponer un genérico deber negativo que prohíbe actuar en contra del valor que consagran, pues no pueden crear obligaciones ni otorgar derechos subjetivos típicos o activos. En tal sentido, en cuanto a lo que se refiere a las administraciones públicas, éstas no pueden ejercer acción alguna si la ley vigente no ha delimitado antes los supuestos de hecho en los que puede ejercer como poder público que es, en razón de que la configuración del régimen de atribución de potestades con arreglo al principio de legalidad precisa que se determinen *a priori* los supuestos fácticos en los que la administración posee competencia. Mas, a mi juicio, el esquema anterior debe superarse, porque concurren otras razones de índole práctica. Dentro de esa explicación, se sitúa la imposibilidad material de satisfacer todas las pretensiones que se legitiman, en que la comunidad considera valioso que el Estado garantice la realización de un fin.³²

Hoy, con la vigencia de los Estados constitucionales de derecho, el tradicional principio de legalidad que regía la libertad del ciudadano y la acción

³⁰ Fernández, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 82-92.

³¹ Alessi, R., *Principi di diritto amministrativo*, Milán, 1971, t. I. pp. 198 y ss.; García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, t. I, pp. 478 y ss.; Sáinz Moreno, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 347 y ss.

³² Beladéz Rojo, M., *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 84-88.

de la administración ha cambiado también. En cualquier caso, la labor encomendada no es la misma que antaño, advirtiéndose que la administración pública suele ser la gran realizadora de la política social. Sin embargo, desde hace tiempo, las cada vez más abundantes necesidades y la desproporción de los recursos han inducido a ciertos replanteamientos, barajando principios de solidaridad e igualdad, evaluados según el grado de desarrollo de la libertad que posibiliten, promoviendo la participación y la vinculación de los sujetos y de los grupos como sujetos de servicios primarios y como sujetos activos y transaccionales en los aspectos sociales que les afectan.

Congruentemente, el debate de la acción administrativa se encamina hacia la redefinición y fijación de límites para establecer un nivel mínimo de protección, que consiste en la prestación de los servicios indispensables para la integración en la sociedad y el apoyo a la promoción del bienestar. En suma, la polémica recae en que no hay un único camino de colaboración entre lo público y lo privado en las sociedades avanzadas, y en que las formas de colaboración responden a pautas culturales e institucionales que sobrepasan las fronteras de los Estados.³³

En este marco, y con la consideración de los enunciados anteriores, se supera la labor meramente garantizadora de antaño y se asumen tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. Esa labor gestora requiere aparatos organizativos que efectúen las tareas según su propia lógica, determinada, como nos ilustra Zagrebelsky, por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento e intereses sindicales de los empleados, por no hablar de las reglas informales que vienen dadas por los partidos políticos. A esto es a lo que se llama *legislatividad de la organización*,³⁴ la cual, en razón de la dificultad que supone regular previamente la actuación administrativa, ha de permitir programaciones concertadas, negociadas y flexibles.

La regulación de las interioridades técnicas de la industria desde la administración es materialmente imposible por la falta de conocimiento especializado. Cuanto mayor sea la pretensión reguladora, mayores serán los espacios de autorregulación.³⁵ En este caso, nos topamos también con regu-

³³ Garrido Gómez, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 137-141.

³⁴ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 2009, pp. 34 y 35.

³⁵ Esteve Pardo, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2002, pp. 26-29; MacLauchlan, H. W., "Public Service Law and the New Public Management", en Taggart, M. (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, pp. 118 y ss.

laciones paralelas a los derechos estatales, a título ilustrativo, las que provienen de la sociedad civil cuyo principal ejemplo es la *lex mercatoria*.³⁶

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desglosados los aspectos precedentes, se obtienen las ideas de que el interés jurídico se desenvuelve con base en una vinculación a conceptos jurídicos en apoyo de los derechos subjetivos y de las obligaciones. Las razones para entender lo jurídicamente relevante son una conjunción de factores éticos, culturales, sociales, políticos, económicos, espaciales o temporales, cuya valoración se caracteriza por su mutabilidad.³⁷ Desde esta posición, las demandas de derechos que poseen una naturaleza social o política son reformulables en muchas ocasiones en términos de violación individualizada y concreta de un derecho personal y con una víctima determinada. No obstante, se advierte que, aun en el supuesto de que el caso no tenga naturaleza colectiva, sí lo habrán de tener sus efectos, por lo que también en estos casos se ha de comprender que la actuación judicial tiene el sentido de garantizar de alguna manera cierta forma participativa en la esfera política.³⁸

De ese modo, llevando a cabo un intento clasificador, Abramovich establece una catalogación de casos en: aquellos que consisten en las intervenciones judiciales que tienden a juridificar decisiones de política pública asumidas por el Estado, sin entrar en la valoración de la propia política pública; las situaciones consistentes en que el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por lo tanto, su adaptabilidad para satisfacer el derecho en cuestión. Dentro del marco de los derechos económicos, sociales y culturales, un elemento básico para el éxito radica en la posibilidad de articular los distintos campos, de forma que la resolución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas públicas o las situaciones sociales que se encuentran en la raíz de todo el conflicto. Un tercer tipo puede centrarse en las situaciones en las que el Poder Judicial se ve forzado a tomar una decisión ante la no acción del resto de los poderes públicos, esto siempre que

³⁶ Esteve Pardo, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, cit., pp. 129 y ss.

³⁷ Fre, M., *Schemi giuridici e rapporti d'interessi*, Padua, 1972, p. 15; Guasp, J., *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 272 y ss.; Ornaghi, L., *Il concetto di interesse*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 30 y ss.; y, más recientemente, Añón Roig, M. J. y García Añón, J. (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 130 y 131.

³⁸ Abramovich, V., "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", *Estudios Socio-jurídicos*, núm. 9 (número especial), abril de 2007, pp. 10-13.

el tribunal verifique que sólo hay una medida posible para ser adoptada, y, por eso, que se produzca una falta de alternatividad al respecto. Y una cuarta variante de intervención judicial se mantiene cuando sólo se limita a declarar que la omisión del Estado es legítima sin disponer ninguna medida de reparación.³⁹

Con los referentes citados, la conclusión a la que se llega es que debe haber un trabajo conjunto y complementario en el que la acción de los poderes no sea aislada, sino que esté en permanente combinación. Estas estrategias legales complementarias tienen como punto de partida un enfoque procedimental. En consecuencia, dice Abramovich que “no se reclama una prestación ni se impugna directamente una política o medida que afecta a derechos, sino que se pretende garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de administración”.⁴⁰

Sin embargo, siendo realistas, fuera de que el derecho administrativo conforme o no un ordenamiento autónomo, sus normas se dirigen a la expansión de la organización económica capitalista y a la desaparición de las fronteras, refiriéndose a los flujos financieros o al mercado de bienes y servicios. Así pues, desde los parámetros aducidos lo que he tratado de poner de manifiesto es que cada vez se estrechan más las fronteras entre los derechos públicos y privado, y se percibe cómo las administraciones públicas recurren progresivamente al derecho privado. En definitiva, mi pretensión ha sido mostrar que en las dos esferas preocupan los mismos temas: la participación de los interesados, el acceso de los ciudadanos, los costes que imponen y su control por el Parlamento. Mas la pregunta de hasta dónde puede llegar tal sistema privado es difícil de constatar, observándose que el control estatal se está perdiendo, y que los conflictos que se presentan en la administración y en el derecho administrativo son significativos.⁴¹ Pero, aun así, creo que ha de quedar claro que ambos tienen mucho que hacer en la protección del interés general.

³⁹ *Ibidem*, pp. 17 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁴¹ Aman, A. C. Jr., “The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law. From Government to Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, núm. 8, 2001, pp. 379 y ss.; Baker, G. y Chandler, D. (eds.), *Global Civil Society. Contested Futures*, Londres-Nueva York, Routledge, 2005; Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, *cit.*, pp. 240 y ss.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y COMO LÍMITES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Ramón RUIZ RUIZ*

Lourdes de la TORRE MARTÍNEZ**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales.* III. *El principio de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional español.* IV. *El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario: el Tratado de Lisboa.* V. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo: legislación general y sectorial.* VI. *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad¹ podría considerarse como una de las principales contribuciones al derecho público desde la Segunda Guerra

* Profesor titular de filosofía del derecho, Universidad de Jaén, España.

** Profesora titular (acreditada) de derecho administrativo, Universidad de Jaén, España.

¹ El principio de proporcionalidad también se conoce en la doctrina alemana y en la jurisprudencia europea y comparada, como “proporcionalidad de los medios”, “proporcionalidad del sacrificio”, “proporcionalidad de la injerencia”, “prohibición de exceso”, etcétera. Sin embargo, el término que ha hecho fortuna es el de “principio de proporcionalidad” en sentido amplio y comprensivo de los tres criterios que integran el “test alemán de proporcionalidad”. Barnés Vázquez, J., “Presentaciones”, *Cuadernos de Derecho Público, el principio de proporcionalidad*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, INAP, p. 7. Se entiende por proporcionalidad en sentido amplio “el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades.

Mundial.² Se trata de una construcción doctrinal y jurisprudencial de origen alemán, cuyo ámbito originario de aplicación era el derecho penal —al que exige la adecuación de la pena a lo estrictamente necesario—, si bien ha experimentado en los últimos años un desarrollo extraordinario en muchos otros ámbitos del derecho público. Ha sido adoptado, también, por muchos tribunales de justicia y, especialmente, tribunales constitucionales, adquiriendo un protagonismo esencial a la hora de solucionar los conflictos entre derechos fundamentales, debido a la especial estructura de este tipo de normas, como se verá más abajo. En esta línea, nuestro Tribunal Constitucional ha tratado de formalizar este principio, que se inspira, aun sin reconocerlo expresamente, en el denominado “test alemán de proporcionalidad”,³ cuya aplicación persigue la distinción y el análisis de tres requisitos fundamentales o subprincipios, que desarrollaremos más adelante: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, el uso del mismo en la jurisprudencia constitucional española no puede considerarse consolidado aún.⁴

Asimismo, el principio de proporcionalidad tiene gran relevancia en el ámbito supranacional europeo, donde el TJCE lo ha reconocido como un principio preeminente que ha aplicado en el enjuiciamiento de las medidas de gravamen de la Comunidad y en el control de las normas y resoluciones administrativas. Este principio cumple también un destacado papel como canon de control del ejercicio de las potestades discrecionales de la administración, revisando tanto la decisión misma de intervenir como el medio elegido, obligándole así a hacer un balance entre costos y equilibrios de su actuación.

En suma, pues, la acción estatal —en cualesquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)— debe ser *útil, necesaria y proporcionada*. Cada uno de los principios que lo integran (utilidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser *idóneo* en relación con el *fin; necesario* —el más moderado— respecto de todos los *medios útiles, y proporcionada* la ecuación *costes-beneficios*”. Barnés Vázquez, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 500.

² Kluth, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 220.

³ El TC se ve impulsado originariamente a utilizar el principio de proporcionalidad por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (RCL 1999, 1190 y 1572), y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La incorporación de esta doctrina a la jurisprudencia constitucional española, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 10.2 CE, constituyó una de las principales vías de entrada del principio en los pronunciamientos del TC.

⁴ González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 148.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ya se ha adelantado, el principio de proporcionalidad cobra un claro protagonismo en los casos de conflicto entre otros principios, tales como los derechos fundamentales. En efecto, no todas las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico son iguales, sino que éstas pueden ser de muy distinto tipo, y pueden ser catalogadas conforme a diversos criterios, no sólo jurídicos, sino también doctrinales. Entre estos últimos, los más conocidos son los propuestos por Hans Kelsen⁵ y por Herbert L. A. Hart,⁶ quienes distinguen entre normas primarias y normas secundarias (si bien con un sentido diferente en cada caso).

Ahora bien, la distinción que aquí nos interesa es aquella que divide a las normas en *reglas* y *principios*. Se trata también de una distinción doctrinal que no aparece reflejada ni en la Constitución ni en ningún otro texto legal, pero que tiene una gran importancia tanto para la teoría del derecho como para la aplicación práctica del mismo. Con carácter general, puede afirmarse, con Zagrebelsky, que “las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son, predominantemente, principios”.⁷

La distinción se popularizó gracias a un artículo de Ronald Dworkin, aparecido en 1967, titulado “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, que pos-

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1983, pp. 71 y 72.

⁶ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 116-120.

⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 109. Sin embargo, la Constitución también contiene reglas (por ejemplo, el artículo 17.2 de la Constitución española, que prescribe que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”), al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella (como el contenido en el artículo 7.1 del Código civil: “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”). No obstante, esta cuestión no es pacífica, sino que, muy al contrario, ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción; es más, hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia, como es el caso, por ejemplo, de L. Prieto Sanchís (véase Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 7, Madrid, Dykinson, 1998). Nos encontramos, así, ante uno de los temas más profusamente discutidos en la teoría del derecho de las dos últimas décadas.

teriormente fue incluido en su obra *Los derechos en serio*.⁸ Entre los criterios de distinción que propone Dworkin,⁹ el más relevante para el tema que nos ocupa tiene que ver con una dimensión que, según su parecer, tienen los principios, pero de la que carecen las reglas: la dimensión del peso o importancia. Así, cuando los principios interfieren unos con otros, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno; pero en este caso no puede haber una mediación exacta, por lo que el juicio respecto de si un principio en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, las reglas no tienen esta dimensión; esto es, no podemos decir que una regla sea más importante que otra, sino que cuando dos de ellas entran en conflicto, la decisión respecto a cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las reglas mismas mediante elementos externos a su contenido, como, por ejemplo, otras reglas que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior o la posterior, o algo similar.

También Robert Alexy,¹⁰ uno de los más destacados teóricos de la distinción entre estos dos tipos de normas, sostiene que la distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios y de conflicto de reglas y, más en concreto, en la muy diferente forma en que ambos se solucionan.

Para analizar este criterio de distinción, Alexy recurre a dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán. La primera se refiere a un conflicto

⁸ Ahora bien, como señalan Atienza y Ruiz Manero, los “principios jurídicos” son viejos conocidos de los juristas, pues, en efecto, antes de Dworkin, esta cuestión no estuvo ausente del pensamiento jurídico. Así, por ejemplo, destacan las contribuciones de Walter Winburg en Austria, en la década de los cuarenta, y las de Josef Esser en Alemania en los cincuenta —quien formuló ya una distinción entre principios y reglas—, junto con las de Norberto Bobbio en Italia o las de Eduardo García de Enterría en España (véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 101). Sin embargo, fue Dworkin quien, con su crítica al positivismo jurídico, inició verdaderamente un debate —que aún continúa— con consecuencias, entre otras materias, en la dogmática y la metodología jurídicas, en el concepto de sistema jurídico, en la relación entre derecho y moral y en la argumentación jurídica.

⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 75-78.

¹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1997, pp. 81-98. Otro de los criterios que propone Alexy para la distinción entre reglas y principios radica en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Es decir, los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas serían “mandatos definitivos” o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

entre una norma jurídica del Estado Federal y otra de un *land* (BverfGE, 1, 283 (292)). Esta última prohibía la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. Éste es un caso clásico de conflicto de reglas contradictorias: una permite lo que la otra prohíbe, de modo que si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. Se trata de un conflicto que sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto, o bien declarando inválida una de las reglas. Así, el Tribunal resolvió este caso según la norma de conflicto “el Derecho federal prevalece sobre el Derecho del *land*” (artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn), declarando, de este modo, nula la norma jurídica del *land*.

De manera enteramente distinta procede el Tribunal Constitucional alemán en una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenazaba el peligro de un ataque de apoplejía y de infarto (BverfGE, 51, 324). Las normas en colisión son, por un lado, el artículo 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconoce al individuo un derecho fundamental a la vida y a la integridad física y, por otro, el principio que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado habría que calificarse, sencillamente, de prohibida; si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral, simplemente, como obligatorio o, cuanto menos, permitido. Por otro lado, si el Tribunal hubiera resuelto el caso eliminando del ordenamiento jurídico bien el derecho fundamental, o bien el deber, habría tratado la colisión de las correspondientes normas como un conflicto de reglas. El proceder del Tribunal, sin embargo, es muy diferente: no habla de una contradicción entre ambas normas, sino de una *tensión*, y subraya que ninguna de ellas goza “simplemente de primacía frente a la otra”, lo que sería el caso si una de las normas, como en los supuestos de conflictos de reglas, hubiera sido declarada inválida.

En efecto, las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quie-

re decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso; sin embargo, al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido.¹¹

El problema que surge aquí es que la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación, como señala Prieto Sanchís,¹² comporta importantes riesgos de subjetividad valorativa por parte del órgano jurisdiccional correspondiente (desde luego, mucho más que la aplicación de reglas). Y, precisamente, para tratar de solventar, siquiera en parte, este problema, y para reducir la discrecionalidad del juez, se ha ido forjando el principio o juicio de proporcionalidad, que consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es propiamente donde rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida en la esfera de un principio o un derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.¹³

¹¹ Para un análisis más detallado de la distinción entre reglas y principios véase Ruiz Ruiz, Ramón, “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho”, *Urbe et Ius*, abril de 2007 disponible en http://www.urbeetius.org/images/PDF/news20_ruizruiz.pdf.

¹² Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 173.

¹³ Alexy añade otros dos elementos que acrecientan la seguridad jurídica y limitan la discrecionalidad judicial, como son: un sistema de condiciones de precedencia y un sistema de prioridades *prima facie*. En virtud del primero de estos elementos, a raíz de la resolución de un conflicto entre principios, puede establecerse una ley de colisión, que vale para todas las colisiones de principios similares, que reza: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”. Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos —no obstante, como pueden surgir otros supuestos de colisión de esos mismos principios en los que las circunstancias sean distintas y, por ello, deberán ser evaluadas, por lo que no es posible construir ningún orden que establezca en cada caso justamente una única decisión correcta—. El segundo elemento lo constituyen las prioridades *prima facie*. Por ejemplo, en una información sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad del acusado por el delito. Las prioridades *prima facie* establecen, así, cargas de la argumentación, pero si son más fuertes los argumentos de un principio que juega en sentido contrario, éstas quedan sin vigor. En definitiva, aunque no es posible una

El principio de proporcionalidad (también conocido como “test alemán de proporcionalidad”) se compone de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. El primero de ellos exige que una medida restrictiva de un derecho no sea admitida si no es adecuada para conseguir la finalidad para la que fue adoptada. El principio de necesidad, por su parte, exige que para que tal medida sea aceptada no pueda haber otra medida que sea menos gravosa para el derecho en cuestión y que tenga al menos la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una ley de ponderación, que puede ser formulada como sigue: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”; esto es, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en un principio o un derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad. De este modo, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada consideran que si una medida de intervención en un derecho fundamental no cumple con alguno de estos tres subprincipios, implica una vulneración de aquel derecho, y por lo tanto debe ser declarado inconstitucional.¹⁴

Ahora bien, cuando nos referimos al principio de proporcionalidad y sus subprincipios, no hacemos referencia únicamente a una construcción doctrinal, pues éstos han sido adoptados por un importante número de tribunales, entre los que cabe destacar el Tribunal Constitucional alemán, que reconoció expresamente en 1968 que la “prohibición de exceso” (*Übermaßverbot*) y el “principio de proporcionalidad” (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) eran reglas generales aplicables en todos los ámbitos de la actividad estatal, cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional del Estado de

única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de la decisión (véase Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 144-148).

¹⁴ Como también se ha señalado ya, el principio de proporcionalidad opera en otros ámbitos jurídicos y, muy especialmente, en el derecho administrativo —al que se volverá más adelante—. Así, como señala Perelló, “para comprobar si una medida administrativa supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple tres condiciones: si la medida resulta susceptible de alcanzar el objetivo propuesto, si, además, es necesaria, en el sentido de que no existe otra más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia y, finalmente, si la medida es proporcionada en sentido estricto, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (véase Perelló Domenech, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, núm. 28, marzo de 1997, p. 69).

derecho del que aquellas reglas se deducen.¹⁵ Y ciertamente, el alto tribunal alemán ha realizado mediante sus sentencias, aportaciones importantes en el reconocimiento del principio, las cuales han ayudado a asentar el concepto de que “en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango jurídico constitucional. Ese reconocimiento deriva del principio de Estado de derecho, teniendo como sustrato esencial los derechos fundamentales”.¹⁶ Además, el Tribunal delimitó el contenido de los mismos afirmando que constituyen “principios cuya aplicación se extiende a la completa actuación estatal, directamente deducidos del reconocimiento del Estado de derecho y, por ello, de rango constitucional”.¹⁷ Esta concepción se ha mantenido hasta la actualidad por la jurisprudencia y la doctrina alemanas.¹⁸

Cuestión distinta, no exenta de polémicas doctrinales, ha sido la de la posible aplicación del principio de proporcionalidad en la esfera del derecho de la organización del Estado (*Staatsorganisationsrechts*), y particularmente en relación con las medidas jurídico-organizativas aplicables a las relaciones entre la Federación (*Bund*) y los estados federados (*Länder*) y a otras decisiones que afectan a la autonomía local.¹⁹

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Por lo que respecta a España, nuestro Tribunal Constitucional inicialmente empleó el principio de proporcionalidad con cierta generalidad e indetermi-

¹⁵ Winfried Kluth señala que el TC alemán y parte de la doctrina normalmente aluden al principio de prohibición de exceso y muy raramente al de proporcionalidad. Winfried Kluth, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público, el principio de proporcionalidad*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, INAP, pp. 220 y ss.

¹⁶ BVerfGE 19, 342 (348 y ss). Citado en Kluth, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público, el principio de proporcionalidad*, núm. 5, septiembre-diciembre de 1998, INAP, pp. 219-237.

¹⁷ BVerfGE 23, 127 (133). Citado *idem*.

¹⁸ Numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales pueden encontrarse en Stern, K., *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. III/2, 1994, 8414 c).

¹⁹ Asunto “Rastede-Entscheidung” BVerfGE 79, 127 y ss. Se afirmaba que “Los límites que se deducen del principio de Estado de derecho para las intervenciones del Estado en la esfera jurídica de los particulares no son aplicables a las relaciones competenciales entre la Federación y los Estados federados. Esto es válido en especial para el principio de proporcionalidad”. BVerfGE 81, 310. Citado en Kluth, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público, el principio de proporcionalidad*, núm. 5, INAP, septiembre-diciembre de 1998, pp. 219-237.

nación, si bien cada vez lo hace con mayor firmeza y rigor,²⁰ y ha proclamado en numerosas ocasiones que este principio es inherente al Estado de derecho y al valor de justicia proclamado en el artículo 1.1 CE,²¹ y que, en general, ha de ser observado cuando se trata de restringir un derecho fundamental²² —pues, como ya se ha señalado, es éste su principal ámbito de actuación,²³ aunque también se ha empleado en otros ámbitos—. ²⁴

Ahora bien, ¿en qué consiste exactamente la ponderación que exige el Tribunal Constitucional y que él mismo aplica en el caso de colisión de derechos? Pues bien, como hemos visto, la *ley de ponderación* consistía, según Alexy, en llevar a cabo un juicio de proporcionalidad entre los derechos enfrentados (o entre un derecho y un valor constitucional o una medida administrativa o judicial presuntamente protectora de un bien o interés público) que incluya la aplicación de los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La primera sentencia en la que el TC alude expresa y conjuntamente al llamado “test alemán de proporcionalidad” (integrado por los tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) es la sentencia 66/1995 del 8 de mayo —si bien ni en ésta ni en ninguna posterior ha reconocido explícitamente la influencia ni de la doctrina ni de la jurisprudencia alemanas—. Así, en el fundamento jurídico 5o., dicha sentencia proclama que:

Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple

²⁰ Para un estudio más completo del uso del principio de proporcionalidad por parte del TC español, véase “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2006/2007 disponible en <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero10/3-10.pdf>.

²¹ STC 85/1992 (f. j. 4) y STC 111/1993 (f. j. 9).

²² Ejemplos del empleo por parte del TC del principio de proporcionalidad encontramos: en la sentencia 205/2001, del 15 de octubre (f. j. 4); en la sentencia 56/2003, del 24 de marzo (f. j. 4). En la doctrina: González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.

²³ Barnés Vázquez, J., “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 333-370; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 18.

²⁴ Barnés mantiene que el legislador está vinculado al principio de proporcionalidad, y al TC corresponde su enjuiciamiento. Con mayor razón quedan a él sujetos la administración y los jueces, en sus ámbitos respectivos, cuando aplican e interpretan el derecho. Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, *El principio de proporcionalidad*, núm. 5, INAP, septiembre-diciembre de 1998, pp. 20 y ss.

los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Más explícitamente aun lo proclama la sentencia 207/1996 del 16 de diciembre:

Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales... viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad... En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Son numerosas las sentencias judiciales y medidas administrativas que nuestro Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto por entender que no superaban el test de proporcionalidad.²⁵ Un ejemplo relativamente reciente lo encontramos en la sentencia 14/2003 del 28 de enero:

Puede acontecer así que, a pesar de haberse producido una intromisión en el derecho del demandante en amparo a la propia imagen, la misma no resulte ilegítima si se revela como idónea y necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para lograrlo y se lleva a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental... La adopción de una medida como la cuestionada requería ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada,

²⁵ Algunos casos: SSTC 37/1998, 136/1999, 136/2000, 89/2006 y 90/2006.

de una parte, la gravedad de la intromisión que comportaba, en lo que ahora interesa, en el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo, y de otra parte, si la medida era idónea, necesaria, imprescindible y proporcionada para asegurar la defensa del interés público que pretendía proteger... Pues bien, en el presente caso, no puede estimarse que la intromisión que ha padecido el recurrente de amparo en su derecho a la propia imagen se encuentre justificada por los distintos bienes constitucionales e intereses públicos aducidos por la Jefatura Superior de Policía de Valladolid la Sentencia de la Audiencia Nacional y por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones. Por el contrario, tal medida no se revela como idónea, necesaria ni proporcionada para alcanzar aquellos bienes o intereses que se dicen perseguir con la difusión a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial del demandante de amparo.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO: EL TRATADO DE LISBOA

Llegados a este punto, se hace preciso dividir la proyección del principio de proporcionalidad en dos ámbitos: 1) el plano de distribución vertical del poder, presente en los sistemas competenciales (es la empleada en el derecho comunitario), y 2) y el ámbito de los derechos y libertades. Dado que en el presente artículo nos centramos en este último, simplemente destacaremos del primero la importancia del principio de proporcionalidad en el derecho comunitario.

Este principio no sólo está siendo utilizado por prácticamente todos los tribunales constitucionales europeos, sino que, como han puesto de relieve Barnés²⁶ y Häberle,²⁷ constituye un ejemplo claro del derecho público europeo emergente. En el ámbito europeo encontramos referencias al principio de proporcionalidad en el vigente Tratado de Lisboa,²⁸ firmado el 13 de

²⁶ Barnés Vázquez, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre de 1994, pp. 485 y ss.

²⁷ Häberle, Peter, "Derecho constitucional común europeo", *REP*, núm. 79, 1993, pp. 7 y ss.

²⁸ El Tratado de Lisboa se integra por el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) y por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en lo sucesivo). Como novedad, el TUE incorpora el artículo 6o., por el cual la Unión otorga el mismo valor jurídico que a los tratados, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. Existen ya, por otro lado, importantes artículos doctrinales: Jiménez-Blanco Carrillo de Albronz, A., "El Consejo, la Comisión y el Parlamento tras el Tratado de Lisboa", en

diciembre de 2007, y en vigor desde el pasado 1 de diciembre de 2009 (artículo 6o. del Tratado).²⁹

Concretamente, este principio se plasma expresamente en diversas ocasiones en el Tratado de Lisboa, que brevemente enumeraremos: *a*) el TUE (artículos 5o. y 12); *b*) el TFUE³⁰ (artículos 69, 276 y 296); *c*) el Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;³¹ *d*) las declaraciones anejas al acta final de la conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa,³² y *e*) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 14 de diciembre de 2007³³ y el documento de la misma fecha, relativo a las “explicaciones sobre la Carta de los Derecho Fundamentales”.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: LEGISLACIÓN GENERAL Y SECTORIAL

El principio de proporcionalidad, al margen de su aplicación en el ámbito de los derechos fundamentales, mantiene su vigencia en el derecho penal y desempeña un papel relevante en el derecho administrativo, en el cual ha sido definido como “la exigencia de una relación, de una adecuación, entre los medios empleados por la administración y el fin que persigue”. De este modo, nuestro derecho administrativo hizo suyo el principio de proporcionalidad.

Molina del Pozo, C. F. (dir.), *Treinta años de integración europea*, Lisboa, editorial Juruá, 2009, pp. 147 y ss.

²⁹ Un estudio que refleja el momento de bloqueo previo a la aprobación del Tratado de Lisboa puede consultarse en Méndez de Vigo, I., *Exposición de Motivos del Informe del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Lisboa* (29 de enero de 2008); Méndez de Vigo, I. (dir.), *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, Planeta-Fundación Rafael del Pino, diciembre de 2007. La situación comentada ha dado lugar a numerosos encuentros y jornadas. Sirva por todos: el seminario hispano-alemán sobre el Tratado de Lisboa, celebrado en Sevilla los días 4 y 5 de junio de 2008 bajo la cuádruple dirección del profesor Stern, de la Universidad de Colonia, el profesor Pérez Moreno, de la Universidad de Sevilla, el profesor Jiménez-Blanco, de la Universidad de Jaén y el profesor Pielow, de la Universidad de Bochum. Marti del Moral, A., “Crónica sobre el seminario hispano-alemán de derecho público después del Tratado de Lisboa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 70, 2008, pp. 245-253; Torre Martínez, L., de la, “Seminario Hispano-Alemán de Derecho Público sobre el Tratado de Lisboa”, *RAE* núm. 177, 2008, pp. 427-434.

³⁰ TFUE del 9 de mayo de 2008, versión consolidada, 9.5.2008, *Diario Oficial de la Unión Europea* C 115/175.

³¹ 9 de mayo de 2008, 9.5.2008, ES *Diario Oficial de la Unión Europea* C 115/201.

³² Firmado el 13 de diciembre de 2007, ES *Diario Oficial de la Unión Europea* 9.5.2008. C 115/344, 9 de mayo de 2008,

³³ (DOCE 2007/C 303/01), del 14 de diciembre de 2007.

alidad desde mediados del siglo XX. Recuérdense que el artículo 6o. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por decreto del 17 de junio de 1955 (en adelante RSCL), proclamaba, no con carácter general, la proporcionalidad en el derecho administrativo español³⁴ como un límite en la intervención de los entes locales en materia de particulares, y la jurisprudencia no tardó en incorporarlo como técnica normativa de protección al ciudadano.³⁵

También se han buscado argumentos a favor y en contra de aplicar el principio de proporcionalidad en la esfera local;³⁶ es decir, en el plano de la legislación ordinaria.³⁷

En cualquier caso, lo cierto es que en el marco de la legalidad de la administración, el equilibrio entre el ejercicio de las potestades administrativas

³⁴ Arroyo Jiménez, L., “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, Indret, núm. 2, 2009.

³⁵ Prueba de ello son los trabajos: López González, J. I., *El principio de proporcionalidad en derecho administrativo*, 1988, Sevilla, pp. 76 y ss.; González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.

³⁶ Sobre el principio de proporcionalidad y la autonomía local pueden consultarse: Sánchez Morón, M., *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, 1990, pp. 170 y ss.; García Morillo, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid, 1998, pp. 32 y ss.; Parejo Alfonso, L., “La autonomía local en la Constitución”, en Muñoz Machado, S. (coor.), *Tratado de derecho municipal*, Madrid, 2003, vol. I; Barnés Vázquez, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *RAP*, núm. 135, septiembre-diciembre, 1994; Sosa Wagner, F., *Manual de derecho local*, 6a. ed., Navarra, Aranzadi, 2001, pp. 53 y ss.; Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A., “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 635-650; Ortega Álvarez, L., *El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local*, AGL, 1997; Ortega Álvarez, L., “El modelo español de control sobre las autonomías territoriales”, *RGDA*, núm. 2, 2003; Barnés Vázquez, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público, El principio de proporcionalidad*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, p. 40; Sarmiento Ramírez-Escudero, D., “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *RAP*, núm. 162, septiembre-diciembre 2003, p. 155.

³⁷ Ortega Álvarez defiende que el marco legal vigente consagra en varias disposiciones de la legislación básica (artículos 55 b y 59.1 de la Ley 7/1985, del 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en lo sucesivo LBRL) un mandato de proporcionalidad que protege a los entes locales de las eventuales interferencias del Estado y de las comunidades autónomas. Ortega Álvarez, L., *El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local*, AGL, 1997, pp. 112 y ss. Sarmiento discrepa de lo anterior, y opina que si nos fijamos en estas normas encontramos mayores indicios en contra de la incorporación de la proporcionalidad. Además, sistematiza los cinco motivos que reflejan la inconveniencia de incorporar el principio de proporcionalidad en la esfera local. Sarmiento Ramírez-Escudero, D., “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, *RAP*, núm. 162, septiembre-diciembre de 2003, pp. 160-169.

y la esfera de derechos y libertades de los particulares impone el deber de respetar el principio de proporcionalidad en la actuación administrativa.

Con el fin de contrastar el grado de recepción por el legislador del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo, resulta obligado partir de la legislación básica estatal, en concreto de la LRJAP y PAC. Lo primero que se advierte es que esta norma no acoge el principio con carácter general, y sólo lo consagra de forma expresa en dos ámbitos: la ejecución forzosa de los actos administrativos y el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración (artículos 96.1 y 2 y 131, LRJAP y PAC).

Por otro lado, la legislación autonómica sobre régimen jurídico de la administración, aprobada con posterioridad a la LRJAP y a la PAC, se limita, en unos casos, a reproducir la ley estatal, y en otros no llega a positivizar expresamente el principio de proporcionalidad. Es decir, apenas presta atención al principio de proporcionalidad de la actividad administrativa.³⁸

Son asimismo numerosos los supuestos en los que la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS emplea el principio de proporcionalidad, y se puede observar cómo, en diversas sentencias desde 1990, se reitera un planteamiento general del principio para fundamentar en él la estimación o desestimación de las pretensiones de los recurrentes.³⁹

³⁸ López González, J. I., “El principio de proporcionalidad en derecho administrativo”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 149 y ss.

³⁹ Por el interés que suscita reproducimos su contenido: “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas —artículo 1.4 del Título Preliminar del Código Civil— y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho —artículo 103.1 de la Constitución—. Y es que claro que si tales principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios. Uno de estos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia, es el de proporcionalidad, que deriva claramente del artículo 106.1 de la Constitución que al dibujar el control jurisdiccional de la Administración alude al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican: aunque en ocasiones este precepto se ha entendido como una alusión a la desviación de poder, su sentido es mucho más amplio y recoge la necesidad de una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. En la misma línea, el principio de proporcionalidad tiene expresión en los artículos 84.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El principio de proporcionalidad, en lo que ahora importa, opera en dos tipos de supuestos: a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el Ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. b) Ya con carácter excepcional y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado”. Pueden verse, entre otras, las SSTS del 16 de mayo de 1990 y del 18 de febrero de 1992.

Por lo tanto, continúa siendo en el ámbito de la legislación sectorial administrativa donde el legislador establece, con mayor incidencia en el ejercicio de libertades, seguridad pública y propiedad, manifestaciones concretas y expresas al principio de proporcionalidad de la administración. Los supuestos en los que el legislador positiviza expresamente el principio de proporcionalidad en leyes sectoriales son diversos, con lo que refuerza su posición de principio general del derecho administrativo.⁴⁰ Un ejemplo lo encontramos en la legislación sectorial de telecomunicaciones, que pasamos a analizar de forma breve.

El principio de proporcionalidad llega a la legislación de telecomunicaciones a través del derecho comunitario.⁴¹ La Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones del 24 de abril de 1998 (en lo sucesivo, LGTT de 1998) no contemplaba la aplicación del principio, con carácter general, en el ámbito de telecomunicaciones. Sin embargo, existían numerosas materias en las que el legislador hacía referencia expresa a este principio.⁴² Por su parte, la Ley 32/2003, del 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTT de 2003), vigente, tampoco recoge la aplicación con carácter general del principio de proporcionalidad, como uno de los objetivos y principios de la ley (artículo 3o.). Pero, frente a la LGTT de 1998 anterior, no sólo amplía los supuestos en los que se hace referencia expresa a la proporcionalidad, sino que además se contempla como principio general aplicable a determinadas materias.

De este modo, tras anunciar la exposición de motivos que en materia de tasas a los servicios de telecomunicaciones, rigen como principios básicos “la transparencia, la proporcionalidad y su justificación objetiva”, la LGTT de 2003 contempla varios supuestos específicos en los que se invoca y exige,

⁴⁰ En el ámbito del derecho administrativo sancionador es frecuente el recurso al principio de proporcionalidad. Valga por todos: Castillo Blanco, F. A., *Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 30; Nieto García, A., *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 351.

⁴¹ Torre Martínez, L. de la, “El principio de proporcionalidad”, *La intervención de los municipios en las telecomunicaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 191 y ss.

⁴² En particular, encontramos tres cuestiones puntuales: a) en la regulación del procedimiento de otorgamiento de licencias individuales, en relación con el gobierno y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 18.3 “se respetará, en todo caso, el principio de proporcionalidad”); b) en el artículo 18.5 (“el Ministerio de Fomento [actual Ministerio de Industria, Turismo y Comercio] o, en su caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán modificar las condiciones impuestas a sus titulares en la resolución de otorgamiento de cada licencia individual, cuando haya una justificación objetiva para ello y respetando el principio de proporcionalidad”), y c) finalmente, en materia de financiación del servicio universal de telecomunicaciones (artículo 39.2 LGTT de 1998).

de forma expresa, la aplicación del principio de proporcionalidad. En particular, sucede en varias materias.⁴³

Si bien hemos advertido que la LGTT de 2003 no contempla la aplicación del principio de proporcionalidad, con carácter general, como un principio inspirador de la norma en su conjunto, sí existen tres materias en las que se infiere la aplicación del mismo con carácter general: a) el ámbito de acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión; b) en materia de numeración, direccionamiento y denominación; c) el ámbito de las tasas en materia de telecomunicaciones.

Finalmente, la jurisprudencia del TS en la materia destaca la relevancia del principio de proporcionalidad para determinar la legalidad de las ordenanzas municipales reguladoras de la instalación de infraestructuras de telecomunicaciones impugnadas.⁴⁴ Ahora bien, lo que no resulta asequible

⁴³ Pueden agruparse en cinco las materias que contemplan expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad en la LGTT de 2003: 1. En relación con las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas, la Ley contempla la posibilidad de que el Gobierno modifique las condiciones impuestas con arreglo a los “principios de objetividad y de proporcionalidad” (artículo 8.2); 2. En las obligaciones de suministro de información, la Ley exige que las solicitudes de información que se realicen de conformidad con el apartado anterior habrán de ser “motivadas y proporcionadas al fin perseguido” (artículo 9.2); 3. En materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado y, en concreto, en relación con los mercados en los que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la Ley exige que las obligaciones específicas que se impongan a los operadores de telecomunicaciones en este sentido “serán proporcionadas y estarán justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3o. de esta ley” (artículo 10.4, párrafo 2); 4. En cuanto a los derechos de los operadores a la ocupación del dominio público y, en particular, en los límites que fija la Ley a la normativa que se apruebe en este sentido por las administraciones competentes, la Ley prevé que “la entidad de la limitación que entrañen para el ejercicio de ese derecho deberá resultar proporcionado en relación con el concreto interés público que se trata de salvaguardar” (artículo 29.1). A continuación, recoge una lista de requisitos mínimos que deben contemplar las normas que se aprueben para la regulación de esta materia por las Administraciones competentes y, entre estos, se contempla que las solicitudes de información que se realicen a los operadores deberán ser “motivadas, tener una justificación objetiva, ser proporcionadas al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario” (artículo 29.2, letra d), y 5. En materia de títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico, la Ley contempla en dos ocasiones este principio en el artículo 45. En el apartado 3 dispone que “reglamentariamente, el Gobierno establecerá las condiciones no discriminatorias, proporcionadas y transparentes asociadas a los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico” y, en el apartado 5, prevé que el Ministerio de Industria Turismo y Comercio podrá modificar los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico “con arreglo a los principios de objetividad y de proporcionalidad”.

⁴⁴ En tales supuestos, el Tribunal entiende que la proporcionalidad aquí exigida ha de comprobarse en dos términos “la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho [a la ocupación del dominio público por los

a priori es determinar si una ordenanza local sobre telecomunicaciones es proporcionada o no. La eficacia del principio de proporcionalidad sirve de garantía a los operadores de telecomunicaciones que tienen reconocido el derecho a la ocupación del dominio público y se deriva del ordenamiento jurídico (artículos 103.1 CE y 6.3 RSCL) y de la legislación de telecomunicaciones. Lo anterior parece indicar que las exigencias de los ayuntamientos han de ser examinadas caso, por caso, y ello puede implicar incluso la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados.

VI. REFLEXIONES FINALES

A modo de reflexión última podemos decir que el principio de proporcionalidad se deriva de la noción material del Estado de derecho y, en realidad, de la misma esencia de los derechos fundamentales, que son ante todo derechos de libertad, y tiene, por consecuencia, rango constitucional. Cualquier restricción de la esfera de libertad que se encuentra protegida por los derechos fundamentales habrá de respetar con todo escrúpulo el principio de proporcionalidad. En cuanto expresión de la cláusula del Estado de derecho, su vigencia no se circunscribe a determinados ámbitos del ordenamiento jurídico, sino que constituye una regla que afecta a toda intervención estatal, sea cual fuere su naturaleza (normativa o de aplicación e interpretación del derecho).

De este modo, el principio de proporcionalidad hoy en día constituye un auténtico principio general del derecho, que se encuentra positivizado en el derecho comunitario (Tratado de Lisboa), en la legislación general de derecho administrativo y, en particular, de forma expresa, en la legislación administrativa sectorial. De este modo, se erige en un instrumento clave de control, y cobra especial relevancia debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente cuenta la administración.

A lo anterior ha contribuido una jurisprudencia importante del TC español, que desde fechas tempranas viene aplicando el principio de proporcionalidad, y en los últimos tiempos también el TS en materias sectoriales.

operadores de telecomunicaciones] y del interés público que se intenta preservar”. Sirva por todas SSTs del 24 de enero de 2000, del 18 de junio de 2001 y del 15 de diciembre de 2003.

NUEVOS LÍMITES A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: LAS ORDENANZAS DE CONVIVENCIA

Catalina RUIZ-RICO RUIZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La dimensión constitucional de las ordenanzas de convivencia.* III. *Aspectos de discutible licitud y constitucionalidad en las ordenanzas municipales.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

A través de la continua proliferación de ordenanzas municipales de convivencia, tiende a consolidarse el civismo, la seguridad ciudadana y el espacio público como nuevos límites de los derechos constitucionales. A raíz del progresivo deterioro de las normas básicas de convivencia y la relajación social de las costumbres cívicas en los espacios públicos, los entes locales han asumido la reordenación legal de las relaciones ciudadanas, con el riesgo de afectación y restricción de los derechos constitucionales.

Las disposiciones infralegales de los ayuntamientos destinadas a contener actuaciones “incívicas” adquieren trascendencia constitucional por su impacto negativo en múltiples derechos constitucionales (libertad individual, derecho de reunión, asociación, libertad religiosa, propiedad privada, protección de menores...).

El control administrativo municipal de ciertas actividades mediante autorizaciones previas y determinadas prohibiciones establecidas en las ordenanzas locales se adentra en el ámbito constitucional, con un posible repliegue del ejercicio de derechos fundamentales.

El desarrollo local del artículo 10, CE, descende el respeto del derecho de los demás al ámbito de las meras incomodidades en los espacios públicos

* Profesora titular de derecho constitucional, Universidad de Jaén, España.

municipales, y se traduce en un derecho a no ser molestado, aun a riesgo de comprimir el ámbito aplicativo de múltiples derechos constitucionales.

La primacía de las normas sociales de convivencia sobre los derechos fundamentales se plantea a propósito de estas ordenanzas municipales, y propician un debate jurídico sin precedentes en el derecho español. El riesgo de colisión entre normas sociales y derechos constitucionales exige un posicionamiento para determinar si los valores esenciales de la convivencia constituyen un estadio superior al de los derechos constitucionales, y fundamentan posibles limitaciones al ejercicio de estos últimos.

II. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS ORDENANZAS DE CONVIVENCIA

Con carácter general, las ordenanzas locales de convivencia basadas en el modelo de ordenanza tipo elaborado por la Federación de Municipios concitan materias heterogéneas como vecindad, prostitución, seguridad, mendicidad o medio ambiente, y regulan una multiplicidad de actitudes consideradas incívicas y meras incomodidades.

El denominador común a las actuaciones prohibidas en las ordenanzas de convivencia gira en torno a la sanción de conductas “antisociales, negligentes e irresponsables”, con el medio urbano y con los conciudadanos (Ordenanza de Zaragoza), que deterioran la calidad de vida en lugares públicos. Paralelamente, las conductas tipificadas como infracciones encuentran su fundamento constitucional y legal en la necesidad de evitar prácticas individuales o colectivas que atenten contra la dignidad, de carácter xenóforo, racista o sexista (el artículo 15 de la Ordenanza de Barcelona).

Los tribunales avalan como bienes protegidos la convivencia, el uso de bienes, servicios y espacios públicos de interés local en los términos previstos por las ordenanzas de convivencia y los efectos sancionadores (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1156/2009, del 23 de noviembre). No obstante, a pesar del respaldo jurisprudencial a las medidas prohibitivas y sanciones reguladas, no puede desconocerse la dimensión constitucional de las ordenanzas de convivencia por sus posibles consecuencias restrictivas de derechos.

La excesiva presión sancionadora municipal que descende hasta conductas de escasa relevancia jurídica tiende a comprimir en paralelo determinados derechos constitucionales. La minuciosa regulación local de conductas prohibidas constriñe la libertad constitucional, con el fin de evitar simples incomodidades. Aunque según admiten las ordenanzas de convi-

vencia no se trata de privar de libertad al individuo sino de que en última instancia “haya más responsabilidad en la sociedad”.

Entre las actividades que los entes locales elevan a conductas prohibidas destacan por su inconsistencia jurídica cantar por encima de los límites del respeto mutuo, el ofrecimiento de prestación de servicios o bienes a las personas que se encuentren en el interior de los vehículos o que salgan una vez estacionados; las actuaciones musicales en la calle y el uso de amplificadores en las vías públicas y las actuaciones espontáneas en las cercanías de hospitales, clínicas, residencias asistidas o centros educativos en horario lectivo, y también en veladores y terrazas, salvo que el propietario lo autorice.

La generalización de hábitos incívicos en los espacios municipales ha desembocado en una visión indiscriminada de conductas graves y molestas, mezcladas a modo de cajón de sastre en las ordenanzas de convivencia. La comixión de conductas penales y de actitudes socialmente incómodas contribuye a que estas ordenanzas generen una atmósfera de inseguridad jurídica en detrimento de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Paralelamente, la levedad jurídica de las actividades censuradas por estas ordenanzas de la convivencia resulta inversamente proporcional a la gravedad de sus consecuencias jurídicas. El descenso de la tutela jurídica hasta las meras incomodidades en el marco local puede determinar injerencias en la esfera constitucional, afectando derechos fundamentales.

Con carácter general, el fundamento común a estas ordenanzas se centra en el derecho de los demás a ser respetados en su libertad (por ejemplo, artículo 6o. de la Ordenanza de Zaragoza). La elevación del derecho de los demás a límite preventivo de determinadas conductas en el espacio público comprime el ejercicio de ciertos derechos constitucionales. Conforme al artículo 10, CE, el respeto a los derechos de los demás constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, aunque las ordenanzas de convivencia vienen a regular los derechos de los demás no como límite intrínseco de derechos constitucionales, sino como un fin en sí mismo.

Desde esta perspectiva, las ordenanzas de convivencia han propiciado la aparición de una nueva generación de derechos, que se anteponen incluso a derechos fundamentales y constitucionales. Entre esta novedosa remesa de derechos basada en normas sociales de conducta y en el respeto al derecho de los demás puede destacarse el derecho a disfrutar del paisaje urbano de la ciudad como elemento integrante de la calidad de vida; el derecho a no ser perturbado en la libre circulación y a disfrutar lúdicamente de los espacios públicos respetando el legítimo derecho de los otros usuarios; el derecho a disfrutar de un espacio limpio y no degradado, el derecho al descanso y tranquilidad de los vecinos; el derecho de las personas a no ser

molestadas o perturbadas (artículos 14, 20, 23 y 22, 31, sucesivamente de la Ordenanza de Zaragoza); el derecho a que se respete su integridad y la de sus bienes (artículo 8o. de la Ordenanza de Tarragona); o el derecho de las personas al descanso nocturno (artículo 2o., Ordenanza de A Coruña).

Este posicionamiento de los entes locales exige determinar el contenido de los derechos de los demás, precisando si sólo deben comprenderse dentro de esta categoría abstracta e indeterminada, derechos tipificados constitucionalmente por el constituyente, o bien adoptar un criterio amplio y extenso de los mismos. En principio, resulta difícil conciliar “los derechos de los demás” como fundamento jurídico de las conductas prohibidas por las ordenanzas de convivencia, con los derechos constitucionales. La indeterminación constitucional de los derechos de los demás implica que las prohibiciones de las ordenanzas de convivencia se basan, en realidad, en un concepto jurídico indeterminado, con el consiguiente nivel de inseguridad jurídica.

Una interpretación lata del derecho de los demás extendiéndose a la tutela constitucional frente a las simples molestias puede menoscabar el ejercicio de derechos fundamentales. Se plantea entonces la posibilidad de que un derecho genérico a no ser molestado pueda priorizarse sobre derechos constitucionales, considerando que una excesiva defensa jurídica del supuesto derecho de los ciudadanos a no ser molestados en los espacios municipales obliga, en consecuencia, a restringir las actividades que podrían realizarse al amparo de derechos fundamentales.

La conexión entre el respeto al derecho de los demás y el orden público como límite de los derechos constitucionales se reconduce a la consolidada jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional. Desde esta perspectiva, para activar la cláusula de orden público no bastan las meras sospechas, sino que es preciso siempre “una real alteración del orden [material]” (STS del 25 de noviembre de 1996), entendiendo por tal la “que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que ponen en peligro la integridad de las personas o de los bienes” (STC 59/1990 del 29 de marzo). Pero como reconoce la STC 46/2001 del 15 de febrero,

...el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos que en su expresión máxima son ciertamente infinitos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro para el ejercicio del derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado [en la realidad]

la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud o la moralidad pública, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática.

En las ordenanzas de convivencia se sancionan comportamientos o actividades con base en normas sociales o cívicas con trascendencia en derechos constitucionales. El problema se centra entonces en determinar si las normas de convivencia pueden limitar derechos fundamentales cuya regulación constitucional emerge desde el ámbito penal protegiendo ante conductas extremas y no tanto intrascendentes (como al regular el deber de quien encuentre niños o discapacitados extraviados, de ponerlo en conocimiento de la guardia urbana).

No obstante, las incomodidades o molestias como límites de los derechos no aparecen originariamente en las ordenanzas de convivencia, encontrándose ciertos atisbos en otras normativas, como la Ley del Ruido.¹ En concreto, el desarrollo legal y jurisprudencial de la contaminación acústica abandera la sanción de actuaciones que, sin provocar daños, resultan molestas. Esta línea incipiente ha sido continuada por las ordenanzas de convivencia, dando una vuelta de tuerca al derecho, sin detenerse en la ausencia de daños y traspasando la línea de antijuricidad para situarla *ex ante*, prohibiendo actitudes simplemente incómodas para otros ciudadanos.² Éste es el caso previsto en el artículo 20 de la Ordenanza de Barcelona, que dispone que la salubridad e higiene personales serán exigidas cuando su ausencia pueda causar molestias o poner en peligro la salud personal o colectiva.

La traslación de uno de los principales parámetros constitucionales como la proporcionalidad al campo de este tipo de ordenanzas municipales resulta complicado. En particular, el riesgo de limitar derechos constitucionales, como la libertad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, o de reunión, entre otros, mediante una autorización o control administrativo en el espacio municipal; o la prohibición de actuaciones básicas del contenido de ciertos derechos fundamentales al socaire de criterios que no alcanzan rango de antijuricidad o ilicitud. Este planteamiento cuestiona que las molestias o incomodidades puedan limitar derechos fundamentales sin vulnerar el principio constitucional de proporcionalidad.

Al respecto, las prohibiciones de juegos de pelota y la utilización de patinetes en la calle, o la realización de trenzados y masajes en la vía pública,

¹ Suele establecerse en las ordenanzas de convivencia la obligación de respetar el descanso de vecinos y evitar la producción de ruidos que alteren la normal convivencia.

² Resultan excesivas ciertas prohibiciones por razones de incomodidad el baño de animales en el mar durante el verano y en ninguna época del año en las duchas públicas, como infracción grave.

o incluso, jugar con barquitos en los espacios acuáticos municipales, parecen exceder de la proporcionalidad entre los medios jurídicos aplicables y el fin pretendido garante de los derechos de los demás. El “civismo jurídico” garantista de simples molestias ciudadanas tiende en contrapartida a afectar ciertos derechos constitucionales en su nivel mínimo, como el derecho constitucional a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, al impedirse conductas de ocio en los espacios públicos, con una desproporción que puede franquear el marco constitucional.

En este sentido, la regulación pormenorizada de comportamientos prohibidos hasta un detallismo ridículo desde el punto de vista jurídico ejerce una presión desproporcionada sobre el ejercicio de derechos constitucionales. Hubiera parecido más racional y expuesto a un menor riesgo de inconstitucionalidad la prohibición genérica únicamente de los actos incívicos de mayor gravedad o el enfoque inverso de permitir todo tipo de actividades en los espacios públicos, con el límite de los derechos de los demás.

En efecto, la posibilidad de que el contenido básico e, incluso, esencial de determinados derechos constitucionales, puede quedar a expensas de una discrecionalidad administrativa imprevista en el texto constitucional, permite un replanteamiento de las ordenanzas de convivencia desde esta perspectiva.³ Al margen de que la minuciosidad de esta normativa local no apacigua completamente los actos incívicos, propicia situaciones de indefensión frente a conductas no prohibidas expresamente, por la inaplicación analógica de disposiciones restrictivas de derechos.

La prohibición de conductas que pueden impedir un ejercicio pleno de derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad,

³ Casino Rubio, *Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia*. Al inundar literalmente de infracciones la vida ciudadana, las ordenanzas han desarmado a los ayuntamientos para perseguirlas puntualmente, pues, aunque pretendieran hacerlo, es inconscuso que ni dedicando a todos sus funcionarios darían a basto. Naturalmente, en estas condiciones la discrecionalidad administrativa en la persecución de este tipo de infracciones, cuando no pura y simplemente la más descarnada arbitrariedad, campa a sus anchas y, lo que es más difícil de aceptar, sin reproche jurídico posible. Pues, como también es de sobra conocido, al ciudadano que es sancionado por arrojar una colilla al suelo, por tumbarse a descansar en un banco, por pasear sin camiseta o, en fin, por mover los muebles de sitio, de nada le ha de servir oponer que sus propios vecinos cometen diariamente esas mismas infracciones, sin que sin embargo sean sancionados por ello. Como tampoco, pero por lo mismo, le valdrá de nada reclamar la igualdad en la aplicación de la ley. La jurisprudencia, con el Tribunal Constitucional a la cabeza, lo ha repetido una y otra vez, zanjando por ahora cualquier discusión posible al respecto: el principio de igualdad del artículo 14 CE no garantiza un “imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad” (entre otras muchas, SSTC 43/1982, del 6 de julio; 21/1992, del 14 de febrero; 186/2000, del 10 de julio; y 88/2003, del 19 de mayo). Luego, si bien se mira, el hecho de que un ciudadano sea finalmente sancionado depende, además del azar de ser sorprendido, de la voluntad del funcionario que interviene.

de reunión o libertad en sus distintas manifestaciones, sin atenerse a las previsiones de sus respectivas leyes de desarrollo, presenta una dimensión constitucional. En particular, esta normativa contribuye a la ilicitud del libre ejercicio de estos derechos, como la convocatoria de manifestaciones, concentraciones, y del libre ejercicio artístico, político, deportivo y cultural, tanto en la calle como en zonas privadas, así como determinadas prácticas políticas, sociales y sindicales, como la utilización de espacios públicos, la prohibición del juego y actividades de esparcimiento en los espacios públicos...

El desarrollo legislativo de estos derechos constitucionales no prevé limitaciones a su ejercicio legítimo, ni menos aun por razones de incomodidad, como tampoco un control administrativo más allá de lo preceptuado en la normativa estatal aplicable. La adición de un control municipal al ejercicio de actividades que integran el contenido “básico” de estos derechos constitucionales se presenta cuando menos como “paraconstitucional”. Además, la interpretación *pro libertate* de los derechos constitucionales colisiona con las restricciones a su ejercicio que pudieran imponer las ordenanzas de convivencia.

También la libertad religiosa puede verse implicada en la prohibición del uso de ciertos símbolos religiosos como el burka o el niqab en los espacios públicos a través de estas ordenanzas.⁴ Los velos integrales islámicos en los espacios públicos comienzan a restringirse en los edificios y equipamientos municipales, y procederse a su secularización, al ser tratados como cualquier otra prenda o accesorio que cubra el rostro y que impida la identificación y la comunicación visual. Al respecto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 7 de junio de 2011 admite que una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales y sobre todo lo concerniente a las manifestaciones de la convivencia o vida colectiva dentro del término municipal, donde la esfera protectora del derecho fundamental no alcanza a los aspectos accesorios, accidentales o circunstanciales, como es prohibir el uso de esta prenda en aspectos referidos a la convivencia.

No obstante, la prohibición del velo islámico implica un límite a la libertad religiosa basado en razones de seguridad, por lo que esta previsión

⁴ En la reciente sentencia del TSJ de Cataluña del 7 de junio de 2011, y que la utiliza ahora para negar que la prohibición de usar el velo integral islámico introducida en 2010 en la Ordenanza de Civismo y Convivencia de Lleida de 2005, a juicio del Tribunal “el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad [ciudadana]”.

tiene una clara implicación constitucional, al margen de que la dignidad y la igualdad podrían también fundamentar la restricción al uso de estos elementos personales de identidad religiosa.

Además de los efectos constitucionales desde un punto de vista objetivo, también las ordenanzas presentan una proyección subjetiva constitucional, atendiendo a los destinatarios de las prohibiciones. Con carácter general, predominan las sanciones de conductas imputadas a ciertos colectivos habitualmente discriminados, como los mendigos o prostitutas. El enfoque y afectación subjetiva de grupos marginados con el riesgo de incentivar la discriminación y la exclusión social obliga a plantear su constitucionalidad desde la perspectiva del artículo 14, CE. En particular, el hecho de que el legislador local haya pensado en categorías específicas de sujetos al elaborar tales ordenanzas, incluso recurriendo a técnicas de encubrimiento o sin pretender la finalidad filantrópica que dice perseguir, resultan cuando menos elementos que interfieren en su admisibilidad jurídica.

Al respecto, ciertos comportamientos prohibidos, como lavarse con jabón en duchas públicas, parece enfocado con premeditación a los indigentes y otros excluidos sociales, desincentivando su presencia, sobre todo en las localidades turísticas. Por lo que se refiere a la prostitución, las ordenanzas suelen justificarse argumentando un tratamiento como problema de derechos humanos, cuando no se pretende su erradicación ni la asistencia integral de las víctimas, sino sólo su eliminación de los espacios públicos. Aunque se justifiquen en la necesidad de prevenir la explotación de determinados colectivos y preservar a los menores (artículo 38, Ordenanza de Barcelona), las ordenanzas de convivencia sancionan precisamente a sujetos explotados y expuestos a discriminación múltiple.

La aplicación práctica de estas ordenanzas quiebra la coherencia del ordenamiento jurídico en materia de protección de sujetos discriminados, sancionando mayoritariamente a sectores castigados incluso por la explotación sexual, en una materia que además no es competencia exclusiva municipal. Como en el ámbito de la prostitución, donde han proliferado las multas a este colectivo ignorando, el problema de trata de seres humanos que conlleva, y más aun su tendencia a raíz de estas ordenanzas, a desplazarse a pisos o locales, con el consiguiente deterioro de las relaciones de vecindad y la pervivencia de protestas ciudadanas. Aunque la consecuencia jurídica atribuible a la prohibición de la prostitución en los lugares públicos radica en la legitimidad que puede conferir a la explotación de seres humanos en espacios privados. Con las sanciones a prostitutas, las ordenanzas pueden contribuir a incentivar la clandestinidad y la discriminación de las propias víctimas vulnerando el derecho constitucional a no ser discriminado.

Sin que la prohibición de las relaciones sexuales en los espacios públicos mediante retribución presente un tratamiento similar al mantenimiento de estas mismas relaciones sin contraprestación alguna en la vía pública. Este divergente tratamiento de las relaciones sexuales en lugares públicos evidencia que la postura de los ayuntamientos al respecto no ha sido tanto abordar la prostitución como un problema de derechos humanos, sino sólo como conflicto de convivencia y de molestia e inseguridad para la vecindad donde se ejerce.⁵

Desde una perspectiva constitucional, también cabe cuestionar las ordenanzas de convivencia con base en otros argumentos, como la vulneración del principio de competencia municipal por la inmisión en el espacio de la propiedad privada y de la esfera competencial de otras administraciones. En este sentido, el artículo 4o. de la Ordenanza de Tarragona dispone que el ayuntamiento podrá requerir a los propietarios las obras de limpieza o actuaciones de conservación necesarias, que rebasa la habitual obligación de conservar los inmuebles por razones de seguridad; el artículo 20 de la Ordenanza de Convivencia de A Coruña prohíbe tener elementos domésticos en los balcones. Por otra parte, el artículo 3.5 de la Ordenanza de Barcelona admite su aplicación a espacios, construcciones e instalaciones, bienes de titularidad privada cuando desde ellos se realicen conductas o actividades que afecten o puedan afectar a la convivencia y al civismo en los espacios institucionales y elementos públicos norma que, por otra parte, podría obligar a los ayuntamientos a impedir la prostitución también en los pisos y locales cuando cause molestias o deteriore las relaciones de vecindad y también a los propietarios.

Ante la posible injerencia de los ayuntamientos en espacios ajenos a sus competencias, la Ordenanza de Pamplona con acierto dispone que las medidas de protección de competencia municipal se entienden sin perjuicio de las facultades, derechos y deberes que corresponden a los propietarios de los bienes afectados y de las competencias de otra administraciones públicas (artículo 2o.).

⁵ Se sanciona la prostitución, entendida como promoción, demanda y ofrecimiento de servicios sexuales. Al objeto de preservar de la exhibición de prácticas de ofrecimiento de servicios sexuales en las calles y con la finalidad de mantener la pacífica convivencia y evitar también la explotación de determinados colectivos: se prohíbe el ofrecer, solicitar, negociar o aceptar servicios sexuales retribuidos en los espacios y vías públicas de la ciudad. Si estas conductas se practican a menos de 200 metros de zonas residenciales, comerciales o de actividad industrial, será una infracción grave. Si se realiza la actividad de prostitución a menos de 200 metros de los centros escolares o educativos, será infracción muy grave. Se considerarán también como infracciones muy graves: mantener relaciones sexuales mediante retribución en los espacios públicos y todas aquellas conductas que faciliten o promuevan la prostitución o cualesquiera relacionadas con el proxenetismo.

Paralelamente, la constitucionalidad de las ordenanzas de convivencia se subordina al respeto del principio constitucional de legalidad y jerarquía normativa. Algunas de estas disposiciones invaden competencias de otras leyes respecto de la materia, las infracciones o las sanciones reguladas. En este sentido, las referencias a materias como medio ambiente, propiedad privada, menores, daños o relaciones de vecindad, se adentran en el campo del derecho penal o civil. La potestad sancionadora de los ayuntamientos sobre materias de competencia estatal y autonómica y sin discernir entre actos antijurídicos o simplemente molestos e incómodos, también debe enfocarse desde una óptica constitucional. Al respecto, habría de destacarse que no siempre las ordenanzas de convivencia prevén su aplicación subsidiaria en materia de infracciones y sanciones, en defecto de la legislación sectorial aplicable (artículo 109.2, Ordenanza, FEMP). Menos aun contribuye a una correcta identificación de conductas ni a la determinación precisa de sanciones según el grado de antijuricidad o ilicitud.

No obstante, la repercusión constitucional de las ordenanzas de convivencia reenvía en última instancia al problema de que los derechos constitucionales no pueden permanecer sujetos a la competencia municipal.⁶

En definitiva, las ordenanzas de convivencia someten los derechos constitucionales a límites basados en normas de conducta, civismo, inseguridad ciudadana y espacio público, planteando un conflicto entre el derecho a no ser molestado y los típicos derechos fundamentales, cuya resolución exige una reflexión jurídica en el marco del derecho constitucional.

III. ASPECTOS DE DISCUTIBLE LICITUD Y CONSTITUCIONALIDAD EN LAS ORDENANZAS MUNICIPALES

1. *Control previo. Autorizaciones administrativas*

Entre las cuestiones más polémicas planteadas a propósito de las ordenanzas de convivencia destaca la exigencia de autorizaciones administrativas para el

⁶ Casino Rubio, Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia, sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 26 de marzo de 2009, que niega que la Ordenanza de Barcelona impugnada vulnere la reserva de ley orgánica en materia de derechos fundamentales, puesto que “una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales...”.

Esta declaración judicial, hasta donde concluye que las ordenanzas municipales pueden colaborar con el legislador orgánico en la determinación normativa de aspectos meramente adjetivos del correspondiente derecho fundamental.

ejercicio de derechos constitucionales. El control municipal previo de actividades que integran el contenido de derechos implica la superposición de un requisito no previsto constitucionalmente.

La posición de los entes locales que somete a permisos el ejercicio de derechos en los espacios públicos plantea serios problemas de constitucionalidad. Las restricciones administrativas al ejercicio de derechos constitucionales no reguladas por la Constitución ni por las leyes de desarrollo de los derechos respectivos puede penetrar en el campo de la inconstitucionalidad.

La asunción por los ayuntamientos de la función de control de los derechos colisiona con la letra y el espíritu de la Constitución, en particular si se resuelve mediante una decisión final denegatoria. Aunque también resulta discutible la concesión de autorizaciones por los entes locales que exceptúen la finalidad misma de las ordenanzas de convivencia, provocando las mismas incomodidades, molestias y actos incívicos que tratan de evitar. Las excepciones autorizadas por los ayuntamientos en materias reguladas por las ordenanzas también pueden afectar derechos constitucionales, como el medio ambiente.⁷

La imposibilidad del ejercicio espontáneo de derechos en los espacios públicos municipales, como permite el texto constitucional, constituyen en definitiva límites jurídicos no tipificados por la Constitución ni por las leyes de desarrollo. Al margen de que la potestad de los ayuntamientos para autorizar el ejercicio de derechos fundamentales puede exceder de sus funciones y competencias legales.⁸

2. *La vulneración de principios constitucionales: legalidad y jerarquía normativa y seguridad jurídica*

La constitucionalidad de las ordenanzas de convivencia se subordina a su propia legalidad, condicionada por el principio de jerarquía normativa y el respeto de las leyes vigentes en la actualidad. En este sentido, debe admitirse que algunas de estas disposiciones invaden competencias de otras leyes respecto de la materia, las infracciones o las sanciones reguladas. Las referencias a los menores, al medio ambiente, a la causación de daños, a las

⁷ Se prohíbe en estas ordenanzas hacer fuego, fogatas o cocinar en las playas, salvo en eventos o festejos tradicionales autorizados por el ayuntamiento (infracción grave).

⁸ No se permiten los juegos y competiciones en los espacios públicos (masivas y espontáneas), salvo las autorizadas por el ayuntamiento (infracción leve).

relaciones de vecindad, se adentran en el campo del derecho penal, civil o de la Ley de Propiedad Horizontal.⁹

La concurrencia de estas ordenanzas municipales con leyes de rango superior puede inhabilitar a los ayuntamientos para la imposición de infracciones y sanciones. La posibilidad de que la consecuencia jurídica de ciertas actuaciones previstas en las ordenanzas de convivencia difiera de la establecida en disposiciones de rango superior puede provocar un conflicto de leyes que determine la inconstitucionalidad de las primeras.

Pero las ordenanzas de convivencia no sólo vienen a regular materias ya previstas por otras normativas estatales, sino que también reiteran el contenido de otras normas municipales en los mismos municipios. En efecto, la adopción íntegra del modelo tipo de ordenanza de convivencia configurado por la FEMP por numerosos ayuntamientos no suele atender a las disposiciones que de uno u otro modo han sido reguladas con anterioridad por la misma entidad local, como puede suceder con las conductas o actividades relacionadas con el ruido, los residuos o el medio ambiente, que con carácter general se encontraban previamente tipificadas con antelación a las ordenanzas de convivencia, con el riesgo de contradicciones internas entre normas municipales o cuando menos de reiteración. Sin embargo, las ordenanzas de convivencia contienen preceptos contrarios a las leyes, y no se atienen escrupulosamente a la misma en la definición y tipificación de infracciones y sanciones.¹⁰

Según la jurisprudencia actual, la tensión entre el principio de autonomía local y la reserva de ley “debe resolverse en virtud de una interpretación integradora de un modo favorable al principio de autonomía local, admitiendo la posibilidad de esa tipificación por ordenanza”. Desde esta perspectiva, las ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por ley estatal o autonómica, sin que puedan aprobarse pre-

⁹ Se prohíbe el acoso entre menores, y serán especialmente perseguidas las conductas de agresión o acoso a menores realizadas por grupos de personas en los espacios públicos. (Se considerarán infracciones muy graves). También invade espacios de otras normas al prohibir matar o maltratar peces, aves o cualquier clase de animales de estas especies como infracción grave, y prohibir las conductas que causen destrozos a los árboles y plantas y arrojar cualquier clase de material fuera de las papeleras ensuciando el recinto.

¹⁰ El tratamiento homogéneo de conductas no igualmente incívicas, como puede ser romper una farola o destrozar un árbol con dormir en la calle reclama un replanteamiento de la inconstitucionalidad de las sanciones previstas. La excesiva regulación resulta invasiva desde el punto de vista jurídico, y el trato indiscriminado de los autores sin atender a posibles circunstancias eximentes puede significar una vulneración constitucional.

ceptos contrarios a las leyes. Por lo demás, no podrá hacerse por ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas.

La generalización de las ordenanzas sobre convivencia debe tender paralelamente a la normalización de la responsabilidad administrativa por incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control y por la inaplicación de esta normativa. La culpa *in vigilando* consolidada en la doctrina jurisprudencial también parece extensible a las conductas reguladas por estas ordenanzas, que puedan producir daños. El incumplimiento de los deberes asumidos por los ayuntamientos a través de la sanción de actos incívicos genera una responsabilidad administrativa y la posibilidad de reclamarla por aquellos a quienes se protege.

IV. CONCLUSIONES

Las problemáticas emergentes en los municipios han determinado la normativización de las reglas sociales básicas de convivencia y la conversión de la tranquilidad y seguridad en nuevos derechos. Las ordenanzas cívicas y de convivencia regulan prohibiciones, deberes y responsabilidades para preservar los derechos de los ciudadanos en los espacios públicos. El declive del civismo ha derivado en la consolidación jurídica del derecho a no ser molestado y a la tutela frente a las incomodidades ciudadanas.

A raíz de estas ordenanzas, los conflictos de convivencia provocan una colisión entre normas cívicas y derechos constitucionales a través del control administrativo ejercido por los municipios. Los derechos de los demás como límite de los derechos constitucionales han sido normativizados por los entes locales a través de las ordenanzas de convivencia. Como fundamento del orden político y la paz social, el respeto al derecho de los demás precedería a los derechos constitucionales aunque su desarrollo por los municipios plantea cuestiones de constitucionalidad.

La inseguridad jurídica imputable a las ordenanzas de convivencia no sólo deriva del recurso a conceptos jurídicos indeterminados, sino de que su aplicación pueda permanecer al arbitrio o discrecionalidad de los agentes municipales o de las entidades locales. Resulta en última instancia significativo que cuestiones esenciales como la diversidad cultural o la cohesión social terminen en el estadio municipal, obligando necesariamente a un control constitucional.

LA CONFERENCIA DE PRESIDENTES EN LA ENCRUCIJADA DE LA LEALTAD INSTITUCIONAL*

Fernando REVIRIEGO PICÓN**

La proyección y relieve político que puede recabar un foro de negociación e interlocución como la Conferencia de Presidentes autonómicos, tanto en su versión vertical como horizontal, está fuera de toda duda. Se trata, o debería tratar, de espacios de encuentro, negociación y acuerdo, que en pura teoría contribuirían al engranaje de un funcionamiento eficaz y equilibrado de nuestro Estado de las autonomías, ayudando a aquilatar tensiones territoriales.

En la primera de sus dimensiones, vertical, contamos ya con una concreta proyección práctica, en su configuración de máximo órgano de cooperación política entre el gobierno de la nación y los gobiernos de las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, tal y como señala de su Reglamento Interno, aprobado en la última de las conferencias celebradas hasta la fecha.

Una proyección, no obstante, tardía y todavía de corto recorrido, pues hubo de aguardarse hasta la VIII Legislatura (2004-2008) para que se convocara por vez primera, por más que una década atrás ya se planteara de forma expresa su virtualidad en sede política (en sede doctrinal, unos años antes) en el seno de la Comisión General de las Comunidades Autónomas en el curso del debate sobre la situación del Estado de las autonomías en 1994. Como allí ya se apuntó, con este instrumento la cooperación ganaría en sistemática, igualdad y transparencia, y contribuiría a crear un marzo en donde el diálogo reemplazara al conflicto.

Un foro pertinente, al decir de la doctrina, al ser cauce apropiado en orden al reconocimiento de la importancia política que corresponde a las

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación Constitución y Globalización: Transformaciones del Estado Constitucional y Constitucionalismo (DER2009-10375/JURI), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

** Profesor titular de derecho constitucional, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

comunidades autónomas, y en orden también para solucionar los bloqueos institucionales que pueden producirse en el funcionamiento de un Estado compuesto; mas, de igual forma, de cara a permitir la cooperación autonómica y la defensa de sus intereses comunes, y que debe servir de impulso político, de coordinación, adoptando propuestas que tienen que materializarse o concretarse en un nivel normativo correspondiente.¹

La segunda de las dimensiones apuntadas, horizontal, se encuentra por el contrario inédita hasta la fecha pese a sus indudables potencialidades. Como apuntó Aja, la introducción de estas técnicas permitiría obtener beneficios a corto plazo en el gobierno de las CCAA, sin estar pendiente de la voluntad de las instituciones estatales para acometer las reformas precisas.² Asimismo, siguiendo a García Morales, podría mejorar en buena medida el funcionamiento de la conferencia vertical, como reunión previa a ésta, pudiendo tener incluso un espacio propio para la concertación horizontal en materia de la Unión Europea.³ Para Solozábal, la apuesta por el bilateralismo por parte de algunas comunidades que entienden que pueden encontrar así mayores réditos sería una de las razones de su difícil creación.⁴

Si bien en diferentes ocasiones, especialmente al hilo de las últimas reformas estatutarias, que han servido en buena medida de incentivo,⁵ se ha planteado la necesidad de su convocatoria, e incluso se han dado pasos en ese sentido, diferentes razones han ido postergando su creación definitiva. La última ocasión en que se ha abordado su pertinencia ha sido el VIII Encuentro entre Comunidades Autónomas para el Desarrollo de los Estatutos, a la que acudieron representantes de doce CCAA (diez consejeros y dos

¹ Solozábal Echavarría, J. J., “El patrón federal como referencia propuesta de nuestras reformas territoriales”, en Tudela, J. y Knüpling, F. (eds.), *España y modelos de federalismo*, Madrid, CEPC, 2010, p. 89; Bocanegra Sierra, A. y Huergo Lora, A., *La Conferencia de Presidente*, Madrid, Iustel, 2005, p. 63.

² Aja Fernández, E., “La conferencia de presidentes en el Estado autonómico”, *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (libro homenaje al prof. G. Trujillo)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 826.

³ García Morales, M. J., “Los nuevos estatutos de autonomía y las relaciones de colaboración. Un nuevo escenario ¿una nueva etapa?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 19, 2009, p. 417.

⁴ Solozábal Echavarría, J. J., *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 337 y 338.

⁵ Cabe recordar, con ocasión de la polémica suscitada por el proyecto de reforma del Estatuto de Cataluña, el presidente de la Generalitat invitó al resto de presidentes autonómicos a que se celebrara una reunión conjunta de todos ellos en donde poder explicar su modelo estatutario. Ello a la par (aunque aquí en una perspectiva vertical) que se solicitaba al presidente del gobierno, por parte de los presidentes autonómicos y regionales del PP, la convocatoria de una tercera conferencia con objeto de estudiar dicho proyecto y sus consecuencias.

representantes de menor rango en los casos de Extremadura y Andalucía), aunque acordando esperar a las elecciones autonómicas de mayo de 2011 por si se produjeran cambios políticos en algunas CCAA, como así sucedió finalmente. Recordemos que Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha y Extremadura cambiaron de color político tras el resultado de las mismas; cabe destacar que dos de estas incluso, no lo habían hecho desde su acceso a la autonomía.⁶

Unos instrumentos que en nuestro país, al igual que sucede en otros países descentralizados territorialmente, pueden cumplir un importante papel de complemento de la actuación de la cámara alta, uno de esos agujeros negros pendiente siempre de reforma de nuestro sistema político. Complemento, mas evidentemente no sustituto, por más que la experiencia comparada sí muestra ejemplos en esta línea.

Como ha apuntado García Morales, la no consecución de auténticas cámaras de representación territorial en los estados federales ha llevado a la articulación alternativa de procedimientos participados, provocando que las instancias federadas hagan valer sus intereses a través de órganos de colaboración fuera del ámbito parlamentario, órganos que en la práctica llegarían a ser más importantes que la propia segunda cámara.⁷ De ahí que puede entenderse el recelo que en determinados países ha suscitado en la cámara alta la creación de un órgano de las características del que ahora nos ocupa. Al abordar la experiencia de la Conferencia de Gobiernos cantonales creada en Suiza en 1993, reseña este dato aunque apunta inmediatamente a continuación el intento de mantenimiento en la actualidad, de relaciones basadas en la comunicación y en la colaboración.⁸

Un ejemplo de esa sustitución lo ofrecería la Conferencia de Presidentes de los *Länder* en Austria, una suerte de “poder en la sombra” (*Macht im*

⁶ Así, Castilla-La Mancha (J. Fuentes, 1982/1983 —como presidente preautonómico—, J. Bono, 1983-2004 y J. M. Barreda Fontes, 2004-2011) y Extremadura (J. C. Rodríguez Ibarra (1982-2007 —hasta marzo de 1983 como presidente preautonómico— y G. Fernández Vara, 2007-2011). Únicamente en el periodo preautonómico encontraríamos tendencias distintas (A. Fernández Galiano y G. Payo Subiza en Castilla-La Mancha y L. Ramallo García y M. Bermejo Hernández en Extremadura, todos ellos de la UCD).

⁷ “Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, 1997, p. 244; véase, también, Aja, E., *El Estado autonómico, federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 198 y ss.

⁸ “La Conferencia de Gobiernos Cantonales en Suiza”, *Seminario sobre la Conferencia de Presidentes autonómicos*, Barcelona, IDP, 2004, p. 4. Véase “Instrumentos y vías de institucionalización de las relaciones intergubernamentales”, *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*, Institut d’Estudis Autonòmics, 2009, pp. 120 y 121.

Schatten)⁹ frente a un devaluado *Bundesrat*,¹⁰ que, entre otras actuaciones, elaboraría los programas de peticiones de los *Länder*, papel de trabajo previo a las reformas de la Constitución federal, y negociaría los proyectos de leyes sobre compensación financiera entre *Bund* y *Länder*.¹¹

Ligar este espacio de encuentro, negociación y acuerdo, la Conferencia de Presidentes Autonómicos, al debate sobre la reforma del Senado es, a nuestro parecer, de indudable interés; no en vano, si este foro se llega a gestionar de manera inteligente, puede llegar a convertirse en un adecuado y necesario complemento de dicha Cámara en lo que a la participación de las comunidades autónomas haría referencia y en orden a la consecución de un funcionamiento eficaz y equilibrado del sistema en su conjunto, ayudando a aquilatar tensiones territoriales. No habría que perder de vista tampoco el hecho, no sólo anecdótico, de que el Senado fuera el lugar elegido para la celebración de sus sesiones. Si bien tras la primera reunión el presidente del gobierno barajó la itinerancia de la conferencia (Barcelona era la sede apuntada en primera instancia para la celebración de su segunda sesión) finalmente se estableció el Senado como su sede definitiva y permanente. En el reglamento aprobado en la cuarta Conferencia se establece de hecho que el Senado será la sede de las mismas, por más que podrán celebrarse reuniones en las comunidades autónomas o en las ciudades de Ceuta y Melilla.¹²

Más allá de todo esto, la importancia de la Conferencia de Presidentes está fuera de toda duda. No en vano tiene por objeto debatir sobre las grandes directrices de las políticas públicas, sectoriales y territoriales de ámbito estatal, sobre las actuaciones conjuntas de carácter estratégico, y sobre los asuntos de importancia relevante para el estado de las autonomías, que afecten a los ámbitos competenciales estatal y autonómico; potenciar las relaciones de cooperación del Estado con las comunidades autónomas, e impulsar y orientar los trabajos de las conferencias sectoriales de otros órganos multilaterales de cooperación.

⁹ Pernthaler, P., “La Conferencia de Presidentes de los *Länder* en la evolución del federalismo cooperativo en Austria”, *Seminario sobre la Conferencia de Presidentes*, Barcelona, IDP, 2004; sobre la representatividad de esta cámara y la creación de foros alternativos para cuestiones específicas (“Conferencia de los *Länder* para la Integración”), véase, también, Albertí, E., “El *Bundesrat* austriaco”, *Ante el futuro del Senado*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònomic, 1996, pp. 150 y 151.

¹⁰ Vernet i Llobet, J., *El sistema federal austriaco*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 108.

¹¹ García Morales, M. J., “Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada”, *cit.*, p. 244.

¹² Artículo 4o. del RICP.

Así se dispone en su Reglamento Interno,¹³ por más que tras esta grandilocuente articulación, y una experiencia práctica no demasiado positiva, la Conferencia, como ya hemos apuntado, no ha vuelto a convocarse, incumpliendo sus propias previsiones temporales.¹⁴

Poco que ver, por tanto, con lo acontecido en otros países, y relatado someramente *supra*; ello porque los criterios partidistas han planeado constantemente sobre estas reuniones que han servido en demasiados momentos más como escenario en el que los partidos mayoritarios pudieran mostrar “músculo”, si se nos permite la expresión, que como verdadero órgano de cooperación. De ahí que no resulte extraño que haya desaparecido durante todo 2010 y buena parte del año en curso.

Ha sido tras las elecciones autonómicas y municipales de mayo de 2011 cuando se ha vuelto a apuntar la posible necesidad de su convocatoria, aunque, también aquí, no deja de observarse que los movimientos responden en algunos casos a criterios partidistas, y que la eventual convocatoria y celebración va a encontrarse teñida de esos mismos vicios. Más aún con el horizonte de las elecciones generales que, salvo disolución anticipada, que no parece que vaya a ocurrir, se celebrarán en marzo de 2012. En sede parlamentaria se planteó recientemente esta cuestión, necesidad de su convocatoria tras la toma de posesión de los nuevos gobiernos autonómicos para abordar tres cuestiones diversas: reformas económicas para la creación de empleo, reformas educativas y garantías de los servicios públicos. Desde el gobierno, en la respuesta a la pregunta parlamentaria, por boca del vicepresidente tercero del gobierno y ministro de Política Territorial y Administración Pública se manifestó su disponibilidad a estos efectos.¹⁵

La primera de las conferencias, con los lógicos interrogantes y dudas que toda novedad suscita, se celebró en octubre de 2004, precedida de diferentes reuniones preparatorias, coordinadas desde el Ministerio de Administraciones Públicas; ello, sin ausencia alguna.

Su exclusiva articulación vertical llevó a Bocanegra y Huergo a apuntar, de manera un tanto crítica, que

...en España se ha comenzado primando lo accesorio (al menos desde la perspectiva del modelo alemán) sobre lo principal, pues la Conferencia ha nacido por iniciativa del Presidente del Gobierno mientras que en Alemania se sos-

¹³ Artículo 2o. del RICP.

¹⁴ Artículo 4o. del RICP.

¹⁵ *DSCD*, núm. 250, del 8 de junio de 2011.

tiene sobre la iniciativa de los presidentes de los *Länder* sin perjuicio de que éstos celebren también reuniones con el Canciller federal.¹⁶

En sentido contrario, García Morales apuntará la lógica de su aparición primera como órgano vertical. Entendiendo que en el panorama actual hubiera sido difícil imaginar lo contrario.¹⁷

Valoraciones sobre el orden lógico o ilógico de articulación a un lado, corresponde destacar ahora los temas debatidos en el seno de esa primera Conferencia: la institucionalización de la Conferencia y el valor de sus acuerdos, las relaciones de las autonomías con la Unión Europea y el déficit sanitario.

Sobre el primero de ellos, la duda esencial (más allá de cuestiones sobre la ubicación, itinerante o no, de la Conferencia) fue la determinación del número de reuniones que habría de tener en última instancia este órgano, entendiéndose necesaria en todo caso la celebración de una reunión anual, aunque abriéndose la posibilidad a una segunda. El Reglamento Interno de la Conferencia que fue aprobado un lustro después lo fijó de igual modo, e incluso posibilitando ulteriores reuniones;¹⁸ la práctica pondría luego las cosas en su sitio con un bagaje un tanto desesperanzador cuatro reuniones en siete años.

Por lo que al valor de las reuniones haría referencia se acordó que quedaría lógicamente reducido a la consecución de declaraciones políticas, alcanzadas por consenso, en los principales temas de la vida política. Montilla Martos,¹⁹ en un estudio sobre relaciones intergubernamentales, habla de este foro como “nivel simbólico político” del marco institucional de cola-

¹⁶ *La Conferencia de Presidentes*, cit., p. 48. E. Aja, por su parte, tras de señalar que la historia de nuestro sistema autonómico apenas ha contemplado la colaboración horizontal, refiere que “la Conferencia vertical o mixta es el objetivo a conseguir de manera inmediata, pero en la confianza de que su desarrollo significará a corto o medio plazo el de una Conferencia horizontal simultánea en la que progresivamente se ampliará también el tratamiento de las cuestiones de carácter horizontal”, *Informe sobre la Conferencia de Presidentes*, cit.

¹⁷ “La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, p. 85.

¹⁸ Establece el artículo 4o., RICP que “La Conferencia de Presidentes se reunirá una vez al año previa convocatoria del Presidente del Gobierno, que deberá comunicarse a los miembros con una antelación mínima de veinte días naturales... 2. Podrán celebrarse reuniones extraordinarias cuando el Presidente del Gobierno las convoque, a iniciativa propia, o a petición de la mayoría de los Presidentes Autonómicos...”.

¹⁹ “Apuntes sobre colaboración y participación en el Estado autonómico. A propósito de la propuesta de reforma del Estatuto de Cataluña”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 1, 2005, pp. 131 y ss. Véase también, Ridaura Martnez, M. J., *Relaciones intergubernamentales: Estado-comunidades autónomas*, Valencia, Tirant, 2009.

boración-participación; el “nivel de decisión política ordinaria” correspondería aquí a un Senado reformado, y el “nivel técnico” a las conferencias sectoriales.

En el Reglamento se hablará de acuerdos o recomendaciones que tendrán la consideración de compromisos políticos que deberán adoptarse por consenso de todos los miembros presentes, aunque estableciendo un quórum mínimo (dos tercios de los presidentes autonómicos). Dichos acuerdos, que habrán de hacerse públicos, comprometerán a los miembros que los hubieran adoptado, debiendo ser comunicados a los órganos competentes de las respectivas instituciones.²⁰

Las relaciones de las autonomías con la Unión Europea, otro de los puntos abordados entonces, alcanzó escaso acuerdo apuntándose la necesidad de elaborar propuestas en este sentido en orden a alcanzar una posición común.

Mucho más fructífera resultó la última de las cuestiones, al acordarse la constitución de grupos de trabajo para el análisis del gasto sanitario que habilitarían la elaboración de una propuesta del gobierno para dotar de suficiencia y sostenibilidad futura al sistema sanitario. Se incrementaron las partidas autonómicas de cara a afrontar dicho gastoy se corrigieron situaciones deficitarias.

La experiencia de esta primera conferencia pareció ser positiva en primera instancia, mostrando claramente su potencialidad, especialmente a la vista del dato de que el debate político subsiguiente pasó a contemplarse desde su prisma.

Toda cuestión parecía susceptible de ser residenciada en la misma, y así lo trataban de hacer los diferentes actores. Lo cierto es que en aquellos primeros momentos germinales pasamos de apenas haber oído hablar de la Conferencia de Presidentes, fuera de sede doctrinal, se entiende, a no poder abrir un periódico o escuchar una declaración política sin encontrar una referencia a la misma.

Este foro (el entusiasmo se atemperaría con posterioridad) parecía haberse convertido por arte de magia en una suerte de bálsamo de Fierabrás que todo lo cura; cualquier cuestión parecía que debía debatirse en ella para poder ser validada. En todo caso, la confirmación de esas expectativas abiertas habría de comprobarse evidentemente en las siguientes conferencias.

Una interesante relación de funciones a desempeñar por esta Conferencia podemos encontrarla en Cámara Villar, G., “La Conferencia de Presidentes como instrumento de integración para el Estado autonómico: problemas y perspectivas”, *El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*, Madrid, Colex-INAP, 2005, vol. I, pp. 127 y 128.

²⁰ Artículo 6o. del RICP.

Inmediatamente después de la celebración de la primera conferencia se anunció (con un contenido mucho más amplio que el finalmente articulado) que la segunda acontecería bien en primavera, bien a principios del verano de 2005. Todo parecía encaminado, y el tren del diálogo interterritorial parecía avanzar por firmes raíles.

Diferentes motivos comenzaron a postergar dicha reunión, si bien podría apuntarse que uno de los motivos fundamentales, añadiríamos que el más determinante, no fue otro que la celebración de elecciones en Galicia y el cambio de gobierno que podría en su caso producirse —como así finalmente aconteció—, hecho que determinaría un importante cambio del panorama político autonómico.²¹

De esta manera, a finales de junio de ese año se remitió desde la presidencia del gobierno una carta a todos los presidentes autonómicos anunciando la celebración de la conferencia en los primeros días de septiembre, concretándose con posterioridad una fecha que posteriormente sería también incumplida. En el contenido de las cartas se reseñaba que el objeto de la convocatoria era “la revisión del sistema de financiación sanitaria y la adopción de las decisiones que procedan para enjugar el déficit que en distintas comunidades se haya podido producir como consecuencia de la aplicación efectiva del sistema de financiación acordado hace unos años”, añadiéndose como objetivo “dotar de estabilidad al conjunto del sistema, mediante la asunción de compromisos compartidos por el Gobierno de la nación y por los distintos Gobiernos de las Comunidades Autónomas”.

Conforme la fecha definitiva se acercaba, y conocida a grandes rasgos la propuesta del gobierno, los temores a una división entre comunidades de acuerdo con los criterios partidistas comenzaron a crecer. Se esperaba una postura unívoca en aquellas comunidades autónomas en las que el Partido Popular se encontraba en el gobierno. Lo que a comienzos de verano parecía anticiparse como una reunión tranquila al no haber en el horizonte próxima elección alguna, parecía enrarecerse conforme la reunión se acercaba. En todo caso, y antes de dar tiempo a escenificarse una división de tal carácter, algunas de las comunidades autónomas con gobiernos socialistas se desmarcaron igualmente de una propuesta que implicara la subida de ciertos impuestos, hecho que terminó provocando

²¹ Conocidos los resultados de las elecciones (PP, 37, PSG, 25, BNG, 13), y ante el anunciado pacto de gobierno PSOE-BNG, se barajó la celebración de la conferencia los últimos días de julio, aunque la posibilidad de que la formación del gobierno se dilatare y hubiera de acudir a la misma el entonces presidente de la Xunta en funciones desechó dicha posibilidad. La toma de posesión se realizó finalmente el 2 de agosto.

en última instancia que el gobierno introdujera importantes cambios en la propuesta inicial.

Carece de sentido entrar ahora a diseccionar en detalle el contenido de la propuesta, ya que evidentemente la cuestión menor (para lo que a nosotros interesa) serían los elementos técnicos del debate, siendo lo realmente esencial la forma de hacerlo; esto es, el foro elegido y su específico desarrollo. La cuestión se planteó en primera instancia en la reunión del Consejo de Política Fiscal y Financiera, de septiembre de ese año, y se llegó a presentar una propuesta alternativa por parte de las comunidades autónomas del Partido Popular. A la par que se planteaba este debate, desde Izquierda Unida se planteó la necesidad de crear una comisión mixta Congreso-Senado para mejorar el sistema nacional de salud.

La división no fue finalmente la que parecía anticiparse días antes, y terminó con el convencimiento de que la Conferencia de Presidentes, a la que el gobierno llevaría una propuesta modificada, podría terminar por sacar la situación del estancamiento en que se encontraba.

Esta conferencia, criticada duramente por su organización y formato, y que parecía ofrecer *ad extra* una cierta sensación de improvisación, terminó finalmente con declaraciones políticas completamente contradictorias pese a la afirmación de una suerte de “consenso básico” por parte del gobierno en torno al tema objeto de debate, la financiación de la sanidad. En el debe puede apuntarse una de las principales críticas al desarrollo de la conferencia, que vino provocada no sólo por su escasa duración, sino por la forma de ofrecer documentación e informes por parte del gobierno, no en vano durante su celebración se llegaron a ofrecer a la prensa datos de la propuesta (o, mejor, de la contrapropuesta) que todavía no se habían expuesto en el seno de la conferencia misma.

La propuesta realizada finalmente en su seno venía a suponer la entrega por parte del gobierno, sin exigencia de contraprestación alguna, de una importante cuantía en orden a la financiación de la sanidad;²² a ello habría que añadir la posibilidad de que éstas, autónomamente, incrementaran algunos impuestos (electricidad, matriculación o carburantes).²³ Esta propuesta sería ratificada en la posterior reunión del Consejo de Política Fiscal y Financiera celebrada tres días después, aunque con la abstención

²² Es destacable el incremento en un 170% de la propuesta inicialmente apuntada por el gobierno diez días antes de la celebración de la conferencia; implicaría una aportación directa por parte del Estado de unos 1,700 millones y anticipos a cuenta de alrededor de 1,400.

²³ Según cálculos realizados, el aprovechamiento de dichos incrementos podría suponer un montante global de 1,800 millones de euros.

de las comunidades autónomas del Partido Popular al apuntarse por éstas la indefinición del reparto definitivo.²⁴

La primera plasmación de este acuerdo sería la aprobación del Decreto Ley 12/2005, del 16 de septiembre, por el que se aprobaron determinadas medidas urgentes en materia de financiación sanitaria, y se procedió a la autorización de anticipos de tesorería y a la subida de determinados impuestos especiales; así, bebidas alcohólicas y tabaco. La justificación de la asociación de la subida de estos impuestos a la financiación sanitaria se hizo apuntando la presunta coherencia de la finalidad perseguida al incidir sobre productos cuyo consumo puede ser nocivo para la salud y, en consecuencia, generadores de gasto sanitario.²⁵

La siguiente convocatoria, celebrada en enero de 2007, y que despertó una gran expectación,²⁶ coincidió en el tiempo con el complejo proceso de reformas estatutario abierto.

Recordemos que por aquel entonces ya se habían aprobado los nuevos estatutos de Valencia y Cataluña (LLOO 1/2006, del 10 de abril y 6/2006, del 19 de julio),²⁷ recurridos ambos ante el Tribunal Constitucional; estos recursos serían resueltos, como es bien sabido, por las SSTC 247/2007, del 12 de diciembre y 31/2010, del 28 de junio. El proceso que derivó en esta segunda fue especialmente polémico, y el debate sobre el mismo condicionó la agenda política durante esos cuatro años, con una complicada y dura lucha, que se trasladó hasta el propio Tribunal. La sentencia finalmente declaró inconstitucionales un buen número de artículos del mismo, sirviéndose de una interpretación amplia del contenido estatutario y, no olvidemos, apoyado en la discutible muleta de la vía de la interpretación conforme, en orden a no hacer más extensas las tachas de inconstitucionalidad.²⁸

Por lo que a la conferencia hace referencia, cabe destacar que en estos nuevos estatutos no se hace referencia expresa alguna a este foro. Como des-

²⁴ En medios políticos se sugirió que esta abstención pudo venir provocada por la oposición de alguna de estas CCAA a votar en contra de la propuesta (concretamente, Baleares y Castilla-León) y al intento de consecución de una votación unánime en el seno del Consejo.

²⁵ En la exposición de motivos del decreto ley se apuntó que ese “incremento de fiscalidad produce el doble efecto de proporcionar fondos que financien el gasto sanitario, a la vez que el propio gasto se reduce en la medida en que el consumo de dichos productos se desincentiva”.

²⁶ Casi un millar de periodistas se acreditaron para cubrir este acto.

²⁷ En el curso de ese mismo año en que se celebró la III Conferencia de Presidentes se aprobó asimismo la reforma de otros tres estatutos: LLOO 1/2007, del 28 de febrero (Islas Baleares); 5/2007, del 20 de abril (Aragón); 14/2007, del 30 de noviembre (Castilla y León).

²⁸ Sobre esta sentencia, véase *TRC*, núm. 27, 2011 (monográfico sobre la STC 31/2010).

taca la doctrina los instrumentos multilaterales aparecen aquí como meras técnicas de articulación de la participación autonómica en competencias estatales bien de forma expresa o implícita sin aludir a instrumentos concretos para formalizar esa multilateralidad (tan sólo en el caso del Estatuto de Andalucía se mencionaría expresamente una Conferencia Sectorial, el Consejo de Política Fiscal y Financiera).²⁹ En el último de los aprobados hasta la fecha, Extremadura (enero de 2011) por su parte, se hace referencia genérica a los foros multilaterales de cooperación internacional, apostando por la promoción y participación de los mismos por parte de las instituciones de la CA de cara a un mejor funcionamiento de las respectivas competencias o del mejor funcionamiento del sistema autonómico.³⁰

En esta tercera reunión de la conferencia se acordó el mapa de infraestructuras científico-tecnológico, que incluyó la aprobación de un amplísimo abanico de propuestas en este campo.

Junto a ello, los otros temas debatidos fueron la situación de los recursos naturales en nuestro país, y de forma más específica, el agua; se acordó así crear una conferencia sectorial del agua.³¹

También, el objetivo de una inmigración ordenada y legal; también aquí se optó por crear una conferencia sectorial de inmigración. Este órgano estaría encargado de asegurar la adecuada coordinación de las actuaciones a desarrollar por las administraciones públicas en materia de inmigración. Tiempo después de su creación se incorporó, a la propia Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que asimismo suprimió el Consejo Superior de Política de Inmigración con el que hasta ese momento había convivido.³²

Más allá de estos temas uno de los puntos más delicados de la sesión fue la presentación de una propuesta relativa a la política antiterrorista del gobierno tras el atentado de la T-4; esta propuesta puso de manifiesto nuevamente la alineación en bloques partidistas de las diferentes comunidades.

La última de las conferencias celebradas hasta la fecha se realizó en diciembre 2009 y contó también con la presencia de consejeros autonómicos. Si bien en un primer momento se barajó la posibilidad de su presencia en salas adyacentes en última instancia se fijó que asistieran todos a la misma

²⁹ García Morales, M. J., “Los nuevos estatutos de autonomía y las relaciones de colaboración. Un nuevo escenario ¿una nueva etapa?”, *cit.*, p. 367. La autora e refiere a los EEAA de Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña e Islas Baleares.

³⁰ Artículo 67 del EA de Extremadura (LO 1/2011, del 28 de enero).

³¹ El Consejo de Ministros, en su reunión del 2 de marzo de 2007, autorizó al Ministerio de Medio Ambiente a su constitución.

³² L. O. 2/2009, del 11 de diciembre de reforma de la L.O. 4/2000, del 11 de enero.

sala y estos permanecieran ubicados detrás de los diferentes presidentes autonómicos. La presencia del mismo vino provocada en parte por la decisión del presidente del gobierno de venir acompañado de la vicepresidenta y ministra de Economía, E. Salgado, al ir a tratarse en la reunión temas de economía. Asistieron igualmente la vicepresidenta, M. T. Fernández de la Vega, y el vicepresidente tercero, M. Cháves.

Como primera providencia es importante destacar que la conferencia consiguió configurar su reglamento interno de funcionamiento,³³ al que ya hemos ido haciendo referencia en estas breves notas. Un reglamento de ocho artículos en el que se concretaba la naturaleza de este órgano, su composición y funciones, así como la periodicidad de sus reuniones y sede, y las necesarias previsiones sobre su concreto funcionamiento, acuerdos y recomendaciones. Junto a ello se establecía la posibilidad de acordar comisiones y grupos de trabajo y la existencia de un comité preparatorio para el examen previo de los asuntos.

También fueron adoptadas sendas declaraciones sobre la presidencia española del Consejo de la Unión Europea, y sobre la necesidad de impulsar instrumentos de lucha contra la violencia de género.

En todo caso, ello se produjo en el seno de una compleja reunión que terminó sin acuerdos en materia de empleo y contención del déficit; recordemos que el documento elaborado por el gobierno tuvo finalmente doce votos a favor y ocho abstenciones. Algunos de los temas que se apuntaron que tendrían cabida en las sucesivas reuniones serían la mejora del sistema educativo, así como el cambio climático.

Celebrada aquélla, año y medio después, se sigue esperando la convocatoria de una nueva reunión, que no obstante por lo pronto ya habrá incumplido las previsiones temporales contenidas en el reglamento.

Apuntado lo anterior y volviendo a una de las ideas destacadas a lo largo de estas notas, la posible complementariedad de este instrumento con la actuación del Senado, lo cierto es que las deficiencias de esta Cámara y las dificultades de su reforma en orden a hacer efectiva su caracterización como cámara de representación territorial ha acentuado y potenciado la aparición en escena de un foro como la Conferencia de Presidentes, que pretendería impulsar y reforzar el principio de colaboración, principio que tendría unas ventajas que a todos se nos hacen evidentes, puesto que, en sentido genérico consideradas, en palabras de García Morales, son un medio para evitar procesos de centralización y, a la par, instrumento de participación e integración de las instancias territoriales en decisiones genera-

³³ *BOE* del 19 de diciembre de 2009.

les.³⁴ Colaboración entendida como deber que no sería preciso justificarlo en preceptos concretos al ser “de esencia” a dicho modelo, como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias desde la ya lejana STC 18/1982, del 4 de mayo. A ello podríamos añadir las reflexiones de Albertí, cuando (sin dejar de apuntar los riesgos de la “desparlamentarización” del sistema político)³⁵ refiere que la legitimación del modelo autonómico tiende a plantearse cada vez más conforme a términos utilitaristas de eficacia, para cuyo objetivo las relaciones de colaboración serían su instrumento básico; así, el funcionamiento y futuro del mismo dependería de un “adecuado diseño de las relaciones de colaboración entre todos los entes entre los que se distribuye el poder estatal”.³⁶ Y en un sentido más concreto, como apuntaría Aja, aplicado al foro que aquí nos ocupa, la funcionalidad de la conferencia sería triple: impulsar la participación de las comunidades autónomas en las decisiones centrales, el desarrollo de la coordinación horizontal y vertical (y así la garantía frente a las intervenciones estatales y una mejor gestión de las actuaciones autonómicas) y la canalización institucional de los conflictos políticos interterritoriales.³⁷

Mas, instituido este foro, cabe plantearse cuál sería su vigencia (no su desarrollo actual, que no debe verse condicionado por un futuro) “frente” o “junto a” un Senado reformado, que, llegado el caso, serviría también como espacio de concertación y cooperación de las comunidades autónomas entre sí y con el Estado.³⁸

³⁴ Como problemas de la colaboración apuntará la complejidad de los procesos de decisión y la eventual marginación de los parlamentos, “La cooperación en los federalismos europeos: significado de la experiencia comparada para el Estado autonómico”, *Revista de Estudios Autonómicos*, núm. 1, 2002, pp. 115 y ss. De esta misma autora, “Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada”, *cit.*

³⁵ Se sirve el autor de esta expresión de Kisher (*Kooperation im Bundesstaat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1971) tras apuntar que la capacidad de decisión de los procesos cooperativos tiende a desplazarse a los Ejecutivos, “que se encuentran en condiciones mucho mejores para desarrollar complejas y largas negociaciones que los Parlamentos, de modo que éstos se ven relegados en muchas ocasiones a desempeñar un papel de meras máquinas de ratificación de los acuerdos logrados en sede ejecutiva”. “La colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas”, en Martín Rebollo, L. (dir.), *El futuro de las autonomías. Balance y perspectivas*, Santander, Universidad de Cantabria, 1991, p. 209.

³⁶ “La colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas”, *cit.*, p. 217.

³⁷ *Informe sobre la Conferencia de Presidentes (resultado del Seminario celebrado en Barcelona en julio de 2004)*.

³⁸ En la primera de las cuestiones planteadas en su momento por el gobierno al Consejo de Estado con relación a la reforma constitucional del Senado se encontraba pronunciarse sobre este punto, así como sobre las funciones que debe ejercer el Senado como cámara de representación territorial y, en particular, el ámbito material y el grado de participación en el ejercicio de la potestad legislativa y las atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales.

Ahora bien, ¿de qué Senado estaríamos hablando? No pretendemos aquí abordar las posibilidades de reforma de la cámara alta en su composición (designación de sus miembros por los gobiernos o parlamentos autonómicos, elección directa en circunscripción autonómica...) o funciones (redefinición de sus competencias, especialización territorial...), las ventajas o desventajas de cada modelo, el propio orden en que deben ser abordados... Únicamente nos plantearémos sus relaciones en el supuesto de reforma que aparentemente atenuaría parcialmente la necesidad de actuación de un foro de estas características; esto es, aquel en el que la Cámara alta tuviera, entre otros cometidos, el de ser “foro de cooperación interterritorial”. Esa articulación de ese futuro Senado llevaría, en el plano de su composición, como ha referido Albertí, a concluir que la única composición adecuada para asumir tal misión sería la gubernamental.³⁹ Ésta sería la fórmula de uno de los modelos habitualmente planteados respecto de nuestro Senado; así, el del *Bundesrat* alemán, órgano de representación de los *Länder* a nivel federal,⁴⁰ que tendría en el mismo una posición central y determinante, en donde, por lo que a la composición haría referencia, como es de sobra conocido, sus miembros son designados por los gobiernos de los *Länder* —estando presentes también los presidentes—, siendo aquéllos, en palabras de Hesse, representantes “instruidos” en contraposición a los diputados, vinculados a prescripciones y órdenes.⁴¹ Partidarios y detractores de ese modelo no faltarían, ello con independencia de reflexiones sobre su propia naturaleza, en las que ahora no entraremos.⁴² Aja y Viver, por ejemplo, en una reflexión de conjunto sobre la evolución de nuestro Estado autonómico, y al abordar este

³⁹ Señala, asimismo, este autor que si el Senado mantiene su condición de Cámara parlamentaria, difícilmente podría ir más allá de un papel de seguimiento e impulso, cuando menos en las relaciones verticales de colaboración, aunque sí desempeñaría un papel más activo en las relaciones horizontales, *Ante el futuro del Senado, cit.*, pp. 67 y ss. En este mismo volumen véase, también, Trujillo, G., “La reforma constitucional y la participación del Senado en las relaciones de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas”, especialmente las pp. 386-391.

⁴⁰ Sobre este modelo, Oeter, S., “La posición del *Bundesrat* en el sistema constitucional alemán”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, en prensa.

⁴¹ *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heilderberg, C. F. Müller, 1995, p. 260.

⁴² Dispares opiniones sobre la adopción o no de este modelo pueden verse, por citar algunos ejemplos dentro de la amplia bibliografía existente, en Punset, R., *El Senado y las comunidades autónomas*, Madrid, Tecnos, 1987; Arbos, X., “El Senado. Marco constitucional y propuestas de reforma”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 24, 1991; Portero Molina, J. A., “Contribución al debate sobre la reforma del Senado”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995; Martínez Sospedra, M., “El Senado reformado: ¿cámara o consejo?”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 40, 2002; Torres del Moral, A., “Veinticinco

problema señalan que “una reforma del Senado en sentido alemán significaría a la vez un incremento importante de los poderes de las Comunidades Autónomas y una mejora cualitativa del funcionamiento del sistema”.⁴³ Desde otra perspectiva, Portero nos hablará de un modelo excepcional en el panorama comparado,⁴⁴ mientras que Martínez Sospedra lo considerará una solución inadecuada a los déficits de multilateralidad e integración de nuestra forma de Estado.⁴⁵

En el más que hipotético supuesto de que ese modelo o uno similar se adoptara finalmente, cabría plantearse la necesidad de articular nuevamente la actuación de la Conferencia de Presidentes (sería deseable que en sus diferentes perspectivas), en tanto que teóricamente la cámara alta tendría como una de sus principales funciones el impulso de la colaboración y el fortalecimiento de las relaciones intergubernamentales, favoreciendo la cooperación entre las diferentes comunidades autónomas, convirtiéndose así en una cámara de integración. Si bien en pura teoría pudiera parecer que a partir de ese momento dicho foro podría llegar a resultar innecesario al convertirse aquel en elemento canalizador (eficaz) de las relaciones entre las comunidades autónomas y el Estado, hay una cuestión evidente, y es que la experiencia alemana nos muestra lo contrario: la utilidad de la convivencia de dicho foro y su intercomplementariedad.⁴⁶ Allí el *Bundesrat* y la Conferencia (en sus dos dimensiones) articulan un sistema integrador notable. Ésta, por ejemplo, y entre otras actividades “se convierte en una instancia de impulso y preparación de algunos trabajos del *Bundesrat*, y de muy informal recurso (mediador) en los casos de bloqueo de la decisión en la Cámara parlamentaria”.⁴⁷

En todo caso, y más allá de que no parezca verosímil que la reforma determine un modelo como el apuntado, parece claro que la Conferencia de Presidentes está llamada a convertirse (repiteamos, gestionada de forma inteligente y preteridos, en la medida de lo posible, criterios exclusivamente partidistas) en un adecuado complemento del Senado y elemento importante en nuestro Estado de las Autonomías.

años de Senado”, *Revista de Derecho Político*, núm. 58 y 59, 2003; Aja, E., *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 2003.

⁴³ “Valoración de 25 años de autonomía”, *cit.*, p. 108.

⁴⁴ “Contribución al debate sobre la reforma del Senado”, *cit.*, p. 99.

⁴⁵ “El Senado reformado: ¿cámara o consejo?”, *cit.*, pp. 88 y ss.

⁴⁶ Kropp, S., *Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung*, Wiesbaden, VS Verlag, 2009.

⁴⁷ En ese sentido, Roig, E., “La Conferencia de Presidentes de los *Länder* en Alemania”; *cf.* Aja, E., *Informe sobre la Conferencia de Presidentes*, *cit.*, p. 3.

Ello, cualquiera que fuere la reforma que se produzca con relación a nuestro Senado; si es que finalmente termina por producirse, y caso de no verificarse, con mucha mayor razón.

En un estudio sobre la Conferencia de Presidentes, construido básica y esencialmente al amparo del modelo alemán tomado como arquetipo, Bocanegra Sierra y Huergo Lora apuntan la compatibilidad y complementariedad de la Conferencia de Presidentes y del Senado; y más aún, de un Senado reformado, al destacar que la territorialización de esta cámara “hace aún más necesaria la Conferencia de Presidentes, al provocar situaciones de bloqueo, derivadas de la existencia de mayorías diferentes en ambas cámaras” a lo que añadirían (al abordar la conveniencia de un foro que reúna al presidente del gobierno con los presidentes de las comunidades autónomas) que “esta necesidad de contacto sería mucho mayor si se opta por reformar el Senado para convertirlo en una cámara que represente a las Comunidades Autónomas y en especial a los Gobiernos autonómicos”.⁴⁸ En el mismo sentido, Cámara refiere que no cabría hablar en modo alguno de un “inevitable y completo solapamiento y conflicto con otros órganos, singularmente con un Senado que efectivamente se reconfigure como Cámara de representación territorial”, ello porque “la cualidad de esta función de impulso y orientación política (de la Conferencia de Presidentes) no prejuzgaría ni hurtaría ni el debate político general en el seno de la Cámara, ni el resultado al que eventualmente pudiera llegarse... aunque en determinadas materias viniera ya precisada como compromiso político una orientación general sobre la decisión de determinados asuntos y ello pudiera provocar ciertamente tensiones políticas institucionales”; este foro serviría así, entre otras funciones, como “elemento de reequilibrio permanente de carácter general, en tanto la relativa informalidad de esta Conferencia permitiría nuevos tratamientos igualmente informales de aquellos asuntos que pudieran estar políticamente bloqueados en el ámbito parlamentario”.⁴⁹

Esa compatibilidad, esa suerte de intercomplementariedad, incluso necesaria “vinculación”, no sería una idea nueva, puesto que casi una década atrás, Fernández Segado ya señalaba que resultaría positivo en orden al mejor cumplimiento de las funciones del Senado (reformado) el establecimiento de vinculaciones con un órgano, la Conferencia de Presidentes (entonces inexistente), que a su entender debería actuar como instancia deliberante, foro de diálogo y debate del que surgieran las líneas generales de la política

⁴⁸ *La Conferencia de Presidentes, cit.*, pp. 19 y 30, respectivamente.

⁴⁹ “La Conferencia de Presidentes como instrumento de integración para el Estado autonómico: problemas y perspectivas”, *cit.*, pp. 127 y 128.

autonómica;⁵⁰ a ello añadiría de manera específica respecto a los asuntos comunitarios, que el Senado “quizá a través de la vía de la Conferencia de Presidentes” podría “desempeñar un papel destacado en la concertación entre el Gobierno del Estado y los Ejecutivos autonómicos” tanto en “lo concerniente a la defensa de los intereses autonómicos y generales ante los organismos propios de la Unión como en lo relativo a la ejecución del derecho comunitario”.⁵¹

No obstante lo anterior, lo cierto es que la Conferencia debe desarrollarse, como apuntamos *supra*, sin plantearse, hasta que exista una realidad concreta, esa reforma del Senado.

Cabe recordar que no mucho tiempo atrás, con inmediata anterioridad a la celebración de la primera de Conferencia de Presidentes autonómicos, expresaba acertadamente esta idea Aja, aconsejando no tener en cuenta la variable de la reforma del Senado en la definición de la Conferencia, en orden a evitar el condicionamiento de ésta, por lo que no es sino una incógnita, esa reforma que no llega.⁵²

Apostaba el autor por continuar el desarrollo de la Conferencia sin atender a aquella, sobre la base de que su flexibilidad permitiría en su momento, y en su caso, una eventual reconducción a la posición que resultara adecuado, pues “ciertamente la situación futura del Senado condicionará de modo intenso la posición y funciones de la Conferencia”; terminando por señalar, de manera más específica, que

...la Conferencia debe plantearse todos los retos abiertos del desarrollo autonómico, sin pensar en su eventual respuesta por el futuro Senado... Se trata pues de dos procesos que deben realizarse de forma paralela, procurando la mayor aportación de cada uno al sistema autonómico, pero sin que las actuales incógnitas sobre la reforma del Senado lastren las posibilidades de la Conferencia. La separación de ambas cuestiones es probablemente fundamental para dar una adecuada respuesta a ambas.⁵³

⁵⁰ Entre las otras competencias que apuntaba el autor se encontraba el “supervisar y dirigir la acción de las Conferencias sectoriales y pronunciarse acerca de los proyectos normativos de la UE, pudiendo asimismo coordinar las actuaciones relacionadas con la defensa del Estado ante el TJCE”, “Reflexiones en torno a la reforma constitucional del Senado”, *Revista de Derecho Político*, núm. 42, 1996, p. 51.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

⁵² *Informe sobre la Conferencia de Presidentes*, *cit.*, p. 20. Véase, también de este autor, “La reforma constitucional del Senado para convertirlo en una Cámara autonómica”, *cit.*, especialmente las pp. 22-24.

⁵³ *Informe sobre la Conferencia de Presidentes*, *cit.*, p. 20. Desde otra perspectiva, J. M. Morales apunta que la propia reforma del Senado tenga en cuenta la existencia de esa Conferencia

Parece cierto que la Conferencia de Presidentes (más allá de exageraciones que han llegado a hablar de ella como punto de arranque de una segunda transición)⁵⁴ puede alcanzar un lugar de privilegio en nuestro sistema de organización territorial, al menos si se saben aprovechar adecuadamente las oportunidades que abre. Un foro multilateral de encuentro al más alto nivel, contrapunto al bilateralismo al que estábamos acostumbrados, que, claro está, resultaba preferido desde algunos concretos sectores por la posibilidad de obtención de mayores réditos,⁵⁵ un bilateralismo insuficiente y empobrecedor, sin duda, del Estado autonómico.⁵⁶ La existencia de una generalizada voluntad de colaboración unida al hecho de que las directrices partidistas o las coyunturas políticas no se antepongan, por lo que a los presidentes autonómicos hace referencia, a la representación de sus respectivos territorios —sin olvidar los objetivos que pueda obtener a corto o medio plazo—⁵⁷ será lo que determine que este foro o mecanismo de cooperación pueda convertirse o no en una pieza básica del engranaje de nuestro Estado autonómico.

Como ha señalado García Morales, el éxito de estos instrumentos en el ámbito europeo y de su lugar en el panorama institucional viene debido

en diferentes cuestiones, así, por ejemplo, con relación a la composición del Senado y a la posibilidad de incluir como miembros natos a los Presidentes de las Comunidades Autónomas, propuesta que él no compartiría, *Informe sobre la reforma del Senado*, Junta de Andalucía, 2005, p. 19.

⁵⁴ Gómez, J. L., *A vueltas con España*, Madrid, Temas de Hoy, 2005, p. 196.

⁵⁵ J. J. Solozabal, junto al temor de algunas comunidades nacionalistas de que en foros multilaterales dejen de estar singularizadas, destaca también la eventual actitud ventajista del gobierno de la nación temeroso de quedar en minoría en relaciones de este tipo, *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 337 y 338; véase, igualmente, Corcuera, F. J., “Colaboración y cooperación en el sistema autonómico español”, *Anuario Jurídico de la Rioja (el Estado autonómico: cooperación y conflicto)*, núm. 8, 2002, pp. 221 y ss.

⁵⁶ Como señala E. Aja, “la inexistencia de instituciones y técnicas eficaces para las relaciones intergubernamentales entre las CCAA y de éstas con el Estado son el punto débil de toda la estructura autonómica”, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, cit., pp. 204 y ss. De deficiencia hablará también R. Pineda tras señalar que pese a los grandes avances en descentralización política de nuestro modelo autonómico se ha profundizado escasamente en los elementos de cooperación intergubernamental, *La participación territorial en la cámara alta en Estados federales o descentralizados*, INAP-Goberna, documento de trabajo núm. 1, julio de 2004, pp. 3 y ss.

⁵⁷ En un trabajo publicado justo con anterioridad a la celebración de la primera conferencia se apuntaba justamente esta idea; esto es, que “la importancia que cobre la Conferencia de Presidentes en los próximos años dependerá de los objetivos que logre a corto y medio plazo”, así como que “el buen rendimiento de la Conferencia permitirá el establecimiento de una compleja red de relaciones intergubernamentales a largo plazo en todos los niveles de la administración”, *Conferencia de Presidentes. Modelos y prácticas en derecho comparado*, Vidal, J. M. (dir.), INAP-Goberna, documento de trabajo núm. 3, septiembre de 2004, p. 24.

de la *auctoritas* que han ido ganando “con resultados, con la capacidad de llegar a acuerdos” pero lo cierto, como se encarga asimismo de destacar, es que ello ha derivado de que los procesos o episodios de politización han sido la excepción y no la regla.⁵⁸ De ahí la necesidad en la que insiste de una “mayor interiorización de la lealtad institucional”. Esa cultura de llegar a acuerdos la conecta de forma directa con el propio sistema de partidos, no en vano en los países en que estos instrumentos se han erigido como sujetos destacados, Alemania por ejemplo, no resultan extrañas las grandes coaliciones entre partidos de ideología muy distinta; y también

...el propio valor que tiene la *Bundestreue* o principio de lealtad federal, un principio constitucional no escrito muy interiorizado por los actores del que el Tribunal Constitucional deduce auténticas obligaciones de comportamiento y de relación de la Federación y los *Länder* entre sí, como la obligación de tener en cuenta sus recíprocos intereses, mantener relaciones amistosas, o la prohibición de negociar un tema constitucionalmente relevante sólo con los *Länder* afines. Las enseñanzas del derecho Comparado deberían tenerse muy presentes.⁵⁹

Profetizar, sin acudir a Espurina, el futuro de este órgano resulta complejo. Aunque esto, claro está, depende de la voluntad política y de la capacidad de pensar en grande, en palabras de Ortega.

⁵⁸ “Instrumentos y vías de institucionalización de las relaciones intergubernamentales”, *cit.*, p. 121.

⁵⁹ *Idem.*

CONSTITUCIÓN, GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Belén UREÑA CARAZO*

SUMARIO: I. *La garantía de los derechos fundamentales como un derecho fundamental.* II. *Sobre el fundamento y contenido de la garantía jurisdiccional de los derechos como derecho fundamental.* III. *Conclusión.*

I. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

En una primera aproximación al examen del contenido normativo de los derechos fundamentales procesales recogidos en el ordenamiento jurídico español, al objeto de ir perfilando aún más estos derechos, vamos a partir del concepto que de los mismos ha propuesto Natarén Nandayapa, no sin antes recordar qué entendemos por derechos fundamentales: “aquellos derechos inherentes a todo ser humano que han sufrido un proceso de positivación, gozando, por tanto, de plena efectividad frente a terceros”.

Ahora vamos a dar un paso más, ciñéndonos exclusivamente al ámbito procesal, a fin de ir acotando el campo de esta reflexión. Así, cuando hablamos de derechos fundamentales procesales nos referimos, siguiendo al citado autor, a los

...derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales... significan tanto una manifestación general del Estado de derecho —la de acceso a la jurisdicción— como garantías procesales que hasta épocas recientes se habían formulado sólo como principios de derecho objetivo (*in dubio pro reo, nemine damnetur nisi audiatur*,

* Doctora en derecho con mención internacional *cum laude* por la Universidad de Jaén, España.

audiatur et altera pars, entre otros), y que, en la actualidad, para destacar su importancia y reforzar su tutela, aparecen revestidas de la forma de derechos fundamentales.¹

Igualmente, precisa Díez-Picazo que “en el caso del artículo 24 C.E., los derechos fundamentales que en el mismo se consagran son derechos fundamentales de naturaleza *procesal* o *jurisdiccional*, es decir, derechos fundamentales que despliegan su eficacia frente al ejercicio de la potestad jurisdiccional”.²

En este sentido, entendemos que se identifican con la función *subjetiva* de los derechos fundamentales en cuanto nos encontramos ante derechos que garantizan la libertad individual.

En la Constitución española no hay más derechos fundamentales de naturaleza procesal que los referidos en su artículo 24,³ cuya redacción se ha tachado de poco acertada por un sector de la doctrina,⁴ toda vez que puede inducir a confusión de cuáles sean efectivamente esos derechos procesales, planteándose un problema que atañe al contenido esencial del artículo 24, CE, que puede ser más extensivo o restrictivo, dependiendo del mayor o menor número de derechos que pueda implicar su ejercicio, lo que ha sido abordado por la doctrina autorizada desde diferentes puntos de vista,

¹ Natarén Nandayapa, C. F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México, UNAM, 2006, p. 103.

² Díez-Picazo Giménez, I., “Comentario al artículo 24: garantías procesales”, en Alzaga Villamil, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, t. III, p. 24.

³ Como ha señalado Fuigueruelo Burrieza, en nuestra historia constitucional no es hasta la Constitución de 1978 cuando se reconoce expresamente el derecho a la jurisdicción en su artículo 24.1, con rango de verdadero derecho fundamental. Fuigueruelo Burrieza, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.

⁴ Así, por ejemplo, Carreras del Rincón indica que “con independencia del mejor o peor acierto del legislador al redactar el precepto, no puede haber duda de que el derecho a obtener una tutela judicial efectiva ha de tener como dos vertientes, que podríamos denominar activa y pasiva. Por un lado, el derecho a una tutela judicial efectiva conlleva que el ciudadano que crea haber sido lesionado en sus derechos o intereses, o que requiera la protección de éstos, y se vea impedido de proporcionarse a sí mismo, directa y personalmente, tal protección o la reparación necesaria de su derecho lesionado, ha de poder acudir a los jueces y tribunales en demanda de tutela, de protección o de reparación. Por otra parte, como el Estado prohíbe la realización arbitraria del propio derecho, o lo que se ha denominado la justicia privada, tiene la correlativa obligación de atender al ciudadano que demanda la protección o reparación de sus derechos o intereses, y de aplicar la ley al caso que se le presente o para el que se le requiera. Una función que se lleva a cabo por medio de los jueces y tribunales y que no es otra que la denominada función jurisdiccional” (Carreras del Rincón, J., *Comentarios a la doctrina procesal civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo: el artículo 24 de la Constitución española, cit.*, pp. 22 y 23).

que trataremos a continuación. Al hilo de esta línea argumentativa, y como punto de partida, nos parece conveniente transcribir literalmente el citado artículo 24 CE, que establece lo siguiente:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Así, con carácter general, el artículo 24, CE, consagra en su apartado primero el denominado derecho a la tutela judicial efectiva; esto es, el *derecho de acceso a la jurisdicción*, para, seguidamente, aludir a la prohibición de indefensión, mientras que en el párrafo segundo incluye una serie de garantías procesales, que en puridad derivan del primero, y permiten que ese derecho sea realmente efectivo, garantías que son predicables en todas las jurisdicciones (civil, penal, laboral, contencioso-administrativa y militar),⁵ si bien algunas de ellas rigen fundamentalmente en el ámbito penal.⁶ Coincidimos con Carrasco Durán en la idea de que

...los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales son de aplicación común a todas las relaciones jurídicas, con independencia de su naturaleza, lo cual, junto a la interpretación del artículo 24 de la Constitución conforme al principio de eficacia directa de los derechos fundamentales, motiva que toda persona pueda acudir a los procesos ordinarios para instar la tutela judicial contra cualquier vulneración de sus derechos fundamentales ocurrida en el curso de una relación de carácter civil, penal,

⁵ SSTC (Sala Segunda) núm. 21/1981, del 15 de junio y núm. 31/1986, del 20 de febrero, señalando esta última que “los principios establecidos en el artículo 24 de la Constitución no son exclusivos del orden penal, sino que tienen su vigencia frente a todas las instancias públicas represivas”.

⁶ Tal es el caso del derecho a ser informado de la acusación formulada, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a no confesarse culpable y el derecho a la presunción de inocencia.

administrativo o laboral, siguiendo las normas sobre competencia, legitimación, representación procesal, dirección técnica y tramitación propias de estos procesos.⁷

De este modo, Peces-Barba entiende que el artículo 24.1, CE, es una clara *norma de acceso*, que establece el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales, mientras que el artículo 24.2, CE, regula *dimensiones del ejercicio del derecho en el ámbito del proceso*, por lo que debemos situarlo en las normas que regulan el ejercicio de derechos, integrándolas en el ámbito de las garantías procesales.⁸ Sin embargo, Pérez Luño incluye el artículo 24, CE, dentro del sistema de garantías jurisdiccionales consagrado en nuestro modelo constitucional, clasificándolas como *garantías procesales genéricas*, que, según este mismo autor, engloban las tres siguientes: el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el derecho a un proceso debido, desglosándose, a su vez, este último en el derecho a la defensa y asistencia letrada, el derecho a ser informado de la acusación formulada, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a no confesarse culpable y el derecho a la presunción de inocencia.⁹

Asimismo, para Natarén Nandayapa, el artículo 24, CE, en su apartado primero, recoge el derecho fundamental de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y en su apartado segundo recoge una serie de garantías concretas, que son realmente derivaciones de lo establecido con carácter general en el apartado anterior.¹⁰ Nos encontramos, pues, ante un derecho fundamental de contenido complejo,¹¹ así como un derecho de configuración legal,¹² esto es, precisa de un desarrollo legislativo para poder ser ejercitado. Por tanto, continúa afirmando este autor que

...siguiendo a Díez-Picazo Giménez, se puede afirmar que el denominado derecho a la tutela judicial efectiva”, consagrado en el artículo 24.1 CE, en

⁷ Carrasco Durán, M., *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 39.

⁸ Peces-Barba, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, cit., p. 254.

⁹ Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 80 y 81.

¹⁰ Natarén Nandayapa, C. F., *La tutela...*, cit., p. 22.

¹¹ STC núm. 26/1983 (Sala Segunda), del 13 de abril.

¹² STC núm. 115/1990 (Sala Primera), del 21 de junio.

realidad se integra por un conjunto de garantías procesales, entre las que se cuentan el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a una resolución sobre el fondo, el derecho a una resolución fundada en derecho, el derecho a los recursos, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, el derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos, así como el derecho a la tutela cautelar. De este complejo derecho ha de distinguirse otro distinto, también incluido en el apartado 1 del artículo 24 CE: el derecho fundamental a no padecer indefensión.¹³

De esta manera, en el apartado segundo del artículo 24, CE, se sancionan unos derechos procesales concretos que se derivan de la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión aludidos en el apartado primero del mismo artículo.

En la misma línea, Lorca Navarrete considera que la complejidad del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24, CE,

...que impide incluir la definición constitucional del art. 24.1 en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que, como la que distingue entre derechos de libertad y derechos de pretensión, sólo ofrece cabida para derechos de contenido simple, no hace, sin embargo, de este derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales un concepto genérico dentro del cual hayan de entenderse insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos, como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas que la Constitución garantiza en el apartado segundo de este mismo artículo 24. Desde el punto de vista sociológico y práctico, puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva: jurídicamente, en el marco de nuestro ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia, también pueden ser objeto de distintas violaciones.¹⁴

También Cerdón Moreno propugna que la Constitución española recoge en su artículo 24, por un lado, el *derecho a obtener la tutela judicial efectiva* (apartado 1), que eleva a la categoría de derecho fundamental y, por otro lado, los *principios del sistema de administración de justicia*, cuya concreción y

¹³ Natarén Nandayapa, C. F., *La tutela...*, cit., p. 20.

¹⁴ Lorca Navarrete, J. F., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Madrid, Pirámide, 2001, pp. 240 y 241.

materialización corresponde al poder político.¹⁵ Por su parte, Carreras del Rincón opina que

...el apartado 2 del artículo 24 declara toda una serie de derechos fundamentales que, en sentido estricto, quizá podrían ser considerados distintos del derecho a una tutela judicial efectiva. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha establecido frecuentemente que la violación de esos derechos fundamentales comporta a su vez una violación del derecho a una tutela judicial efectiva.¹⁶

A este respecto, es interesante destacar la sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de julio de 1982, que ha señalado que los dos epígrafes del artículo 24, CE,

...merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas garantías procesales —así, el derecho del juez ordinario predeterminado por la Ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público...—, mientras que el primero, al proclamar el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía previa al proceso, que lo asegura cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto. Dicho de otro modo, el artículo 24.2 también asegura la tutela efectiva, pero lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales, mientras que el artículo 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso.

En definitiva, entendemos que todos los derechos fundamentales procesales contenidos en los dos apartados del artículo 24, CE, persiguen como fin último la tutela judicial efectiva de los particulares, si bien con distintos medios, ya que el primer apartado de dicho artículo posibilita, en primer lugar, el acceso a un proceso judicial, cuyo correcto desarrollo se garantiza con los derechos contenidos en el apartado segundo, de forma que estos últimos entran en juego una vez que se aplica el primero de los derechos.

Como ha puesto de manifiesto Gimeno Sendra, el artículo 24, CE,

¹⁵ Gutiérrez-Alviz Conradi, F., *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continuada, núm. 22, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 215.

¹⁶ Carreras del Rincón, J., *Comentarios a la doctrina procesal civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo: el artículo 24 de la Constitución española*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 15 y 16.

...está compuesto de dos apartados muy relacionados entre sí. El segundo incluye las denominadas garantías procesales, como son el derecho al juez ordinario o la presunción de inocencia. El primero se instala en un momento anterior al proceso, precisamente para garantizar el acceso al mismo; es decir, asegura que éste tendrá lugar. Es el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales. Es evidente, sin embargo, que sin las garantías procesales del apartado segundo tampoco hay una tutela judicial efectiva. Lo cual pone de manifiesto que este artículo debe ser interpretado como dotado de un sentido global.¹⁷

De manera que este autor configura la tutela judicial como un derecho autónomo, garantía de los demás derechos constitucionales, y con un contenido propio, aunque complejo y polivalente.¹⁸

No obstante, en la práctica, se han llegado a confundir todas las garantías procesales del artículo 24, CE, dada la estrecha relación existente entre ellas, confusión que no ha impedido “dotar al derecho a la tutela judicial efectiva de un contenido propio, distinto de la mera suma de los demás derechos que se reconocen en el artículo 24”.¹⁹ En vista de lo anterior, destacamos la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 89/1985, del 19 de julio, FJ 1, cuando afirma que

...si hubiera de entenderse que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho, por así decirlo, genérico, que se descompone en el conjunto de derechos específicos enumerados en el apartado 2o. del artículo 24 y que carece, por tanto, de contenido propio, distinto del que resulta de la adición de esos otros derechos específicos, el enunciado constitucional sería redundante... Esta sustantividad propia que se enuncia en el apartado 1o. del artículo 24 CE hace ciertamente posible que un acto del poder, y en particular de los órganos judiciales, que viole alguno de los derechos declarados en el apartado 2o. del mismo artículo, lesione también aquél, pero, aunque en el plano de lo fáctico pueda apreciarse entre ambas vulneraciones una relación de causa a efecto, es indispensable que ambas se hayan producido efectivamente sin que, en el plano jurídico, sea posible partir de una implicación recíproca de ambas, de manera que se afirme la existencia de la una porque se da también la otra.

¹⁷ Gimeno Sendra, V. et al., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Madrid, Colex, 2007, p. 601.

¹⁸ SSTC 9/1982, del 10 de marzo, y 46/1962, del 12 de julio.

¹⁹ Gutiérrez-Alviz Conradi, F., *Derechos procesales fundamentales*, cit., p. 216.

Esto subraya el *carácter expansivo* del derecho a la tutela judicial efectiva, que impregna a todos los demás derechos reconocidos en el mismo artículo, lo que implica proporcionar “cobertura y fundamento constitucional a cualquier pretensión frente a actuaciones de los órganos judiciales que traspasen los límites constitucionales”.²⁰

Por último, Figueruelo Burrieza ha interpretado que

...del carácter general que emana del primer párrafo cabe deducir que el efecto de este precepto es predicable de cualquier tipo de procesos, porque, de limitarse a alguno de ellos, su generalidad se vería mermada. Pero, si el juez, pieza esencial de un Estado de Derecho, es la primera de las garantías, no es la única, ya que en el párrafo segundo del precepto transcrito se recogen nuevas garantías, que, añadidas a la tutela genérica del juez, representan las garantías del procedimiento.²¹

Así se han pronunciado las SSTC 9/1982, del 10 de marzo, y 46/1962, del 12 de julio.

En otro orden de cosas, el derecho fundamental acogido en el artículo 24.1 de la Constitución española comporta la exigencia de que “en ningún caso pueda producirse indefensión”, habiendo afirmado el Tribunal Constitucional que la interdicción de la indefensión constituye *prima facie* una cláusula especial o fórmula de cierre, subrayando Lorca Navarrete que

...la idea, pues, de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, en cuanto ésta supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). De esta suerte —señala el TC— la idea de indefensión engloba, entendida en su sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del artículo 24.²²

Sin embargo, de este concepto amplio se ha ido evolucionando hacia otro más estricto, en virtud del cual la indefensión no tiene necesariamente que coincidir con la figura jurídico-procesal de la misma, por cuanto considera que ésta no se produce cuando la situación de indefensión ha sido

²⁰ *Ibidem*, p. 217.

²¹ Figueruelo Burrieza, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, cit., p. 21.

²² Lorca Navarrete, J. F., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, cit., p. 246.

causada por la propia actitud del sujeto,²³ de forma que la indefensión, en el contexto del artículo 24, se caracteriza porque supone una *privación o una limitación del derecho de defensa*.²⁴

II. SOBRE EL FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

En la historia constitucional española no es hasta la Constitución de 1978 cuando se reconoce expresamente el derecho a la jurisdicción en su artículo 24.1, con rango de verdadero “derecho fundamental”,²⁵ resaltando Figueruelo Burrieza que

...el fundamento básico del derecho que analizamos se encuentra en el hecho de que a las personas se les ha prohibido satisfacer por sus propios medios el conjunto de derechos e intereses que constituyen su patrimonio jurídico... Sobre la base de esta prohibición de las iniciativas individuales, será necesaria una compensación que permita solicitar esa defensa al Estado poniendo en marcha el mecanismo de la justicia, gracias a lo que se denomina derecho a la jurisdicción.²⁶

Tal y como ha expresado la STC 175/2001, del 26 de julio, FJ 5:

...es la falta de poder de cada individuo para imponer sus derechos e intereses —consecuencia necesaria del deber de respeto a los demás y de la paz social a que se refiere el artículo 10.1 CE— la que dota al derecho a la tutela judicial efectiva de su carácter materialmente esencial o fundamental, en tanto necesario para la realización de los derechos e intereses de los particulares.

En este sentido, Cordón Moreno alude a la circunstancia de que

²³ Doctrina recogida también por el Tribunal Supremo. Así, entre otras, la STS núm. 176/2007, del 13 de febrero, ha afirmado que se entiende que no ha habido indefensión cuando ésta es debida a la propia pasividad de la parte.

²⁴ Lorca Navarrete, J. F., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, cit., p. 246.

²⁵ Si bien el precedente inmediato del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 CE lo encontramos en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, a tenor del cual “todos los españoles tendrán el libre acceso a los Tribunales” (Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 530).

²⁶ Figueruelo Burrieza, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, cit., p. 50.

...el derecho a la tutela judicial efectiva es así una consecuencia de la prohibición de la tutela privada, y aparece vinculado en el precepto constitucional que lo reconoce (artículo 24.1) a la interdicción de la indefensión. Ello significa que la tutela efectiva debe obtenerse dentro de un proceso en el que se respeten todas las garantías que, con carácter abierto, aparecen reconocidas en el mismo artículo 24 CE.²⁷

Toda vez que la sentencia del Tribunal Constitucional 48/1984, del 4 de abril, ha evidenciado que “la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del artículo 24”.

Tal y como ha puesto de manifiesto Carreras del Rincón, en el ordenamiento jurídico español, ni la doctrina científica ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se han ocupado de definir qué se entiende por derecho a la tutela judicial efectiva, limitándose a delimitar en la numerosa casuística cuándo se entiende vulnerado dicho derecho y cuándo no, no fijando siquiera su contenido esencial.²⁸ Así, hay una doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional²⁹ que establece que “el derecho a una tutela judicial efectiva queda satisfecho mediante la *obtención por el litigante de una decisión jurisdiccional*, con independencia de que aquélla conceda o no lo solicitado por el reclamante, siempre que la resolución sea *debidamente fundamentada* y se haya dictado *con respeto a todos los principios y garantías procesales fundamentales*”,³⁰ doctrina que ha sido acogida y aplicada también por el Tribunal Supremo.³¹ En la misma dirección, recalca Sánchez Agesta que existen tres momentos en el derecho a la tutela judicial efectiva: el acceso a la jurisdicción, el proceso debido y la eficacia de la sentencia.³²

No obstante, y en lo que atañe al concepto de este derecho, hemos apreciado que sí existen varios autores relevantes que se han ocupado de él; así,

²⁷ Gutiérrez-Alvz Conradi, F., *Derechos procesales fundamentales*, cit., p. 216.

²⁸ Carreras del Rincón, J., *Comentarios a la doctrina...*, cit.

²⁹ Entre otras, SSTC núm. 12/1981, del 22 de abril; núm. 34/1982, del 14 de junio; núm. 59/1984, del 10 de mayo; núm. 69/1984, del 11 de junio; núm. 102/1984, del 11 de noviembre; núm. 81/1986, del 20 de junio y núm. 157/1986, del 10 de diciembre.

³⁰ Carreras del Rincón, J., *Comentarios a la doctrina...*, cit., p. 25.

³¹ Entre otras muchas, citamos la STS 815/1995, del 6 de septiembre, que señala que “el derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos...”.

³² Sánchez Agesta, L., “El derecho a la tutela jurisdiccional. Comentario al libro de Jesús González Pérez”, cit.

por ejemplo, Garberí Llobregat ha propuesto una definición del derecho a la tutela judicial efectiva como

...el derecho de acceder a los tribunales para plantearles la pretensión procesal y obtener de éstos, sin padecer estado alguno de indefensión a lo largo del proceso, una resolución, a ser posible de fondo, motivada en el derecho objetivo y en las pruebas practicadas, congruente con las peticiones esgrimidas por los litigantes frente a la que podrán interponerse los recursos establecidos legalmente, y que, una vez alcanzada la firmeza, resultará susceptible de ejecución forzosa e inmodificable fuera de los cauces previstos por el ordenamiento.³³

Por su parte, Gimeno Sendra apunta lo siguiente:

...partiendo de la amplia y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, podemos definir el derecho de acción como derecho fundamental que asiste a todo sujeto de Derecho, a acceder libremente al Poder Judicial, a través de un proceso con todas las garantías y a todas sus instancias, deducir en él una pretensión u oponerse a ella y obtener de los Juzgados y Tribunales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en Derecho, congruente y, a ser posible, de fondo, que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a obtener la ejecución de lo resuelto.³⁴

Y, por último, tampoco podemos olvidar la definición propuesta por Díez-Picazo como

...el derecho consistente en tener libre acceso a los Tribunales para solicitar de éstos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, sea favorable o desfavorable, siempre que se cumplan los requisitos procesales o, en caso contrario, una resolución de inadmisión de la pretensión formulada igualmente fundada en Derecho, a presentar los recursos que las leyes prevean y a que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado.³⁵

³³ Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 20.

³⁴ Gimeno Sendra, V. *et al.*, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, cit., p. 523.

³⁵ Díez-Picazo Giménez, I., "Comentario al artículo 24: garantías procesales", en Alzaga Villamíl, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., p. 36.

De lo expuesto se evidencia que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, como ya hemos apuntado anteriormente, es genérico y complejo,³⁶ determinando el Tribunal Constitucional español que su *contenido esencial* se desglosa en una serie de derechos, que describimos seguidamente.

Un primer contenido lo conforma el *derecho de acceso a los tribunales* en defensa de los derechos e intereses legítimos, lo que implica, además, en el plano procesal, la obtención de una respuesta judicial en todas las instancias existentes; esto es, el acceso a los recursos regulados específicamente en el ordenamiento jurídico español.³⁷ Así, la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho al proceso, la tenemos plasmada en la sentencia del Tribunal Constitucional 251/2007, del 17 de diciembre, FJ 4, que señala:

...según tenemos repetido, por ejemplo, en la STC 311/2000, de 18 de diciembre, F. 3, «el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, F. 3)». Un derecho que no sólo «puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impositivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero, F. 5; 141/1988, de 29 de junio, F. 7)», sino también «por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón

³⁶ Como ha señalado Gimeno Sendra, “la tutela judicial es garantía de los demás derechos constitucionales. Pero no es ella misma un derecho meramente conexo, sino autónomo, con un contenido propio, aunque ciertamente complejo y polivalente, puesto que comporta muchas operaciones jurídicas” (Gimeno Sendra, V. *et al.*, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, *cit.*, p. 602).

³⁷ La jurisprudencia constitucional diferencia entre el derecho a los recursos en los procesos no penales, que “comprende tan sólo el derecho a utilizar los recursos legalmente previstos en el ordenamiento procesal, por lo que se trata de un derecho de configuración legal cuya determinación y límites dependen de la contingente y coyuntural voluntad del legislador ordinario”, y el derecho a los recursos en los procesos penales, cuyo contenido esencial sí dimana directamente de la Constitución y, por tanto, no dependen de la cambiante voluntad del legislador ordinario. Véase Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela...*, *cit.*, p. 135.

revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, de 22 de marzo, F. 4 y las en él citadas).³⁸

Esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva impone que las normas procesales sean interpretadas atendiendo al principio *pro actione*; esto es, el criterio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental, que se aplica respecto de ciertos contenidos del derecho.³⁹

Sin embargo, Díez-Picazo subraya también que este contenido básico y primordial de acceso a la jurisdicción, que faculta a cualquier persona para acudir a los tribunales solicitando la tutela de cualquier derecho o interés legítimo, significa “que no pueden existir sectores del ordenamiento jurídico de los que deriven derechos subjetivos o intereses legítimos cuya vulneración no pueda ser residenciada ante los tribunales. No cabe hacer exclusiones al acceso a la jurisdicción ni por razón del sujeto ni por razón del objeto”.⁴⁰

El segundo contenido del derecho a la tutela judicial efectiva lo constituye el *derecho a la obtención de una respuesta por el órgano judicial de fondo, motivada, fundada en derecho y congruente*, lo que no implica que se otorgue a su titular el derecho a obtener una resolución judicial favorable.⁴¹ En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que

...el derecho fundamental a la obtención de una resolución judicial de fondo no puede ser entendido en términos absolutos, sino tan sólo como *el derecho a obtener dicho pronunciamiento de fondo cuando se hayan observado los presupuestos procesales legalmente exigibles...*, de forma tal que, incumplidos dichos presupuestos, el derecho a la tutela judicial efectiva quedará igualmente respetado con la emisión por parte de los tribunales de una *resolución judicial de inadmisión de la pretensión, no de fondo sino una resolución absolutoria en la instancia o meramente procesal*.⁴²

³⁸ También se han pronunciado, entre otras, a favor del principio *pro actione* las SSTC 127/2006, del 24 de abril; 185/2006, del 19 de junio, FJ 6; 226/2006, del 17 de julio, FJ 2; 228/2006, del 17 de julio y 236/2006, 330/2006, del 20 de noviembre.

³⁹ Derivación de este principio es la regla de la subsanabilidad de los requisitos procesales (recogida en el artículo 11.3, LOPJ).

⁴⁰ “Comentario al artículo 24: garantías procesales”, en Alzaga Villamil, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, cit., p. 37.

⁴¹ Así se han pronunciado, entre otras, las SSTC 9/1981, del 31 de marzo, FJ 4; 52/1992, del 8 de abril; 50/1997, del 11 de marzo; 9/2005, del 17 de enero, FJ 3; 308/2006, del 23 de octubre, FJ 5 y 132/2007, del 4 de junio.

⁴² Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela...*, cit, 2008, p. 78.

La sentencia del Tribunal Constitucional 246/2007, del 10 de diciembre, FJ 3, lo ha entendido en esos términos, diciendo que

...así centrado el objeto del debate, hemos de recordar que constituye una garantía esencial del justiciable que el derecho a la tutela judicial efectiva comprenda el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que este Tribunal haya sostenido que son conformes con el derecho fundamental que consagra el art. 24.1 CE las resoluciones judiciales de inadmisión, o de desestimación que se fundamenten en óbices procesales, cuando concorra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma (SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 1; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 114/2004, de 12 de julio, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2; 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 339/2006, de 11 de diciembre, FJ 2).⁴³

En segundo lugar, respecto a las resoluciones motivadas y fundadas en derecho, la doctrina del Tribunal Constitucional ha manifestado que el artículo 24.1, CE, exige que las resoluciones judiciales han de estar motivadas; es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y, además, que estén fundadas en derecho, lo que es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. El requisito de la motivación, pues, implica que las resoluciones judiciales “en su texto han de exteriorizar las razones (los *motivos*) que justifiquen o expliquen el signo de la decisión adoptada por los tribunales, si favorable o adversa a un litigante o al otro”.⁴⁴ No obstante,

..el deber de motivación no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, *no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial*, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla) y, en segundo

⁴³ También las SSTC 226/2006, del 17 de julio, FJ 2; 228/2006, del 17 de julio, FJ 2 y 172/2007, del 23 de julio, FJ 2.

⁴⁴ Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela...*, cit., p. 80.

lugar, y como se dirá más adelante, una fundamentación en Derecho (STC 94/2007, de 7 de mayo).⁴⁵

Por otra parte, se considera que una resolución judicial no es fundada en derecho en los siguientes casos: (i) ante la carencia absoluta de motivación;⁴⁶ (ii) cuando el razonamiento es arbitrario,⁴⁷ irrazonable⁴⁸ o incurre en error manifiesto; (iii) cuando se incumplen las exigencias de motivación reforzadas impuestas en determinados casos,⁴⁹ y (iv) si el juez no ha tenido en cuenta la ordenación constitucional y legal de los controles normativos.

Finalmente, en cuanto al requisito de la congruencia, se viene entendiendo por ésta “la exigencia de que las resoluciones judiciales otorguen respuesta, efectivamente, a todas las pretensiones litigiosas que las partes contendientes hayan sometido en tiempo y forma a la cognición de los tribunales de justicia”.⁵⁰ La sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 40/2006, del 13 de febrero, FJ 2, sostiene que “la exigencia de congruencia ha sido definida como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, que se produce cuando el juzgador concede más o menos o cosa distinta de lo pedido”.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁶ Debemos destacar aquí la doctrina constitucional relativa al requisito de la motivación, según la cual debe entenderse cumplido este requisito en el supuesto de que la sentencia permita conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada, con independencia de la parquedad del razonamiento empleado. Por todas, las SSTC 25/1990, del 19 de febrero, y 101/1992, del 25 de junio.

⁴⁷ La arbitrariedad no sólo comprende aquellos casos en los que (a) la resolución *carece de motivación*, sino también aquellos otros (b) en los que, estando motivada la decisión contenida en la resolución judicial, sin embargo, *la misma no es más que una apariencia de justicia*, así como también (c) los resultados irregulares o paradójicos cuando, como consecuencia de la resolución de un recurso, se anulan resoluciones judiciales sobre la base de una lectura meramente formal de las reglas procesales de congruencia, desconociéndose así derechos reconocidos en otras instancias judiciales, lo que da lugar a la producción de una situación equiparable a una verdadera denegación de justicia (STC 109/2006, del 3 de abril).

⁴⁸ La irrazonabilidad concurre (a) en aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que *parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas* (SSTC 334/2006, del 20 de noviembre, y 132/2007, de 4 de junio), y también en aquellas resoluciones que (b) *aplican una norma que resulta decisiva para el fallo que se encuentra derogada* (STC 290/2006, del 9 de octubre).

⁴⁹ Por ejemplo, si el juez se aparta de los precedentes por él establecidos en otras resoluciones (STC 116/1998) o en los casos de conexión del derecho a la tutela judicial con otro derecho fundamental, particularmente al limitar o restringir su ejercicio (STC 154/1995).

⁵⁰ Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela...*, cit., p. 86.

Otro contenido del derecho de acceso a la jurisdicción lo conforma el *derecho a la inmodificabilidad de la sentencia*, lo que contribuye claramente a la eficacia de una resolución judicial firme. En palabras de Garberí Llobregat,

...se trata, por tanto, de un derecho fundamental a la cosa juzgada, que es corolario de la ejecución, porque ésta ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva, y porque el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir; y, aún más, puede decirse que el derecho a la ejecución tiene como presupuesto lógico y constitucional la intangibilidad de la firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas (SSTC 1/1997, de 13 de enero, 286 y 289/2006, de 9 de octubre, 121/2007, de 21 de mayo).⁵¹

En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 18/2008, del 31 de enero, declara que el derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo⁵² o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en sentencia firme, como en su aspecto positivo⁵³ o prejudicial, impidiendo que los tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza.

Por último, también integra el contenido de la tutela judicial efectiva el *derecho a la ejecución de la resolución judicial*,⁵⁴ que “impone al órgano judicial atenerse a lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para proveer a la ejecución del mismo cuando ello sea legítimamente exigible”.⁵⁵ Tal y como ha destacado Garberí Llobregat,

⁵¹ *Ibidem*, p. 228.

⁵² SSTC 106/1999, del 14 de junio, FJ 3; 218/1999, del 29 de noviembre, FJ 2; 153/2006, del 22 de mayo, FJ 3; 289/2006, del 9 de octubre, FJ 3; 53/2007, del 12 de marzo, FJ 2; 121/2007, del 21 de mayo, FJ 1; 234/2007, del 5 de noviembre, FJ 4, y 66/2008, del 29 de mayo, FJ 3.

⁵³ STC 238/2007, de 17 de julio.

⁵⁴ El ámbito de aplicación de este derecho se construye únicamente a las resoluciones judiciales, recogidas como título ejecutivo en el artículo 517.1o. LEC. Por otra parte, se excluye de dicho ámbito la ejecución provisional (SSTC 5/2003, del 20 de enero, FJ 5, y 312/2006, del 8 de noviembre).

⁵⁵ Gutiérrez-Alviz Conradi, F., *Derechos procesales fundamentales*, cit., p. 221.

...para que tal ejecución en sus propios términos pueda lograrse en la práctica, el derecho fundamental que nos ocupa exige de los Jueces y Tribunales la adopción en tiempo y forma de todas las medidas coactivas que resulten precisas, en aras, además, a impedir que acontecimientos posteriores a la condena impidan la ejecución estricta de ésta o la demoren en el tiempo más allá de lo que resulte razonable.⁵⁶

De tal modo que este derecho “impone al órgano judicial adoptar las medidas que sean precisas para reaccionar frente a comportamientos impositivos, dilatorios o fraudulentos en orden al cumplimiento de lo judicialmente decidido” (STC 197/2000, de 24 de julio).⁵⁷ Continúa este mismo autor apuntando que “cabe afirmar que nuestro ordenamiento constitucional consagra el derecho fundamental de todos los ciudadanos a obtener de los Juzgados y Tribunales la adopción de las medidas que resulten imprescindibles para que los pronunciamientos judiciales inobservados o incumplidos por quienes estén obligados por ellos puedan ser ejecutados, como regla general, en sus propios términos, y de manera coactiva o forzosa”.⁵⁸ Precisamente, el Tribunal Constitucional ha afirmado que sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes “el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria, al igual que las decisiones judiciales “no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna”.⁵⁹

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que nos encontramos ante un derecho de configuración legal, que

...participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a aquel en que viene integrado y, en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación (STC 73/2000, del 14 de marzo, FJ 10).

⁵⁶ Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela...*, cit., p. 169.

⁵⁷ En idéntico sentido se han pronunciado las SSTC 39/1995, del 13 de febrero, FJ 4; 18/1997, del 10 de febrero, FJ 3; 240/1998, del 15 de diciembre, FJ 2; 196/2000, del 24 de julio, FJ 5, y 207/2003, del 1 de diciembre, FJ 2.

⁵⁸ Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela...*, cit., p. 163.

⁵⁹ SSTC 73/2000, del 14 de marzo, 187/2005, del 4 de julio, 180/2006, del 19 de junio, y 11/2008, del 21 de enero.

Para la efectividad de la tutela judicial, la jurisprudencia constitucional ha entendido que “los pronunciamientos condenatorios han de ejecutarse *en sus propios términos*, es decir, de forma que el ejecutante titular del derecho obtenga al término del proceso de ejecución *todo aquello a lo que fue condenado el ejecutado y en su misma especie*, bien consista en un dar dinero o cosa distinta a dinero, o bien consista en un hacer o en un no hacer”.⁶⁰ Así lo manifiestan las SSTC 219/1994, del 18 de julio, FJ 3; 69/1996, del 18 de abril, FJ 4; 202/1998, del 14 de octubre, FJ 2; 106/1999, del 14 de junio, FJ 3, y 86/2005, del 18 de abril, FJ 2.

III. CONCLUSIÓN

En conclusión, tras una primera lectura del artículo 24, CE, se podría llegar a pensar que el auténtico “derecho fundamental” es el consagrado en el apartado primero, que sería el *derecho a la tutela judicial efectiva*, el cual estaría integrado, a su vez, por una serie de garantías procesales (que constituyen también derechos fundamentales), enumeradas en el apartado segundo, de modo que, incluso, podríamos considerar que el constituyente delimitó perfectamente el contenido del citado derecho. Pero, después de una reflexión más profunda, entendemos que no se cierra la lista de derechos fundamentales procesales en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues éste es un derecho, digamos, previo, que antecede a cualquier proceso y permite su acceso al mismo, garantizando el correcto ejercicio de los demás derechos fundamentales (entre los que se incluyen los mencionados en el apartado segundo del artículo 24 CE), de tal suerte que, una vez que hemos ejercitado ese derecho y nos vemos inmersos en un procedimiento judicial en defensa de nuestros derechos e intereses legítimos, que consideramos conculcados, es cuando entran en juego esas otras garantías procesales, que son auténticos derechos fundamentales, y que hacen posible la efectividad de ese primer derecho. Luego, las garantías del apartado segundo del artículo 24, CE, complementan y perfeccionan a ese primer derecho que nos permite acceder a la jurisdicción, pero sin el cual no podríamos hablar de aquellas garantías. En otras palabras, el derecho de acceso a la jurisdicción consagrado en el artículo 24.1, CE, aun teniendo sustantividad y contenido propio, es a la vez un *derecho instrumental*, pues de su correcto cumplimiento depende la garantía del resto de derechos fundamentales (y no fundamentales) y, en general, del ordenamiento jurídico.

⁶⁰ Garberí Llobregat, J., *El derecho a la tutela...*, cit., p. 168.

De lo expuesto se evidencia que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, como ya hemos apuntado anteriormente, es genérico y complejo, determinando el Tribunal Constitucional español que su *contenido esencial* se desglosa en una serie de derechos:

Un primer contenido lo conforma el *derecho de acceso a los tribunales* en defensa de los derechos e intereses legítimos, lo que implica, además, en el plano procesal, la obtención de una respuesta judicial en todas las instancias existentes.

Un segundo contenido del derecho a la tutela judicial efectiva lo constituye el *derecho a la obtención de una respuesta por el órgano judicial de fondo, motivada, fundada en derecho y congruente*, lo que no implica que se otorgue a su titular el derecho a obtener una resolución judicial favorable.

Otro contenido del derecho de acceso a la jurisdicción lo conforma el *derecho a la inmodificabilidad de la sentencia*, lo que contribuye claramente a la eficacia de una resolución judicial firme.

Por último, también integra el contenido de la tutela judicial efectiva el *derecho a la ejecución de la resolución judicial*. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que nos encontramos ante un derecho de configuración legal, que “participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a aquel en que viene integrado y, en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación”, según el Tribunal Constitucional.

De todo lo anterior podemos obtener la conclusión general de que los derechos fundamentales procesales no son únicamente la garantía jurisdiccional de los demás derechos, sino que por tal función instrumental llegan a constituir asimismo uno de los principales mecanismos destinados a que sea *más eficaz y más legítimo* el propio modelo de Estado constitucional de derecho.

JUSTICIA Y EQUIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LOS DERECHOS

Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Justicia y equidad a través de los derechos fundamentales.* III. *El desafío de la jurisdicción constitucional: concretización de la justicia y la equidad.* IV. *La superación del formalismo jurídico por medio de la hermenéutica y la argumentación en valores.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La etapa de la posguerra y el surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre trajeron consigo un compromiso ético universal para el mundo entero: los derechos humanos, tribunales constitucionales, surgidos de las naciones perdedoras de la Segunda Guerra Mundial (Alemania 1951,¹ Italia, 1956)² se erigieron como defensores de la dignidad de la persona humana como valor supremo y fundante de los incipientes Estados constitucionales.³ No tardó mucho en germinar esta semilla, y le siguieron Estados

* Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas, Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

¹ Polakiewicz, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 81, julio-septiembre de 1993, p. 45; Schneider, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 7-35; Stern, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988.

² Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 2 y ss.

³ Antes de la Ley Fundamental de Bonn (1949) las Constituciones de los *Länder* de Baviera, Hesse, Renania Palatinado y el Sarre, “como reacción directa al desprecio del hombre nacionalsocialista, contenían la garantía de la dignidad, considerándola ya como derecho

que transitaban hacia la democracia. Naciones como España (1980) lograron consolidar sus tribunales constitucionales a través de la sólida argumentación de sus decisiones. Principios que creíamos inalterables durante el formalismo jurídico, como la irretroactividad de la ley, fueron cediendo terreno ante criterios de justicia formal y equidad, en defensa de la dignidad de la persona y los derechos humanos.⁴

La derrota del formalismo jurídico y el legicentrismo es inminente, dando paso a una visión holística e integradora del derecho. La reformulación del positivismo jurídico, por medio de la reconexión entre el derecho y la moral, es inobjetable, aunque con matices débiles o fuertes. Dicha conexión resulta en ocasiones invisible, pero ésta se ha ido incorporando a la teoría constitucional en la jurisprudencia del orden objetivo de valores o la aceptación expresa de moral en el derecho constitucional.⁵

Bien conocida es la concepción de Aristóteles sobre la justicia distributiva y la justicia correctiva.⁶ Mientras que la primera pertenece a un esquema formal, la segunda responde a un criterio de equidad, en la cual se

fundamental y derecho humano elemental”. Starck, Christian, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán”, *Jurisprudencia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 136; “Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 489-497.

⁴ La fórmula del derecho injusto que abordaremos en la tercera parte del estudio surge en la filosofía del derecho alemana, a través de juristas como Radbruch y Stammler. Centramos la atención en el argumento de la injusticia y de principios, que es sostenido por el iusfilósofo Robert Alexy, desde la teoría la corrección del derecho injusto, a partir de los derechos fundamentales. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 41 y 42. Véase Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 181-190; Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 1930, p. 255.

⁵ Cruz, Luis, M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, pp. 24 y ss.; García Figueroa, Alfonso, “Una ventana abierta a la moral en el Estado constitucional”, *Criaturas de la moralidad (una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos)*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 67-101, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, Carbonell, Miguel y García, L. (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 11-27.

⁶ *Ética a Nicómaco* es un tratado de Aristóteles que constituye la piedra angular de su filosofía sobre ética y moral, la cual ha impregnado la mayor parte del pensamiento occidental. En el libro V de esta obra se dedica a analizar la virtud de la justicia, clasificándola en distributiva y correctiva. La primera toma un criterio aritmético o económico en torno al justo reparto, mientras que la segunda (justicia correctiva), trata de salvaguardar lo justo de ese reparto, cuando se ve desequilibrado por las relaciones particulares; ahí nace la equidad, con el fin de corregir la ley, ya que la regla universal no contempla cada situación particular. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. de Gallach Palés, Francisco, Valencia, Imp. del Rubio Aguas, 1931, pp. 118-149.

toma en cuenta el contexto y las cualidades de los sujetos.⁷ En este sentido, el rol de la equidad es prevenir que el derecho se adhiera rígidamente a sus propias reglas, cuando las mismas produzcan injusticia.⁸ Nuestra posición se enfoca en la corrección de la injusticia del derecho mediante los derechos fundamentales como pautas éticas para el juzgador y el empleo de una teoría axiológico-constitucional. Nos adherimos a una visión procedimental y discursiva del derecho, pero no vacía, sino orientada hacia un horizonte de sentido, en conjugación con el empleo de la hermenéutica jurídica.

La presente monografía plantea un estado de la cuestión sobre la concretización de los valores y principios, en aras de satisfacer la justicia y equidad por el juez constitucional. Para ello, se propone no sólo la adhesión a una visión jurídica procedimental o discursiva que acepte una reconexión conceptual entre el derecho y la moral, sino el empleo de la hermenéutica jurídica para dotar de sentido a las normas jurídicas. La justicia no puede quedar reducida a esquemas de justificación meramente formales, incluso, la lógica deóntica no es suficiente para explicar los difíciles y complejos problemas sociales sometidos a debate en la justicia constitucional.⁹ Por estos

⁷ Muñelo Cobo, J. Carlos, *La invención del derecho en Aristóteles*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 175 y 176.

⁸ Beever, Allan, "Aristotle on equity, law and justice", *Legal Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, Legal Theory, mayo, 2004, vol. 10, secc. 01, p. 33.

⁹ Los primeros intentos de una lógica proposicional y geométrica (en exceso racionalista) para resolver problemas jurídicos, podemos encontrarlos en el modelo jurídico de Leibniz, a principios del siglo XVIII. El jurista alemán sostenía que era posible formular un sistema de reglas deducidos de principios naturales o evidentes, los cuales se podían traducir en una especie de fórmulas parecidas a las ciencias exactas, como las matemáticas. Bobbio, Norberto, *Derecho y lógica*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 10 y 11. En la tesis doctoral del citado autor, éste afirma que los enunciados jurídicos pueden y deben plantearse como una sentencia condicional para verificar su validez (lo justo con lo posible). Hernández Franco, Juan A., *Argumentación jurídica*, México, Oxford University Press, 2010, p. 164; Hernández Franco, Juan A. y Castañeda, Daniel H., *Curso de filosofía del derecho*, México, Oxford University Press, 2009, p. 193. En este sentido, para Leibniz, "el derecho no puede ser injusto, más la ley si puede encerrar injusticias. Pues la ley es formulada por un acto de autoridad... justo es lo que en igual medida participa, de la sabiduría y la bondad". Leibniz, Gottfried W., *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia y la sabiduría*, trad. de Eduardo G. Máñez, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1960, p. 11. En la actualidad, por mencionar algunos, existen también intentos por encontrar mejores formas de validez del derecho a partir de axiomas o fórmulas, como los modelos de Ferrajoli y Alexy. El modelo deóntico seguido por Ferrajoli como el cuadrado lógico de las expectativas, ha sido calificado por algunos autores como excesivamente racionalista. En igual sentido, la fórmula del peso, traducida a términos matemáticos, con calificativos de intenso, medio y leve de la afectación a cada principio, asignando un valor numérico, es otro de los ejemplos del exceso de racionalidad jurídica. Moreso, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación", en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad*, Bogotá, Universidad del Externado de

motivos, la superación del formalismo jurídico debe ir acompañada de un entendimiento sobre los alcances de la hermenéutica jurídica y la argumentación en valores.

El planteamiento de este trabajo se divide en cuatro partes. La primera, explica la conexión entre el derecho y la moral; trata de hacer una revisión histórica del derecho, con el fin de sustraer de la moral los elementos comunes que son traídos en la actualidad para justificar el apego o desapego de las normas a la ética, ya sea una visión atenuada o reforzada, de ahí que la mayor parte del tiempo la conexión sea invisible, pero que siempre dota y fundamenta axiológicamente las decisiones judiciales. El segundo apartado describe los procesos éticos en los que forman parte los derechos fundamentales, en aras del cumplir con los valores de justicia y equidad, y revisa las fundamentaciones iusnaturalistas y positivistas del fenómeno de positivación de los derechos en las cartas constitucionales.

La siguiente parte del trabajo intenta dar sentido al proceso de consagración de los valores y principios contenidos en las Constituciones. Al respecto, ilustraremos estos desafíos que han sido históricos para los tribunales constitucionales, como el derecho extremadamente injusto, en palabras del filósofo argentino Rodolfo Luis Vigo. Igualmente, analizaremos la fórmula de Radbruch, y en líneas sucesivas, plantearemos la simbiosis entre el derecho y la moral, a partir del derecho injusto aplicado por los regímenes autocráticos.

Seguidamente, me adhiero a una visión discursiva del derecho, por medio de la fórmula del jurista alemán Robert Alexy, en torno a la corrección de la injusticia, a través de los derechos fundamentales.¹⁰ En adición a lo anterior, el planteamiento se basa en la consolidación y empleo de la hermenéutica jurídica a nivel constitucional, como instrumento que dota de sentido a las normas jurídicas, y hace posible la justicia y la equidad. La propuesta se centra en la superación del formalismo jurídico por medio de la hermenéutica constitucional y la argumentación en valores, planteamiento que será abordado en la última parte de la monografía. El desafío más grande que tiene la jurisdicción constitucional en la actualidad es la concretización de los valores, contenidos no sólo en los textos fundamentales, sino en el propio derecho internacional. Dar efectividad al derecho a través de la justicia y la equidad es la mejor fórmula que tiene el juez constitucional,

Colombia, 2007, pp. 81-98; Ferrajoli, Luigi, Principia iuris. *Teoría del derecho y de la democracia (la sintaxis del derecho)*, Madrid, Trotta, vol. 3, 2011; Mazzare, Tecla (ed.), *Derecho y democracia constitucional (una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli)*, Lima, Ara Editores, 2011.

¹⁰ Alexy, Robert, *Argument from Injustice (A Replay to Legal Positivism)*, trad. de Stanley Paulson, Oxford, Clarendon Press, 2004, pp. 40 y 41.

no sólo porque las normas son vigentes o satisfacen determinado criterio de validez formal, sino por las “razones en las que ellas se fundamentan”.¹¹

II. JUSTICIA Y EQUIDAD A TRAVÉS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son producto de la modernidad ilustrada. Los aportes de la filosofía contractualista, la idea de la dignidad de la persona humana y el racionalismo ilustrado servirán como pautas rectoras de las principales declaraciones de derechos (inglesa, americana y francesa). La filosofía contractualista justificará la existencia de principios básicos para la convivencia, la organización política y la defensa de ciertos bienes, como la vida, la libertad y la propiedad. Filósofos como Grocio, Pufendorf, Hobbes, Spinoza, Locke, Kant y Rousseau forman parte de la idea de contrato social, desde versiones absolutistas hasta democráticas.¹²

Los valores de igualdad, libertad, fraternidad y seguridad alcanzaron su consagración en la Ilustración. Claro que con esto no sugerimos que estos valores no hayan existido con anterioridad, sino que fue hasta la etapa de la modernidad cuando la concepción medieval y estamental de los derechos y libertades del ser humano como propiedades del feudo fueron transformándose progresivamente hasta convertir al hombre en sujeto de derechos por el simple hecho de ser humano. Bien lo refiere el profesor Peces-Barba:

El iusnaturalismo protestante y la filosofía de la Ilustración serán dos vehículos intelectuales que construirán ese nuevo acervo jurídico, que influirá decisivamente en la consolidación de las primeras generaciones de los derechos, en crítica radical a la cultura jurídica de tradición medieval y escolástica. El esfuerzo consistirá en sustituir unos materiales jurídicos heterogéneos formados por costumbres locales, por estatutos municipales o gremiales, decisiones de los Tribunales, normas reales del soberano, feudales, canónicas o romanas, opiniones doctrinales o jurisprudenciales, por un sistema racional, unificado, dependiente del soberano como única fuente del derecho positivo.¹³

¹¹ Artículo 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

¹² Fernández García, Eusebio, “La aportación de las teorías contractualistas”, *La filosofía de los derechos humanos, Siglo XVII, Historia de los derechos fundamentales, cit.*, cap. VI, vol. II, t. II, p. 21.

¹³ Peces-Barba Martínez, Gregorio y Dorado Porras, Javier, “Derecho, sociedad y cultura”, *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución, Siglo XVII, Historia de los derechos fundamentales, cit.*, cap. I, vol. I, t. II, p. 117.

El proceso de constitucionalización de los valores de la Ilustración, el racionalismo y el contractualismo moderno tuvieron como piedra angular el valor de la seguridad jurídica.¹⁴ En palabras de García de Enterría, el lenguaje de los derechos no se conformó con un molde prefigurado ni con una simple aparición de términos: “sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres. Las palabras deben insertarse en el sistema que intentan expresar, ese (aura de sistema) que es consustancial al Derecho como un todo, sin lo cual su simple comprensión sería imposible”.¹⁵

Fue en el periodo de la Ilustración donde la universalidad del derecho y el principio de la dignidad humana alcanzan su máximo esplendor, con la filosofía del profesor de Königsberg, Immanuel Kant: “una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima, permite la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos, según una ley universal”.¹⁶ El principio de la dignidad humana queda expresado con la fórmula de no instrumentalización de la persona humana,¹⁷ la cual será recogida por el Tribunal Constitucional federal alemán. En este sentido, “la dignidad implica, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. La dignidad humana será entonces el principio legitimador de los derechos de la personalidad”.¹⁸

¹⁴ De esta manera: “Hobbes, Puffendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito del estado de naturaleza como la superación del ius incertum y su conversión en estado de seguridad”. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 482.

¹⁵ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 29 y 37.

¹⁶ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, trad. de G. Lizarraga, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873, p. 44; Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, trad. cast. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, *La metafísica de las costumbres*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 39; Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, Santa Fe, Argentina, El Cid Editor, 2003, pp. 75 y 79; Pérez Luño, Antonio Enrique, “La universalidad de los derechos humanos”, en López García, José Antonio y Real, J. Alberto del (coords.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 53.

¹⁷ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, trad. de Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra, México, Porrúa, 2003, p. 170.

¹⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, *La filosofía de los derechos humanos, Siglo XVII, Historia de los derechos fundamentales*, cit., cap. XIII, vol. II, t. II, p. 452; Pérez Sánchez, María Cristina, *Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: J. J. Rousseau, I. Kant y la perspectiva teórica del institucionalismo jurídico en Maurice Hauriou*, tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid,

De esta forma, los derechos fundamentales hunden sus raíces en la moral, porque se apoyan en argumentos y razones morales. Éstos alcanzan plena efectividad cuando se juridifican, así como cuando son reconocidos y protegidos por el derecho. El positivismo jurídico permite una estrecha conexión entre los valores éticos que fundamentan los derechos, ya sea fuerte o débil, según sea la corriente con la que nos identifiquemos. La mayor parte de los autores que hemos citado a lo largo del presente trabajo forman parte del positivismo corregido o moderado. Ahora tocará analizar las posturas de filósofos del derecho basadas en la fundamentación ética de las normas jurídicas y de los propios derechos. Lo anterior, con la finalidad de tener un mejor esquema de justificación con base en principios y valores.

En una de sus últimas obras, Ronald Dworkin emplea la fábula del erizo y la zorra del poeta griego Arquíloco, con el fin de ejemplificar la importancia de los valores en el derecho. “La zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una importante”.¹⁹ Quizá (como sostiene Isaiah Berlin), pese a su astucia, la zorra se da por vencida ante la única defensa del erizo.²⁰ Precisamente, los valores, como el erizo, también son cosa importante. La idea acerca de que los valores éticos y morales dependen uno del otro es un dogma, proponen un modo de vida, que se relaciona igualmente con toda una compleja teoría filosófica. Dworkin advierte que los erizos parecen ingenuos o engañosos, inclusive peligrosos.²¹ Valores como la justicia, la libertad, la democracia, la responsabilidad, la verdad, entre otros, son continuamente empleados por los tribunales y han sido motivos de intensos debates. Su concretización requiere preparación, destreza, habilidad; demanda conocimiento a profundidad sobre las necesidades de una sociedad, hasta el conocimiento de las actitudes populares. El juez no se encuentra obligado a saberlo todo, pero sí a ser consciente y sensible de los problemas más agudos que aquejan a la comunidad en la que se encuentra. Ésta es la idea de la justicia en su contexto, de la aplicación de valores no solamente desde una óptica procedimental, sino la adopción de una mentalidad jurídica consciente.

En otra de sus obras, el jurista de Oxford se adhiere a una postura crítica de los derechos como: “criaturas de la moralidad”. La posición que adopta es de derechos morales en contra del Estado, cuya exigencia se centra en

Departamento de Derecho Constitucional, 2004, p. 658; Dotti, Jorge E., “Observaciones sobre Kant y el liberalismo”, *Araucaria*, Sevilla, Universidad de Sevilla, vol. 6, núm. 13, 2005, pp. 4-12.

¹⁹ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 1.

²⁰ Berlin, Isaiah, *El erizo y la zorra*, Barcelona, Moschnik Editores-Océano, p. 17.

²¹ Dworkin, Ronald, *Justice for...*, *op. cit.* pp. 2 y ss.

“una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética”.²² Los principios morales y jurídicos tienen un papel preponderante en el razonamiento de los jueces para la solución de casos difíciles. En su teoría, Dworkin pretende conciliar, o por lo menos, acercar el positivismo y el iusnaturalismo, basándose en el modelo constructivista político del filósofo norteamericano John Rawls.²³ El modelo de la función judicial de resolución de casos difíciles postulado por Dworkin es el de la respuesta correcta, denominado como modelo del juez Hércules, relacionado con la interpretación que hacen los jueces constitucionales. De esta manera, “la Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política”.²⁴ Conforme a este modelo, la teoría política sirve como instrumento de la justicia constitucional. A continuación presentaremos un ejemplo sobre la aplicación concreta el principio de igualdad en términos de la filosofía liberal.

La igualdad siempre ha sido uno de los valores más complejos de interpretar por los operadores en las Constituciones contemporáneas. Desde la perspectiva de la filosofía política, la igualdad se enfrenta ante dos clases distintas de diversidad:²⁵

- 1) La básica heterogeneidad de los humanos, y
- 2) La multiplicidad de variables desde las que se puede juzgar la igualdad.

Para comenzar, debemos precisar de qué tipo de igualdad estamos hablando. En la actualidad, distintos autores se han referido a este valor bajo diversas ópticas. Por ejemplo, para John Rawls se trata de la igualdad en relación con la distribución de los bienes elementales. Dworkin nos habla del tratamiento como iguales en igualdad de recursos. Thomas Nagel, de

²² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1999, pp. 230 y 233.

²³ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 17-61; *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 13; *Liberalismo político*, México, FCE, 1995; Walzer, M., *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993, p. 13.

²⁴ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

²⁵ Sen, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, versión de Ana María Bravo y revisión de Pedro Schwartz, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 13.

igualdad económica, y Nozick, cuyo planteamiento es totalmente antagónico, postula por una igualdad de derechos libertarios, sin necesidad de redistribución de recursos. Si nos adherimos a la visión de John Rawls, el juez se dedicará a buscar un modelo de justicia a partir de un esquema de reconciliación entre los principios de libertad y de igualdad, desde la concepción de los filósofos contractualistas clásicos, como Locke, Rousseau y Kant. Para él, los principios de justicia deberán ser escogidos a partir de un velo de la ignorancia, lo cual asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger dichos principios. Ahora bien, en relación con los principios de justicia, surge la aplicación de los principios de igualdad y diferencia en la situación de posición original:²⁶

- 1) Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás, y
- 2) Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

De acuerdo con los anteriores principios, la finalidad de Rawls es compensar las desventajas de los menos favorecidos y brindar una igualdad de oportunidades a todas las personas. Por ejemplo, aplicando mayores recursos en la educación de los menos inteligentes durante los primeros años escolares.²⁷ El juez constitucional que se adhiera a esta posición estará a favor de las cuotas de género exigidas en determinados órganos gubernamentales. En igual forma, la concepción de justicia distributiva o justicia social, aplicando medidas positivas o de intervención en la economía, con el fin de hacer efectivo el Estado democrático y social de derecho.²⁸ En el moderno Estado constitucional, la igualdad no solamente se agota en el mero principio formal o legal, sino que va más allá. Tal y como expone Rawls, deben crearse las oportunidades para poner en igualdad de condiciones a los más desaventajados, con la finalidad de lograr la justicia material.

Siguiendo el contractualismo de carácter kantiano se encuentra el iusfilósofo argentino Carlos Nino, quien defiende y postula una teoría de los

²⁶ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., pp. 67 y 68.

²⁷ *Ibidem*, p. 103.

²⁸ Barry, Brian, *Teorías de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 373 y ss.

derechos humanos, basada en el contenido ético de aquéllos. Al respecto, afirma que los jueces apoyan sus decisiones en juicios valorativos de adhesión normativa, los cuales se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico. “Estos principios consistentes en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona serán justificados racionalmente mediante un constructivismo ético, un discurso moral... dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos”.²⁹

No menos importante es la relación ética y moral de los derechos a partir de una visión neotomista. Filósofos de renombre, como Jacques Maritain, han sostenido que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 tuvo influencia iusnaturalista, no sólo por una cuestión semántica, sino por el fundamento ético universal que adquieren los derechos a partir de una revisión del tomismo clásico.

El fundamento filosófico de los Derechos del Hombre es la ley natural... En el curso de la era racionalista, los juristas y filósofos, sea con fines conservadores o revolucionarios, han abusado a tal punto de la noción de ley natural, la han invocado de manera simplista y arbitraria, que es difícil emplear hoy esta expresión sin despertar la desconfianza y la sospecha de muchos de nuestros contemporáneos. Deberían, sin embargo, darse cuenta de que la historia de los derechos del hombre está ligada a la de la ley natural y que el descrédito en que el positivismo ha tenido por un cierto tiempo a la idea de ley natural ha conllevado un descrédito semejante para la idea de los derechos del hombre.³⁰

²⁹ Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 91 y 109.

³⁰ Maritain, Jacques, *L'homme et l'Etat (El hombre y el Estado)*, trad. de Juan Miguel Palacios, Madrid, Ediciones Encuentro, 1983, pp. 97 y 98. El citado filósofo añade en otra de sus relevantes obras con fundado espíritu medieval: “la idea de derecho natural es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. No remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la ha deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de Vitoria; y más lejos a Santo Tomás de Aquino; y más lejos a San Agustín; y a los padres de la Iglesia, y a San Pablo; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular”. Maritain, Jacques, *Les droits de l'homme et la loi naturelle (Los derechos del hombre y la ley natural)*, trad. de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Buenos Aires, Biblioteca Nueva, 1943, p. 88; Maritain, Jacques, “Reflexiones sobre la persona humana y la filosofía de la cultura”, en Maritain, Jacques *et al.* (coords.), *La defensa de la persona humana*, trad. de Juan Miguel Palacios, Buenos Aires, Ediciones Stvium de Cultura, 1949, pp. 37-63.

Asimismo, la idea de dignidad de la persona en los derechos humanos fue puesta en práctica, siguiendo a Mauricio Beuchot (conforme a la concepción de Santo Tomás de Aquino) por fray Francisco de Vitoria,³¹ fray Bartolomé de las Casas y fray Alfonso de la Veracruz.

De acuerdo con lo anterior, creemos que el desafío del juez constitucional en el siglo XXI es cumplir satisfactoriamente tanto la justificación externa como interna de sus decisiones a partir de un adecuado y pertinente empleo de una o varias teorías de derechos fundamentales y de justicia. Zagrebelsky ha sostenido que la interpretación constitucional es “un acto de adhesión o ruptura con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte”.³² Si adoptamos dicha posición, debemos tomar en cuenta entonces, que el juez constitucional tiene un doble desafío en las actuales sociedades plurales. Se encuentra obligado a motivar y argumentar para convencer al auditorio especializado; el judicial.³³ Y por otro lado, sus decisiones deben provocar un mínimo convencimiento racional en la sociedad donde se encuentre, sin exceder los límites que los propios valores del liberalismo le imponen.

III. EL DESAFÍO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: CONCRETIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA EQUIDAD

La justicia impartida por los tribunales constitucionales es fundamental para ejercer un límite efectivo de los poderes públicos.³⁴ El desplazamiento paulatino del antiguo modelo de Estado de derecho y la sustitución del mismo por el Estado constitucional moderno son pieza clave en la revaloración de

³¹ Es patente el claro humanismo por parte de algunos de los frailes que llegaron a América y la denuncia de estos hacia las injusticias padecidas por los indígenas. “Queda, pues, firme todo lo dicho, que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, como los cristianos, y que tampoco por éste título pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños, los príncipes y las personas particulares”. Vitoria, Francisco de, *Derecho natural y de gentes*, título original: *Relectiones theologicae, R. P. Fr. Franciscini Victorae*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1946, pp. 160 y 161.

³² Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p. 264; “Jueces constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año. XXXVII, núm. 117, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, septiembre-diciembre de 2006, pp. 1135-1161.

³³ Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Biblioteca Romano-Hispánica, Gredos, 1989, p. 43.

³⁴ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. y estudio de la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, p. 150.

los textos jurídicos. Mientras que en el primer modelo de Estado se expresa el sometimiento del mismo a un conjunto de normas e instituciones jurídicas en el Estado constitucional tiene vigencia la aplicación y eficacia directa de la norma fundamental en el resto del ordenamiento jurídico.³⁵

Las Constituciones son percibidas hoy en día como un conjunto de principios y valores, los cuales irradian e impregnan en todas las áreas del derecho. El nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo aglutina todo un conjunto de pensamientos de la filosofía del derecho tan heterogéneo, que incluso llega a ser en ocasiones contradictorio observar autores positivistas y iusnaturalistas bajo un mismo techo.³⁶ A pesar de ello, es preciso mencionar que la revaloración del Estado de derecho, el desplazamiento de la ley (legicentrismo), como ejes vertebradores de los sistemas jurídicos tradicionales, son revisados desde una óptica crítica, que permite la fusión de valores y principios en la construcción de la teoría constitucional, donde existe más ponderación y menos subsunción en la solución de casos difíciles. No resulta extraño, por consiguiente, que algunos autores se atrevan a afirmar el surgimiento del “imperialismo de la moral” en el derecho constitucional.³⁷ Aunque no coincidimos del todo con esta aseveración, cabe darle importancia al sólido replanteamiento de los valores éticos, cuyo contenido constitucional y jurídico son indispensables para la sólida fundamentación de las decisiones de los tribunales constitucionales.³⁸ En este sentido, Pedro de Vega defiende esta visión axiológica de la norma constitucional, al afirmar:

Defender la pura semántica constitucional terminaría siendo... la más vituperable traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, a nivel científico, la negación más rotunda de las funciones primordiales que la jurisdic-

³⁵ Schneider, Hans Peter, “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 71-115; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001.

³⁶ Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2008; *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Mazzarese, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2002.

³⁷ Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 270.

³⁸ Alexy, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica”, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 159-177; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 1988, pp. 139-151; Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; Figueruelo Burrieza, Ángela, “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa”, en Torres Estrada, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, op. cit., p. 126.

ción constitucional está llamada a desempeñar... si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica.³⁹

De esta forma, las Constituciones no deben ser meras declaraciones retóricas o postulados inacabados e incumplidos, sino textos vivos que integren a la sociedad; es decir, no basta con tener Constitución, sino que es necesario estar en Constitución.⁴⁰ La revaloración e importancia de la existencia de valores y principios en los textos fundamentales ha resultado ser una de las fórmulas en las que la jurisdicción constitucional ha tomado un respiro, y mediante la cual ha permitido una mejor operatividad al juez constitucional. Incluso, el establecimiento de “cláusulas valorativas o materiales”⁴¹ nos ha llevado, como sostendría Prieto Sanchís, hacia una especie de

...constitucionalismo ético donde la necesaria y olvidada conexión entre derecho y moral vuelve a hacerse presente, el juez ha salido de la alternativa entre la “boca muda” o “juez legislador”; ya que la moral penetra no solamente mediante la teoría o la doctrina, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación.⁴²

Los trágicos acontecimientos derivados de la Segunda Guerra Mundial volcaron los esfuerzos de los juristas por buscar un criterio material y objetivo bajo el cual se pudiera emitir un juicio crítico sobre la validez del derecho positivo. En igual sentido, el hallar pautas axiológicas para orientar su elaboración y aplicación. “En este contexto la filosofía de los valores elaborada por Scheler y Hartmann trazaron un camino llano, que conducía directamente a emplear el concepto de valor como criterio material para la validez del derecho”.⁴³ La doctrina jurisprudencial alemana es baluarte y ejemplo

³⁹ Vega García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7 (monográfico sobre garantías institucionales), 1979, p. 95.

⁴⁰ La clasificación pertenece al destacado profesor Lucas Verdú, quien retoma algunas ideas del jurista alemán Karl Loewenstein. Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 48.

⁴¹ Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 140.

⁴² Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 23.

⁴³ Torre Martínez, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 6 y 7.

de la consolidación de esta deontología positivizada. Un paradigma de ello es la doctrina del orden de valores, inspirada en la Escuela neokantiana de Baden. Fue en el fallo Lüth, dictado por la primera Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán el 15 de enero de 1958, cuando se proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo. Este caso tiene relación con un boicot realizado por el director de una agencia de prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película *Unsterbliche Geliebte* (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan.⁴⁴

La sentencia emitida por la Primera Sala consistió en revocar la sentencia del tribunal estatal de Hamburgo, que había condenado a Lüth a una indemnización civil a favor de Harlan, por considerar que los llamados al boicot de su película no estaban amparados por la libertad de expresión. De igual forma, se empleó la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares *Drittwirkung der Grundrechte* para fundamentar el fallo aludido, recordando algunos precedentes del Tribunal Laboral Federal Alemán. Los magistrados de la Primera Sala ponderaron los bienes jurídicos en conflicto: el derecho a expresar opiniones, frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que podían resultar violados con el ejercicio del primer derecho. En la referida sentencia, se lee en los párrafos 1 y 27 (BvF 7,198):

Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho...

Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 y ss.]), sino que ha establecido —en su capítulo sobre derechos fundamentales— un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los

⁴⁴ El referido cineasta había filmado distintas películas que fueron empleadas por el régimen nacionalsocialista como propaganda antisemita, entre la que se encontraba “Dulce judío” (*Jüid Süß*), en 1940. Véase García Amado, Antonio, “Cómo se escribe la historia de la filosofía del derecho del nazismo. Paralelismos y diferencias con la historiografía de la filosofía del derecho bajo el franquismo”, en Puy, F. et al. (eds.), *Problemática actual de la historia de la filosofía del derecho española*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 19-44; García Amado, Antonio, “Todo totalitarismo tortura, toda tortura es totalitaria”, en García Amado, Juan Antonio y Paredes Castañón, José Manuel (coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 19-45.

derechos fundamentales (Klein / v. Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz*, t. II, 4, notas al Art. 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura...

En concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo derecho [anterior a la Constitución] debe orientarse —en cuanto a su contenido— a ese sistema de valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación.

La teoría axiológica se encuentra presente en el pensamiento del jurista alemán Rudolf Smend. Esta posición pugna por una teoría de los derechos fundamentales que sirva como factor de integración material y como expresión de un sistema de valores. Su concepción se aparta de la clásica visión formal del constitucionalismo, partiendo de una visión tripartita de factores de integración: personal, funcional y material. Esta última óptica hace referencia a un conjunto de vivencias sustantivas encarnadas en un grupo de valores socialmente compartidos, como la bandera, el himno, las fiestas nacionales, y por supuesto, los derechos fundamentales como valores concretos de un sistema cultural.⁴⁵

La doctrina jurisprudencial alemana se va configurando entonces como un valor y un principio fundamental en el Estado constitucional, a partir de la influencia ejercida por los pensadores pertenecientes a la Escuela de Baden, en torno al replanteamiento de la filosofía kantiana sobre la no instrumentalización de la persona humana.⁴⁶ Así, este valor, junto con el libre desarrollo de la persona,⁴⁷ edifican la piedra angular de la jurisprudencia alemana, fundada en un orden objetivo de valores; es decir, una moral objetivada en las normas constitucionales.⁴⁸

⁴⁵ Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de José Ma. Beneyto Pérez, Madrid, CEC, 1985, pp. 62-106. (Esta edición contiene otros trabajos del constitucionalista alemán publicados en *Staatrechtliche Abhandlungen*, 1968).

⁴⁶ Fernández Segado, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo”, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 3-38.

⁴⁷ Bernal Pulido, Carlos, “El derecho al libre desarrollo de la personalidad”, *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 247-254.

⁴⁸ Benda, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, *Manual de derecho constitucional*, presentación de Konrad Hesse, edición, prolegómeno y traducción de Antonio

La excelente calidad de la argumentación de las decisiones del propio Tribunal alemán ha demostrado que la dinámica y la flexibilidad de estos principios permiten la solución efectiva de casos difíciles, entre otros, donde se encuentra involucrada la libertad sexual de la mujer (aborto), la libertad de expresión y sus manifestaciones más específicas (libertad artística, de cátedra, honor, imagen, intimidad, datos personales, etcétera), el debido proceso penal (prohibición de trato al inculcado como objeto durante el proceso penal), la utilización de la persona como mero factor de riqueza (materia laboral), o como mero objeto de entretenimiento (límites a la libertad contractual).

Por consiguiente, el desafío de la justicia constitucional consiste en volver efectivos los valores de dignidad y libre desarrollo de la persona humana, mediante su aplicación efectiva, con objeto de lograr la equidad y la justicia, pues qué mejor que los principios que dieron vida a Estados constitucionales tan sólidos, como el alemán o el español, para lograr tan elevada finalidad. La construcción de una teoría de los derechos fundamentales⁴⁹ a partir de precedentes constitucionales, debe auxiliar a la teoría del derecho y su pretensión de corrección de la injusticia de las normas jurídicas, porque una teoría de los derechos fundamentales coherente cumple con su propósito cuando los jueces resuelven algún conflicto en la imposición de límites o restricciones a los derechos, constituyéndose ésta como el mejor camino para el fortalecimiento de las instituciones judiciales y la consolidación de precedentes que irradian el ordenamiento jurídico.

López Piña, Madrid, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, 2006, p. 119; Von Münch, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, trad. de Jaime Nicolás Muñoz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, pp. 9-34; Fernández García, Eusebio, “La dignidad de la persona”, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2001, pp. 19 y ss. Para un análisis filosófico de la dignidad humana, se recomienda la magnífica obra del profesor Thomas de Koninck: *De la dignidad humana*, trad. de María Venegas Grau, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2006; Asís Roig, Rafael de, “El artículo 10.1 de la Constitución española: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en Monereo Pérez, J. L. et al. (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada, Comares, 2002, pp. 153-175.

⁴⁹ Una teoría de los derechos fundamentales podemos definirla como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales”. Böckenförde, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Bastida, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 45.

IV. LA SUPERACIÓN DEL FORMALISMO JURÍDICO POR MEDIO DE LA HERMENÉUTICA Y LA ARGUMENTACIÓN EN VALORES

Una de las características básicas y fundamentales del Estado liberal de derecho era la supremacía legal, donde la ley era la única y principal fuente jurídica, mientras que las demás fuentes eran auxiliares o alternas. Lo anterior, podemos encontrarlo en los totalitarismos previos a los acontecimientos bélicos mundiales de mitad del siglo XX (nacionalsocialismo y fascismo, principalmente). El nacionalsocialismo estuvo caracterizado por una concentración de poderes absoluta, ejerciendo la función legislativa, a través de ordenanzas, ya que el Parlamento estaba compuesto en su mayoría por los funcionarios del partido. La función ejecutiva tanto de canciller como presidente del *Reich* dependía igualmente del *Führer*, y posterior a 1934, la función judicial (juez supremo) también recaía en el mismo, incluso teóricos como Carl Schmitt señalaban que era él quien defendía el derecho.⁵⁰

En este contexto, la posición del filósofo alemán Gustavo Radbruch resulta especialmente importante en la revisión del iuspositivismo tradicional y su crisis. Y esto, lo señalamos no sólo por ser un destacado disidente del régimen nacionalsocialista (Radbruch fue uno de los primeros catedráticos alemanes en ser expulsado por este régimen absolutista), sino porque en su idea de derecho contiene tres elementos básicos: la justicia, el fin y la seguridad, y el orden; los cuales se encuentran en permanente tensión. De este modo, la exigencia del profesor de Heidelberg se fundamenta en la conexión entre la norma, el hecho y el valor. Incluso en la formulación abierta de una crítica hacia la racionalidad legalista del derecho, siendo desplazada por una racionalidad material, basada en un constitucionalismo democrático.⁵¹ La fórmula del derecho extremadamente injusto la elaboró en 1946, en el famoso artículo titulado “Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht” (arbitrariedad legal y derecho supralegal), en la revista *Süddeutschen Juristen*, de la forma siguiente.⁵²

⁵⁰ Lucas Verdú, Pablo, *Manual de derecho político (introducción y teoría del Estado)*, Madrid, Tecnos, vol. I, 2001, p. 108. La teoría constitucional del pensador alemán Carl Schmitt sirvió de base y fundamento al derecho nacionalsocialista, son claves para la comprensión del mismo, la dialéctica amigo-enemigo, el decisionismo político, estado de excepción, entre otros. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 2009; *La defensa de la Constitución (estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución)*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983.

⁵¹ Radbruch, Gustavo, *Filosofía del derecho*, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 1999, pp. 45-65.

⁵² Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 181-190. La arbitrariedad (explica el catedrático Luis Legaz

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder resolverse, de tal forma que el derecho positivo, afianzado por la promulgación y la fuerza que tenga también preferencia cuando sea injusto o inadecuado, en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia, alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “derecho injusto” ante la justicia. Es importante trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas, a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del derecho positivo, ahí la ley no solo es “derecho injusto”, sino que más bien carece de naturaleza jurídica.

En esta fórmula podemos distinguir dos elementos caracterizadores. El primero, se refiere a la medida insoportable de las leyes. El segundo, a la negación consciente del establecimiento del derecho positivo. Dicho en otros términos: “la injusticia extrema, no es derecho”.⁵³ El planteamiento de la citada fórmula adquirió una validez significativa a raíz de numerosos casos en donde se encontraba en juego la dignidad de las personas que habían sido sometidas al derecho discriminatorio del régimen nacionalsocialista, como la pérdida de ciudadanía de quienes profesaban el judaísmo, y las sucesivas leyes que los despojaban de sus propiedades. Situación por la cual los jueces del régimen de la posguerra tuvieron la prueba más importante que desafió al sistema jurídico y constitucional de la época al momento de declarar nulas muchas de las normas legalmente válidas, incluso en contra de los principios jurídicos que durante décadas fueron considerados inderrotables, como la prohibición de irretroactividad de la ley en perjuicio del inculpadado, pero que constituían un derecho éticamente insoportable y la invocación expresa en sus sentencias de la fórmula de Radbruch.⁵⁴

y Lacambra) es la negación de la forma de derecho y negación de la justicia, en tanto que la justicia se realiza a través del derecho. Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 614. La idea del derecho injusto también había sido discutida por el filósofo alemán Rudolf Stammler, tratando de encontrar una posición moderada a través de una posición relativista del derecho. Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 1930, p. 255.

⁵³ Alexy, Robert, “Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Vigo, Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, México, Fontamara, 2004, p. 269.

⁵⁴ BVerfGE 3, 58; 6, 132. Véase Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula Radbruch”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 75-96.

En igual sentido se encuentra el famoso precedente relacionado con los centinelas del muro de Berlín, resueltos por el Tribunal alemán.⁵⁵ Esta decisión mereció el aval no sólo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino de la comunidad internacional y académica, que condenaba rotundamente el derecho que prevalecía en la Alemania oriental, aun cuando los hechos habían sucedido durante los años setenta.⁵⁶ Los magistrados de aquel Tribunal realizaron una ponderación para resolver el conflicto entre los principios de justicia material del Estado de derecho y la prohibición absoluta de retroactividad y legalidad en materia penal. Al respecto, los jueces afirmaron que “en un Estado donde no se respetaran los principios democrático, de división de poderes y respeto a los derechos fundamentales, resultaría absurdo pretender darle validez al principio de no retroactividad de las leyes penales en beneficio de los mismos infractores del orden constitucional”. Para este propósito, se desarrolló una estructura argumentativa a partir del mandato de justicia material, contenido en la observancia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, el cual prohibía la aplicación de una causa de justificación de ese tipo, legitimando así la invocación de los criterios de la fórmula de Radbruch. Lo anterior encontró soporte en el propio derecho internacional de los derechos humanos, situación que se ajustaba perfectamente a la ley fundamental de aquel país. De esta manera, la aplicación de la fórmula era pertinente y legítima, ya que existía una carga desproporcional e injustificada. En este tenor, la condena impuesta a los demandantes no violaba el principio de culpabilidad, ya que ésta encontraba fundamento en el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida, así como el principio de Estado de derecho.

Una de las principales críticas que se han lanzado en contra de dicha fórmula es la violación al principio de seguridad jurídica, que protegen los principios del debido proceso. Sin duda alguna, el pensamiento jurídico de Radbruch contribuyó a la rehabilitación de los estudios de filosofía del derecho. Asimismo, superó el rígido normativismo, “al admitir la presencia operativa en el derecho de ciertos principios básicos de derecho

⁵⁵ El caso fue resuelto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional federal alemán el 24 de octubre de 1996. BVerfGE 95, 96.

⁵⁶ Los hechos acontecieron la noche del 14 de febrero de 1972, cuando una persona intentó cruzar a través del río Kreuzberg a la llamada Alemania occidental. Una vez que cruzó, fue visto por dos guardias de la frontera, quienes se percataron de la huida cuando se encontraba a la mitad del río, disparándole dos y tres veces, respectivamente, no pudiéndose determinar quién realmente propició el tiro con el que murieron las personas. Ellos estaban conscientes de que podían matar al fugitivo, pero tenían órdenes de evitar su escape a como diera lugar. Dicha obligación derivaba del Reglamento de Servicio del Ministerio de Defensa y de la propia Ley sobre la Frontera Estatal, ambas de la R. D. A.

natural”.⁵⁷ El filósofo del derecho, Robert Alexy, ha replanteado la fórmula de Radbruch, desde su teoría discursiva de los derechos fundamentales, basado en la teoría de Jürgen Habermas. El argumento principal sobre la corrección de la injusticia del derecho encuentra su origen en la antigua conexión entre el derecho y la moral, desde una postura moderada o corregida de positivismo jurídico. Para el profesor de la Universidad de Kiel, el núcleo de este argumento “consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación sobre cual es el acto jurídico material y procedimentalmente correcto”.⁵⁸

De tal forma, la justicia queda institucionalizada a partir de la teoría discursiva de los derechos fundamentales, los cuales constituyen un mínimo de moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho.⁵⁹ De esta forma, el ejercicio de ponderación de principios constitucionales se convierte en la mejor herramienta argumentativa para justificar restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales. El propio Habermas ha criticado dicha posición, manifestando el rígido procedimentalismo de Alexy sobre las normas jurídicas, y advirtiendo que el ejercicio de ponderación es una herramienta meramente subjetiva y susceptible de un ejercicio discrecional y arbitrario de la argumentación como cualquier otro procedimiento justificativo.⁶⁰

En este sentido, ¿es suficiente el procedimiento discursivo de la corrección de la injusticia para satisfacer los ideales de justicia y equidad que exige una sociedad?, ¿es necesaria la adopción por parte del juez de alguna corriente de la filosofía ilustrada o liberal para motivar sus decisiones?, ¿es posible establecer racionalmente el principio de justicia? Perelman afirma que no se puede justificar racionalmente la idea de justicia material si no existe un consenso mínimo de valores en donde se desarrolle el sistema normativo, el cual no puede ser sometido a algún criterio racional; es decir, es perfec-

⁵⁷ Vigo, Rodolfo, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”, *cit.*, p. 55.

⁵⁸ Sieckmann, Jan, “Human Rights and the Claim to correctness in the Theory of Robert Alexy”, *Law, Rights and Discourse (The Legal Philosophy of Robert Alexy)*, Ed. George Pavlakos, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, pp. 189-206.

⁵⁹ Alexy, Robert, “Derecho y corrección”, *La institucionalización de la justicia*, edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane, trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005, p. 45; *idem*, “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho”, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72; Raz, Joseph *et al.*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

⁶⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez (sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso)*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 302 y 303.

tamente arbitrario y lógicamente indeterminado.⁶¹ Así, el cumplimiento del ideal de justicia a partir de procedimientos meramente descriptivos o procedimentales no es suficiente. Si queremos realmente dar sentido a las normas jurídicas y dotarlas de sustancia, es necesario acudir a la hermenéutica jurídica y a las distintas pautas para su aplicación en el derecho.

La hermenéutica jurídica puede mostrarnos la estructura del proceso de comprensión, así como las condiciones de posibilidad de los textos jurídicos. Esto evita la posibilidad de reducir la interpretación a una mera técnica en el simple procedimiento aplicativo.⁶² El círculo hermenéutico acuñado por el filósofo Gadamer podría servirnos como instrumento para acercar la comprensión entre los elementos que componen determinada situación jurídica a partir de un ejercicio circular de la comprensión y tratando de atisbar las dificultades de entendimiento a causa de los impedimentos que nacen de la historia y tradición de los fenómenos sociales.⁶³ Asimismo, si adoptamos la hermenéutica como auxiliar en la interpretación de las normas, deberemos asimilar un concepto de horizonte, con objeto de comprender la dinámica de las normas jurídicas al contexto social, que se encuentra siempre en perpetuo movimiento.⁶⁴

La idea perseguida con el proceso de hermenéutica constitucional es la comprensión intersubjetiva del proceso discursivo del derecho y concretizar de mejor forma los valores y principios constitucionales a los problemas sociales que se pretenden resolver, desde una razón práctica. Dicho proceso únicamente es posible si el propio juez sabe comunicar los valores constitucionales por medio de un proceso discursivo y racional. Este proceso paulatino, de reconocimiento y consolidación de una Constitución material, viviente, forma parte del desafío que el juez constitucional tiene en el siglo XXI. Esto lo podemos observar en la creación de nuevos derechos humanos a partir de la interpretación extensiva de principios y de la axiología constitucional,⁶⁵ en aras de salvaguardar la justicia y la equidad.

⁶¹ Perelman, C. H., *De la justicia*, trad. de Ricardo Guerra, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1964, pp. 70-73.

⁶² Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación (elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 225; Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, México, Taurus, 2000.

⁶³ Gadamer, Hans George, *Verdad y método II*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 68.

⁶⁴ *Ibidem*, *Verdad y método I*, pp. 372 y ss.

⁶⁵ Tribe, Laurence, *The Invisible Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 32; Strauss, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010.

V. CONCLUSIONES

Las Constituciones son textos vivos que aspiran a ser factores de integración de nuestras sociedades. El juez constitucional tiene un papel preponderante en la conjugación de esos valores, traducidos en derechos fundamentales o principios constitucionales. El desafío de la justicia constitucional es mayúsculo en la medida en que los problemas sociales se judicializan. Ante dichos conflictos, no es suficiente la preparación y el conocimiento de herramientas epistemológicas para la justificación interna de las resoluciones.⁶⁶ Es necesario un amplio conocimiento de las teorías de la justicia que fundamentan las propias normas jurídicas a fin de dar una justificación externa, y con base en la axiología constitucional.

La simbiosis entre el derecho y la moral permite llevar a cabo una función crítica del derecho positivo. En este contexto, es también indiscutible que la teoría constitucional, en la actualidad se encuentra impregnada de valores y principios que irradian el resto del ordenamiento jurídico. La derrota del formalismo y legalismo jurídico, ante el ascenso de concepciones más flexibles, permite comprender holísticamente los problemas jurídicos y auxiliar la labor del intérprete constitucional.

Las técnicas para la resolución de conflictos en donde se encuentran involucrados valores y principios constitucionales son diversas. En la ponderación, por ejemplo, el juez se ve obligado a realizar un juicio ético sobre los valores en conflicto. La doctrina jurisprudencial alemana fue la primera en consagrar en sus precedentes este tipo de razonamientos, a través de la teoría del orden objetivo de valores, fundamentada a su vez por el replanteamiento de la filosofía kantiana de la Escuela de Baden. El desafío que representó para el Tribunal Constitucional federal alemán el derecho nacionalsocialista y el ejercicio creativo por parte de los jueces sobre la invención de un derecho “extremadamente injusto”, a partir de la fórmula de Radbruch, permitió cumplir con los ideales de justicia y equidad que requería la resolución de los problemas causados por la injusticia de las condiciones económicas, políticas y sociales del régimen autocrático pasado.

La reinención del derecho procedimental y discursivo que realiza el positivismo moderado o crítico sobre la justificación de las decisiones de los tribunales resulta atractiva para los operadores jurídicos. El planteamiento de la corrección del derecho, mediante pautas moralmente universales

⁶⁶ En la fundamentación o justificación interna se decide si se están siguiendo las premisas que se aducen como fundamentación; es decir, la corrección de estas premisas. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 1997, p. 213.

como los derechos humanos, representa un modelo dinámico que se ajusta al replanteamiento del positivismo jurídico, permitiendo la coexistencia de principios constitucionales y el empleo de una dogmática jurídica flexible. La asunción del paradigma valorativo por el juez, a partir de la ponderación de los principios en conflicto, debe llevarse a cabo en el contexto de una reflexión judicial consciente, y empleando una hermenéutica que permita dotar de sentido y sustancia a las normas de manera pertinente, en su adecuado y justo contexto. Una dogmática constitucional que se encuentre alejada de la justicia y la equidad como valores rectores y orientadores tiende a convertir la justicia constitucional en simple legalidad y deja sin utilidad práctica la labor del operador judicial.

Por estas razones, la labor del intérprete constitucional se ha constituido el día de hoy como uno de los pilares fundamentales del Estado constitucional democrático. La fuerza normativa de los textos fundamentales, así como del propio derecho internacional de los derechos humanos, debe orientarse hacia una labor crítica a través de la expansión y potencialización de los derechos fundamentales como principios y valores que doten de sentido todas las normas de los inferiores ordenamientos. La interpretación conforme y el control de convencionalidad son ejemplos claros de la realización de este proceso, que está siendo progresivamente aceptado por las jurisdicciones constitucionales iberoamericanas. Afirmamos, sin dubios, que este es apenas el comienzo de una era de justicia constitucional que tenga por fin la concretización de los derechos fundamentales y que aspire a satisfacer los ideales de justicia y equidad, que por siglos han permanecido en la mesa de debate, pero que por su profunda dimensión e impacto en los conflictos y las relaciones humanas siguen vigentes hoy en día.

EL ESTADO DE DERECHO FRENTE AL DELITO DE TERRORISMO INTERNACIONAL

Agata SERRANÒ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Elementos para definir el delito de terrorismo en el ámbito internacional: una propuesta actual.* III. *La eficacia para perseguir el delito de terrorismo: su configuración como crimen de lesa humanidad. Un debate que continúa abierto.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se propone examinar en el contexto jurídico y político de hasta 2010 uno de los grandes problemas de nuestro tiempo: el acoso violento que los Estados de derecho vienen padeciendo por parte del terrorismo internacional. Para llevar a cabo este propósito me aproximaré al fenómeno del terrorismo como un delito hoy de dimensiones internacionales, y no locales, lo que me obligará a contemplarlo sin más remedio en el plano del derecho internacional. Y aquí, en sede internacional, lo abordaré en su consideración como un *crimina iuris gentium*. Así, por una parte, en el epígrafe II observaré, y de un modo crítico, el cuadro normativo internacional que regula el delito de terrorismo, centrándome en las carencias en materia de tipificación de este delito, frente a las cuales se hará una propuesta de definición y calificación conceptuales.

Por otra parte, en el epígrafe III estudiaré las problemáticas relativas a la atribución a la Corte Penal Internacional de competencia para poder juzgar los hechos constitutivos del delito de terrorismo. Y, por último, en

* Autora del libro Serranò, Agata, *Le armi razionali contro il terrorismo contemporáneo. La sfida delle Democrazie di fronte alla violenza terroristica*, prólogo de Silvio Gambino y J. Alberto del Real Alcalá, Milán, Giuffrè Editore, 2009. Laurea Magna Cum Laude en Scienze Politiche por la Università della Calabria, Italia; máster en análisis y prevención del terrorismo por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

el epígrafe IV de conclusiones llegaré a la consideración de la ineficacia en la que aún se encuentra sumido el derecho internacional a la hora de proporcionar a los Estados de derecho un “principio de legalidad internacional” eficaz que sea un mecanismo útil desde el que afrontar la lucha contra la violencia terrorista. Poniéndose de manifiesto particularmente la incapacidad del derecho internacional para calificar y asimismo sancionar las conductas antijurídicas de terrorismo, debido a determinadas carencias endémicas, que lo llevan todavía a mostrarse en mayor medida como un derecho declarativo e incompleto o, como ya lo definiera Hans Kelsen, aún como un derecho primitivo.

II. ELEMENTOS PARA DEFINIR EL DELITO DE TERRORISMO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: UNA PROPUESTA ACTUAL

Cuando examinamos el cuadro normativo internacional que regula el delito de terrorismo, lo primero que se observa es que en el ámbito internacional ha tenido lugar una aproximación sectorial a la hora de establecerse la *tipificación* y *penalización* del delito de terrorismo. Esta circunstancia está determinada sobre todo por la *incapacidad* de los Estados de la comunidad internacional para alcanzar un consenso sobre los *actos* que constituyen terrorismo y sobre sus finalidades. Tal aproximación ha llevado a la adopción entre el 1969 y el 2005 de 13 convenios internacionales, los cuales se aplican a diferentes tipologías de actos terroristas.¹ En este sentido, entre los más recientes

¹ Las convenciones que se conocen en materia de terrorismo son las siguientes: Convención sobre el Alto Mar de 1958 y Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, Convención sobre los Diplomáticos de 1973, Convención sobre el Personal de las Naciones Unidas de 1995, Convención para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988, Protocolo para la Represión de los Actos Delitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima 1988, Convención contra la Captura de los Rehenes de 1979, Convención para la Represión del Empleo de Bombas y Explosivos en Actos Terroristas, Convención para la Represión de atentados Terroristas con Bombas de 1988, Convención para la Represión de la Financiación al Terrorismo de 1999 y Convención para la Represión del Terrorismo nuclear de 2005. Convenciones antiterroristas también han sido acordadas por muchas organizaciones regionales intergubernamentales, como la Organización de los Estados Americanos, que ha estipulado en 1971 la Convención para Prevenir y Castigar los Actos de Terrorismo que Asumen la Forma de Crímenes de Alcance Internacional contra las Personas y Relativa Extorsión, el Consejo de Europa con la Convención Europea sobre la Represión del Terrorismo de 1977, la Asociación de Sur-Asia para la Cooperación de los Estados Árabes con la Convención Árabe para la Represión del Terrorismo de 1998, el Commonwealth de los Estados independientes con el tratado sobre la cooperación en la lucha al terrorismo entre los Estados Miembros del Commonwealth de los Estados Independientes de 1999, la

encontramos el Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (1997), el Convenio para la Represión de la Financiación al Terrorismo (1999), y la Convención Internacional para la Represión de Actos de Terrorismo Nuclear (2005). Sin embargo, la ausencia de una “definición general” del delito de terrorismo que sea pacífica y aceptada por toda la comunidad internacional ha creado numerosos problemas a la hora de juzgar, condenar y sancionar a los perpetradores de hechos terroristas a nivel internacional. De hecho, la indefinición del delito de terrorismo en las normas positivas de derecho internacional ha sido una de las causas principales de la fallida tentativa de atribuir la competencia para juzgar este delito a la Corte Penal Internacional.

Uno de los problemas de una definición genérica del delito de terrorismo se encontraría en el hecho de que tal definición típica adolezca de una excesiva *indeterminación*.² Al mismo tiempo, una definición tal tampoco sería una tipificación definitiva, en razón de que el terrorismo es un fenómeno “dinámico” que cambia cuando cambia la sociedad en el tiempo,³ ni asimismo constituiría una tipificación universal, porque es realmente imposible que incluya todas las manifestaciones mundiales del terrorismo. No obstante, esto no debe ser obstáculo para reivindicar que lo más oportuno es poder encontrar una “definición común” para esta clase de delito, que abarque lo más posible a las realidades de la situación mundial. Ésta podría ser una manera de garantizar la aplicación del principio de la jurisdicción universal y de eliminar ciertas impunidades en relación con los crímenes internacionales de relevante gravedad, tales como los de terrorismo.

En pertinencia con lo anterior, y a fin de proporcionar un prototipo de definición del delito de terrorismo, individualizaré a continuación algunos parámetros útiles para esta labor, tales como:

Organización de la Unidad Africana con la Convención sobre la Prevención y sobre la Lucha al Terrorismo de 1999, la Organización de la Conferencia Islámica con la Convención de la organización de la Conferencia Islámica por la Lucha al Terrorismo Internacional de 2000. Carrattieri, M., Dati, L., *Le nuove norme contro il terrorismo internazionale*, Maggioli Editore, 2005, pp. 16 y ss.

² Sobre la indeterminación del derecho, véase Real Alcalá, J. A. del, “La indeterminación del derecho”, *El derecho en perspectiva. Homenaje al maestro José de Jesús López Monroy*, México, Porrúa, 2009, pp. 279-300; “¿Certeza del derecho vs. indeterminación jurídica? El debate entre positivistas y antipositivistas”, *Archiv Für Rechts - und Sozialphilosophie*, ARSP Beiheft núm. 106, vol. I, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007, pp. 94-106.

³ Barberini R., “La definizione di terrorismo internazionale e gli strumenti giuridici per contrastarlo, Gnosis”, *Rivista Italiana di Intelligence*, núm. 28, 2004.

- Los autores del delito (los “verdugos”): quién es susceptible de ser un sujeto terrorista, y en este sentido, terrorismo como crimen individual o como crimen perpetrado por el Estado.
- Las características del acto delictivo: la naturaleza criminal y/o política, las dimensiones del fenómeno terrorista y los tipos de conducta susceptibles de calificarse como terroristas.
- Los destinatarios directos (las “víctimas”): las personas y/o institución lesionadas, y la entidad y la tipología del daño producido por la comisión de actos de terrorismo.
- Los destinatarios indirectos: los efectos, su durabilidad y las respuestas del orden social al terrorismo (*feedbacks*).

Respecto a los *autores del delito* (los “verdugos”), la cuestión a resolver más relevante es “quién es un terrorista”. Se podría aseverar que un acto terrorista nace de un comportamiento intencional; esto es, de una conducta que no constituye una mera acción espontánea, sino consciente en la mayoría de las veces, y que es cometida por un grupo violento y armado, por una organización bien estructurada que actúa estratégicamente. Pues bien, esas dos características son las que han sido tenidas en cuenta en la que constituye la definición del delito de terrorismo más completa y actual en la Unión Europea, contenida en la decisión marco del Consejo de la Unión Europea, del 13 de junio de 2002.⁴ Así, en el artículo 1o. de la mencionada decisión son considerados delitos de terrorismo:

...los actos intencionados que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de intimidar gravemente a una población, obligan indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.⁵

⁴ Decisión marco 2002/475/JAI.

⁵ Los actos terroristas definidos en el artículo 1o. de la decisión marco 2002/475/GAI son: “a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explo-

Con relación lo anterior, el artículo 2 abarca la definición conceptual de “organización terrorista”:

Se entenderá por “grupo terrorista” toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por “organización estructurada” se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada.

No obstante, no hay que olvidar que el terrorismo puede ser evidentemente una acción o actividad gestionada por un grupo (terrorismo individual o grupal), pero también una actividad violenta cometida por un gobierno contra su población, o contra la población de otros territorios invadidos, para reforzar su autoridad (terrorismo de Estado).

Los que perpetran actos de terrorismo; esto es, los “actores” (los verdugos) del terrorismo, pueden ser, por consiguiente, actores institucionales, pero también actores noinstitucionales. Los grupos noinstitucionales pueden consistir en grupos organizados que atacan violentamente a las autoridades públicas, mientras que los actores institucionales están representados más a menudo por fuerzas paramilitares y de policía que actúan por orden de las autoridades del gobierno. Entre estas últimas tipologías de terrorismo de Estado es oportuno hacer además otra distinción. Por una parte, el terrorismo de Estado a modo de “terror provocado por el Estado como estructura orgánica institucional, cuyos sujetos son institucionales, cuya conducta es generalmente caracterizada por una difundida y sistemática agresión en la violación del derecho humanitario internacional y de los derechos humanos”.⁶ Y, por otra parte, el terrorismo de Estado, denominado *state-sponsored terrorism*, en el que los Estados están implicados en actos y actividades de terrorismo, en que los autores son sujetos noinstitucionales, pero que operan con la ayuda y la protección del Estado.

sivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas, y i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)”.⁶

⁶ Fernández, J., *Las actividades terroristas ante el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 64 y ss.

Aunque se trate de violaciones graves del derecho internacional, nunca se ha llegado a incluir los actos ilícitos de terrorismo realizados por los Estados en el marco jurídico internacional. Además, resulta que cuando un Estado ha sido acusado de haber llevado a cabo un ilícito internacional considerado por otros Estados como acto terrorista, a menudo se ha amparado en la violación de otras normas de derecho internacional, como la prohibición del uso de la fuerza o la no intromisión de organismos internacionales en los asuntos de un país.

Con relación a las características de los actos que constituyen terrorismo, hay que subrayar, además de la naturaleza claramente *criminal* del terrorismo, el fin generalmente político que acompaña la comisión de esos hechos criminales. Ahora bien, en ningún caso esto puede asemejar el delito de terrorismo a un delito político. Téngase en cuenta que los Estados de derecho suelen prohibir la extradición del reo por delitos de naturaleza política, que en una democracia constitucional no sólo no son actos de carácter punible, sino que incluso llegan a constituirse en auténticos derechos fundamentales: por ejemplo, la libertad de expresión y crítica al Estado puede ser considerada un delito (sin duda, sería un delito político), un régimen dictatorial y, por el contrario, constituye un derecho fundamental en un Estado de derecho. De ahí que la mencionada prohibición ha llevado a configurar normas en las que se especifica que los delitos de terrorismo no pueden ser considerados delitos políticos o inspirados en motivaciones políticas, tal como establece la Convención para la Represión del Terrorismo de 1977 y la Convención para la Represión del Terrorismo Cometido con Bombas de ese mismo año.

Además, aunque se especificara que el acto terrorista fuera de naturaleza política, habría que tener en cuenta que no todos los actos de violencia política constituyen terrorismo. De hecho, por ejemplo, aunque durante muchos años se ha discutido sobre esta cuestión, la lucha de liberación nacional,⁷ en principio, no es considerada por el derecho internacional un acto terrorista, como prevé la Resolución de la Asamblea General 46/51, del 9 de diciembre de 1991, párrafo 15, que subraya la diferencia sustancial

⁷ El principio de autodeterminación de los pueblos es reconocido en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 1o., párrafo 2), como también en las convenciones de Ginebra de 1949 y los dos protocolos adicionales de 1977. La fuerza de la norma sobre la autodeterminación es de *jus cogens*. El derecho de autodeterminación de los pueblos ha adquirido también carácter consuetudinario por una regla que se ha desarrollado a obra de las Naciones Unidas y que encuentra su base en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre la Independencia de los Pueblos Coloniales de 1960 y aquella sobre las Relaciones Amigables entre los Estados de 1970. Conforti, B., *Diritto internazionale*, Napoles, Editoriale Scientifica, 2006.

entre terrorismo y derecho de los pueblos, en particular de aquellos sujetos a regímenes coloniales y racistas, a luchar por la autodeterminación, la libertad y la independencia.⁸ Sin embargo, más recientemente la Convención de Nueva York de 1979 afirma que “los actos y actividades terroristas están prohibidos por el derecho humanitario respecto de todas partes en conflicto, incluidos los movimientos de liberación nacional, no importando la legalidad o la legitimidad del recurso a la violencia”.⁹

En segundo lugar, atendiendo a las dimensiones del fenómeno, ¿cuándo un acto de terrorismo puede ser calificado como un “acto de terrorismo internacional”? Los actos terroristas se pueden clasificar como internacionales cuando existen determinadas circunstancias *ratione personae* y *ratione loci*. Con relación a las circunstancias *ratione personae*, un acto terrorista es terrorismo internacional dependiendo de la nacionalidad de los terroristas o de las víctimas directas o indirectas, o de los intereses y propiedades implicados. Po lo que se refiere a las circunstancias *ratione loci*, un acto terrorista es terrorismo internacional dependiendo del territorio utilizado para la comisión de los actos terroristas o para la organización de las actividades encaminadas a la comisión de tales actos, o del territorio hacia donde los terroristas se fugan en busca de refugio.

En todo caso, no hay que confundir el terrorismo “internacional” con el terrorismo “transnacional”. Según Reinares, F.¹⁰ el terrorismo transnacional es “el que atraviesa fronteras estatales cuya violencia política involucra a más de un país y a individuos de dos o más nacionalidades, tanto por lo que se refiere a los terroristas como a sus víctimas”. Las demandas de este tipo de terrorismo están dirigidas a autoridades que no tienen ninguna jurisdicción sobre los territorios en los que las estructuras organizativas de la organización terrorista se establecen o se desarrollan. En cambio, el terrorismo internacional es el que “se practica con intención de afectar la estructura y la distribución del poder en regiones enteras del planeta” y sus actores extienden sus actividades por un significativo número de países en consonancia de los propósitos declarados.¹¹

⁸ *Idem*.

⁹ Artículo 12 de la Convención de Nueva York de 1979.

¹⁰ *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, pp. 72-76.

¹¹ La sociedad transnacional se puede definir según Manuel García Pelayo “como el conjunto social resultante de las interacciones directas entre pertenecientes a sociedad de distintos Estados”. Ella trasciende los límites de las distintas sociedades nacionales e internacionales, ya que sus actores no son principalmente los Estados, y las relaciones en ella no son de naturaleza vertical, sino de naturaleza horizontal y de carácter funcional. Véase García-

En tercer lugar, para determinar el “tipo de conducta” que podría calificarse de “terrorista” es oportuno dirigir la atención a algunas tentativas de definición que se encuentran en varios instrumentos jurídicos internacionales. A este respecto, la resolución 3034 (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1976 afirmó que el terrorismo internacional “pone en peligro vidas humanas inocentes o causa una pérdida, o compromete las libertades fundamentales”, y que se pueden considerar actos terroristas “los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales”. Como puede observarse, en esta definición se asignan algunos rasgos típicos a la acción terrorista, tales como la violencia, el peligro para las vidas humanas, y el fin de producir un cambio radical.

Sin embargo, a lo largo de las últimas décadas los actos terroristas han demostrado ser más complejos y sofisticados en otra de sus características típicas: el empleo del “terror” en la violencia para obtener un impacto psicológico en la población civil. El terror tiene un fin directo, que consiste en buscar la destrucción de personas y/o cosas, pero también persigue determinados objetivos indirectos, consistentes en causar el mayor efecto psicológico en la sociedad civil, intimidándola o coaccionándola colectivamente como mecanismo con el que conseguir el resultado de un cambio radical —que, por ejemplo, no tendría nunca el apoyo de urnas—. Pues bien, este aspecto fue recogido por una de las primeras definiciones de la Sociedad de Naciones en la Convención para la Represión y la Punición del Terrorismo de 1937, que —sin embargo— nunca entró en vigor, la cual establecía que “todos los actos criminales en contra de un Estado, entendidos y calculados a fin de crear un estado de terror en los ánimos de algunos individuos en particular o en un grupos de personas y, en general, en la colectividad tienen que ser considerados actos de terrorismo”.

Más recientemente, en el seno a las Naciones Unidas la mayoría de los Estados en 1994 adoptaron la Declaración sobre la Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional, y la decisión 49/60, en la que se definían que

los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, ra-

Pelayo M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universal, 1995, pp. 149-169.

ciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos.

Y, por último, con relación a los destinatarios directos (las “víctimas”) e indirectos (los “efectos”) de los actos de terrorismo, hay que poner en evidencia que cuanto más brutal e imprevisto sea el terror, es posible que cause más efectos duraderos en el tiempo y que afecte a un número mayor de personas. Si miramos la potencialidad de los atentados terroristas para poder causar daño, hay que incluir el daño “físico” y el daño “biológico” en vidas y en lesiones a personas, pero también el daño “moral” que aquellos actos pueden provocar en millares de individuos. En el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, por ejemplo, se afirma que constituye delito

Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Lo anterior nos lleva a una segunda consideración con relación a los destinatarios directos; esto es, a las víctimas de los actos de terrorismo, y que consiste en especificar sin ninguna duda y con la máxima claridad moral, política, jurídica y social, que el terrorismo constituye una de las más graves violaciones de los derechos humanos. Según la Asamblea General de las Naciones Unidas, éste “crea un clima que destruye el derecho del ser humano a vivir sin temor, ... y su finalidad es la destrucción de los derechos humanos”. Los actos terroristas son considerados, por tanto,

...actividades que tienen por objeto destruir los derechos humanos, las libertades fundamentales y la Democracia y que constituyen una amenaza para la integridad territorial y la seguridad de los Estados, desestabilizan a gobiernos legítimamente constituidos, socavan la sociedad civil pluralista y tienen consecuencias adversas para el desarrollo económico y social de los Estados.¹²

En conclusión, teniendo en cuenta lo antepuesto aquí, me atrevería con esos elementos a proporcionar un prototipo de definición de terrorismo:

¹² A/RES/59/165, del 22 de marzo de 2005.

Los actos terroristas son actos criminales intencionales, planteados estratégicamente por grupos organizados que actúan de manera independiente o fomentados por actores institucionales estatales, cometidos con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, de lesionar gravemente a un país o a una organización internacional, física o moralmente, de causar víctimas, amenazar la salvaguardia de los derechos humanos, de la Democracia o del orden internacional, tratando de provocar efectos duraderos desestabilizadores en la sociedad.

Esta definición que propongo sigue la lógica de todas las definiciones examinadas, conforme a nuestra época contemporánea, a nuestro contexto sociopolítico democrático y del Estado de derecho, e intenta describir cuanto más posible al fenómeno terrorista en sus acepciones actuales. Sin embargo, también soy consciente de que es imposible en una definición general englobar las diferencias inherentes a los variados contextos sociopolíticos en los que se generan los actos de terrorismo. Lo que me lleva a afirmar que si, por una parte, es necesario encontrar una definición general del fenómeno a nivel internacional, por otra, no habría que olvidar las peculiaridades que presenta cada situación local.¹³

III. LA EFICACIA PARA PERSEGUIR EL DELITO DE TERRORISMO: SU CONFIGURACIÓN COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD. UN DEBATE QUE CONTINÚA ABIERTO

Existen dos grandes obstáculos que dificultan enormemente la persecución eficaz del delito de terrorismo internacional. Uno, su configuración como un delito meramente estatal, reducido al ámbito de la legislación nacional de los Estados frente a lo cual se propone su reconsideración para ser planteado como un delito de lesa humanidad. Dos, la cuestión del nivel de eficacia que alcanzan las normas del derecho internacional que abordan el delito de terrorismo internacional. Veamos estas dos cuestiones.

1. *El terrorismo como delito de lesa humanidad*

Con el fin de asegurar un juicio de responsabilidad por los actos de terrorismo, así como la sanción efectiva a sus autores y cómplices, tanto en el ám-

¹³ Serrano Figueroa, R., “El terrorismo y el derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 353-373.

bito nacional como en el internacional, los crímenes de terrorismo que son especialmente graves deberían ser considerados *crimina iuris gentium* y, como tal, “imprescriptibles”. Sin embargo, aunque en el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁴ (en adelante, CPI) se declara que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no deben quedar sin castigo y que a tal fin hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”, el terrorismo no ha sido incluido entre los delitos que la CPI puede juzgar y salvo que el acto terrorista coincidiera con alguna de las conductas tipificadas en el artículo 5 del Estatuto, la CPI no podría considerarse competente para juzgarlo.¹⁵

Según el artículo 5o. del Estatuto, la CPI es competente de manera complementaria a las jurisdicciones penales nacionales sólo por los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y agresión. La tipificación de estos crímenes constituye una codificación de normas ya existentes en algunos tratados que disciplinan la materia como los convenios de La Haya de 1907, la Convención de 1948 sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, los convenios de Ginebra de 1949 sobre la Guerra y sus protocolos adicionales de 1977, la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984 y muchos otros más. La inclusión del “delito del terrorismo” en la competencia de la CPI fue tratada infructuosamente en la Comisión Preparatoria (Prepcom) que redactó el Estatuto de Roma desde 1996 hasta 1998, y en la Comisión Preparatoria (resolución F) de la CPI, que funcionó entre 1998-2003, y se supone que si no ha sido incluido es porque todavía no se pudo llegar a una definición jurídica pacífica.¹⁶

El mismo problema se ha repetido también con el “delito de agresión”, que aunque haya sido incluido en el Estatuto, no puede ser castigado por la CPI hasta que no se consiga una definición del mismo. En este sentido, los artículos 121 y 123 del Estatuto establecen que siete años después de la entrada en vigor; es decir, a partir del primero de julio de 2009, el secretario general de las Naciones Unidas convocará a una conferencia de revisión de los Estados partes para examinar las enmiendas al Estatuto.¹⁷

¹⁴ Artículo 5o. del Estatuto de Roma.

¹⁵ Ambos, K. y Guerrero O. J., *El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Columbia, 1999.

¹⁶ Ciampi, A., “The International Criminal Court”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, pp. 121-126.

¹⁷ Bourdon, W., *La Cour Pénale Internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, 2000, pp. 292 y 293.

La conferencia tendrá lugar desde el 31 de mayo al 10 de junio de 2010 en Uganda, y hasta el día de hoy, en su agenda *no* está prevista ninguna sesión específica sobre el crimen de terrorismo; en cambio, sí está prevista para el crimen de agresión. En todo caso, aunque no se incluyera en el Estatuto el delito de terrorismo, no puede negarse la posibilidad de que la CPI pueda considerar al terrorismo como un crimen de lesa humanidad, y en consecuencia declararse competente para juzgarlo.

Basándome en la opinión de Fernández de Casavante y Jiménez García, lo que puede contribuir a que el terrorismo sea considerado un *crimen de lesa humanidad* es la consagración en el ámbito de su lucha de dos importantes principios conectados con los crímenes típicos contra la humanidad: el “principio de responsabilidad penal individual” y el “principio de justicia universal”, vinculado a la regla *aut dedere aut judicare*. Hay que tener en cuenta que estos dos principios se desarrollaron en el curso de la segunda mitad del siglo XX en el ámbito del derecho internacional humanitario y permitieron evitar la impunidad de crímenes de vasta gravedad, como los cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, superando así muchos dogmas jurídicos que hasta entonces habían caracterizado la aplicación del derecho, en particular del derecho penal.

Así, por un lado, el “principio de la justicia universal” supone que los *crimina juris gentium*,¹⁸ independientemente de donde se cometan, pueden ser perseguidos, juzgados y condenados por Estados diferentes, aunque ningún ciudadano o nacional de esos Estados haya sido víctima de tales delitos. Ese principio, vinculado a la regla *aut dedere aut judicare*, es un principio general de derecho internacional y que permitió superar el límite de la territorialidad de la ley penal. Y además, por otro lado, el “principio de la responsabilidad penal individual” se consolidó con la institución de los tribunales penales *ad hoc* de Nüremberg y de Tokio después de la Segunda Guerra Mundial, y se desarrolló con la creación del Tribunal *ad hoc* para los Crímenes Cometidos en la ex-Yugoslavia (1993)¹⁹ y en Ruanda (1994),²⁰ cuya institución ha

¹⁸ Por la necesidad de erradicar e impedir en el futuro barbaries contra la humanidad, como aquellas cometidas con el holocausto, los crímenes internacionales se han convertido en imprescriptibles, como señala el Convenio de Naciones Unidas de 1968 y el Convenio del Consejo de Europa de 1974. Véase García Arán, M. y López Garrido, D. (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 30-35.

¹⁹ Vassalli, G., “Il Tribunale internazionale per i crimini commessi nei territori dell’ex-Yugoslavia”, en *Legislazione penale*, 1994, pp. 335-356. Véase también “The United Nations Ad Hoc Tribunal”, *American Journal of International Law*, Asil Proceedings, 1993, vol. 87.

²⁰ Las resoluciones 827 del 25 de mayo de 1993 y la 955 del 8 de noviembre 1994, con las que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instituye los tribunales especiales,

intentado suplir la ausencia de una CPI permanente. Ese principio prevé la incriminación a nivel internacional de individuos que hayan violado los derechos humanos, y, en particular, que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, por lo que posibilita atribuir la responsabilidad penal individual independientemente de las funciones que los imputados realizaran cuando cometieron sus actos criminales.

En todo caso, considerando el terrorismo como crimen de lesa humanidad, no sólo se puede juzgar, condenar y sancionar a los responsables, sino que se podría tutelar también a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos. De hecho, según el artículo 85 de la Regulación de Procedimiento de Prueba de la CPI, son “víctimas” todas las personas físicas y morales que han sufrido un perjuicio directo o indirecto procedente de la comisión de un crimen que sea de competencia de la Corte. El Estatuto, además, prevé también un fondo de indemnización para los familiares y la creación de una división de ayuda a las víctimas y a los testigos de los crímenes.

Sin embargo, hasta el momento, como el delito de terrorismo no es todavía competencia de la CPI, estas normas no son aplicables a las víctimas del terrorismo, al menos para los delitos cometidos en tiempo de paz. De hecho, los delitos de terrorismo cometidos en tiempos de guerra podrían ser incluidos, en buena medida, en la categoría de crímenes de guerra, que sí son evidentemente competencia de CPI. Claro está, todo esto, sin duda, crea una desigualdad de tratamiento entre las víctimas de actos de terrorismo cometidos en tiempo de guerra, que sí pueden ser tuteladas por la Corte, y aquellas víctimas que han sufrido un acto terrorista en tiempo de paz, que actualmente no tienen tutela internacional específica alguna.

2. El nivel de eficacia de las normas del derecho internacional que abordan el delito de terrorismo

Ahora bien, que los actos de terrorismo internacional puedan ser perseguidos de forma eficaz dependerá, tal como se ha manifestado, en primer lugar, de su configuración como un delito de lesa humanidad, a fin de que no queden sin castigo sus responsables en ningún parámetro de espacio y tiempo; pero también, en segundo lugar, estará condicionado a que las normas internacionales que persiguen, enjuician y sancionan el delito de terro-

contemplan el principio fundamental según el cual el recurso a la justicia es medio imprescindible para obtener el restablecimiento de la paz y de la seguridad.

rismo pueden ser aplicadas de forma eficaz. Y esto tiene que ver con cuatro problemas fundamentales —lamentablemente inherentes al derecho internacional—, que desafortunadamente en buena medida hacen de la normativa internacional un derecho “incompleto”. Por lo que aquí nos topamos con un problema en buena medida hoy por hoy insalvable.

Estos cuatro problemas tienen que ver con: 1) la falta de una legislatura internacional; 2) la inexistencia de una regla básica que establezca criterios generales de validez para las normas internacionales; pero sobre todo se refiere a; 3) la ausencia de un sistema de sanciones centralmente organizado, y 4) a la falta de órganos especiales con jurisdicción coactiva encargados de la aplicación de las normas jurídicas internacionales.

Así, respecto al primer problema, a falta de una legislatura internacional, la cuestión que aquí se plantea está ligada a la creación de las normas jurídicas de derecho internacional. Téngase en cuenta que las normas de derecho internacional no son directamente expresión de la *voluntad general*.²¹ Ellas no se determinan como en un Estado de derecho por medio del Poder Legislativo, dado que no existe una legislatura internacional, y las normas se forman sobre todo a nivel consuetudinario o por acuerdo entre los Estados miembros y los demás sujetos de derecho internacional.²² Dicho con otras palabras: sus normas son promovidas por los propios sujetos del orden jurídico internacional según su nivel de influencia mundial, mas no lo son por un órgano central legislativo internacional asimilable al de un gobierno representativo. Eso significa que el derecho internacional no responde completamente al principio del imperio de la ley. Aunque, como sostiene E. Díaz, todo derecho positivo es derecho, aunque no derive de la voluntad general, “tanto el que procede de un Parlamento democráticamente regio, como el que deriva de una decisión personal de un dictador que se hace obedecer, aunque no consideraremos, por supuesto, igualmente legitimado (justificado) uno y otro”.²³

El segundo problema que obstaculiza la eficacia de la normativa jurídica internacional que aborda el terrorismo es que el derecho internacional

²¹ “La ley es expresión de la voluntad general”, como ya señalaba el artículo 6o. de la Declaración francesa de 1789; es decir, creada con libre participación y representación de los integrantes del grupo social. La voluntad general, según J. J. Rousseau, no es la suma de las voluntades particulares; ella sigue el interés común y es expresión del pueblo. J. J. Rousseau, *Contrato social*, Madrid, Espasa-Calpe, 1968, pp. 40-42.

²² Para Kelsen, también el derecho consuetudinario es derecho “estatuido”, positivo. La costumbre es creador de derecho, de normas jurídicas generales. Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2002, p. 386-388.

²³ Díaz, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966, p. 45.

no contempla específicamente un sistema de fuentes del derecho²⁴ que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas. De hecho, una de las características del derecho es la de regular su propia creación, determinando el procedimiento de creación de las normas generales por una norma positiva general, que en el caso del derecho interno es la Constitución, la norma suprema del ordenamiento, la norma de normas, que es además la norma de identificación de (las demás) normas (de ese sistema jurídico).²⁵ En el derecho internacional falta una regla básica que establezca criterios generales y ciertos de validez de las normas en este ámbito jurídico.

El tercer y cuarto problemas están vinculados al hecho de que el derecho internacional carece de un sistema de sanciones centralmente organizado, y de órganos especiales con jurisdicción coactiva encargados de la aplicación de las normas jurídicas internacionales. Aquí ocurre que las normas de derecho internacional no tienen el mismo tipo de *fuerza coercitiva* que las normas del derecho estatal. La razón es que las sanciones internacionales están “descentralizadas”, de modo que para asegurar el respeto a las normas internacionales y reprimir sus violaciones, los Estados recurren principalmente al “principio de autotutela”.²⁶ De hecho, cuando hay un delito entre dos Estados, por el Estado responsable del delito existe la obligación de cesación del mismo y de reparación del daño, pero también existe la posibilidad de recurrir a las contramedidas.²⁷ La autotutela no tiene un fin coercitivo en sí mismo, sino que su objetivo es restablecer el orden jurídico violado y cancelar los efectos del delito.

¿Se podrían considerar verdaderas sanciones jurídicas las que no son establecidas por un orden jurídico, sino por la voluntad particular de las partes interesadas? La respuesta no es positiva en toda la extensión de la palabra. Lo que nos lleva a afirmar que el derecho internacional ha de ser aún hoy considerado en mayor medida un derecho de carácter declarativo,

²⁴ Según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, hacen parte de las fuentes de derecho internacional las convenciones internacionales, sea generales que particulares, las costumbres de carácter general, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de las varias naciones como medio subsidiario para la determinación de las normas jurídicas. Entre las fuentes de normas internacionales hay que considerar las fuentes previstas por acuerdos, como los que instituyen las organizaciones internacionales que tienen la facultad de emanar normas jurídicas, como por ejemplo la Organización de las Naciones Unidas.

²⁵ Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2002.

²⁶ Conforti, B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2005, pp. 366 y 367.

²⁷ Fernández Tomás, A. et al., *Manual de derecho internacional público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

cuyo nivel de eficacia coactiva es todavía muy escaso. Téngase en cuenta que la autotutela tiene el límite de la prohibición del uso de la fuerza y la obligación de la resolución pacíficas de las controversias, previstos por el artículo 2 de la Carta de la ONU, salvo en algunos casos como, por ejemplo, la legítima defensa. Sin embargo, mientras un tribunal interno tiene jurisdicción para investigar la licitud o ilicitud de los actos que se dicen realizados en defensa propia, ningún tribunal internacional tiene jurisdicción similar hasta hoy. Además, la función de constatación del derecho y la resolución de las controversias en su mayoría es de carácter arbitral y diplomático, y se recurre a la función jurisdiccional menos a menudo, frente a la cual ningún Estado puede ser instado sin su consentimiento previo.²⁸ Que el acto de la coacción no sea realizado por órganos especiales instituidos exclusivamente para esa realización sino por el mismo Estado susceptible de ser sancionado constituye una “deficiencia técnica” del derecho internacional, cuya consecuencia más inmediata es que no se determine con objetividad el hecho irregular. En definitiva, de lo dicho no puede deducirse sino que la ausencia de eficacia en la normativa internacional es uno de los grandes inconvenientes para la persecución eficaz del terrorismo internacional.

IV. CONCLUSIÓN

Como se ha podido constatar a lo largo del texto, del análisis del cuadro normativo internacional que regula y sanciona el delito de terrorismo puede concluirse que se observan en esta materia numerosas carencias. Sin embargo, examinando las características habituales del ordenamiento jurídico internacional, podemos afirmar que esas carencias se suman a algunos problemas endémicos propios del derecho internacional, cuya existencia pone seriamente en duda su capacidad para hacer frente de forma efectiva a delitos de la gravedad del terrorismo, en razón de que no asegura el justo cumplimiento de la ley ni la imposición coactiva de sanciones adecuadas contra sus infracciones.

Todo lo que hemos dicho hasta ahora demuestra, además, que no hay una distinción clara entre la creación y la aplicación de las normas de derecho internacional, en virtud de que los sujetos que concurren a la creación de dichas normas son también los destinatarios de las mismas. Y, en este sentido, ni la determinación de la existencia de un delito ni la ejecu-

²⁸ López Calera, N., “El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, t. XIX, nueva época, 2002, pp. 51-71.

ción de las sanciones son encargadas a una autoridad distinta de las partes interesadas. Esta confusión entre creación y aplicación normativas en la que en gran medida está inmerso el derecho internacional constituye una alteración del principio de separación de los poderes²⁹ que debe regir en la configuración de un ordenamiento normativo legítimo y legitimado, para el que es necesario reivindicar que al menos evite la concentración de los mismos.³⁰ Razones similares a las aquí expuestas son las que llevaron a Kelsen a definir al derecho internacional como un derecho primitivo caracterizado por la técnica de la autoayuda (o justicia por la propia mano) y por la institución de la venganza de la sangre.

¿Puede un derecho basado principalmente en el principio del autotutela sancionar de forma eficaz el delito de terrorismo? Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que el uso de la fuerza puede aparecer en el derecho, como sostiene Hart,³¹ sea como delito (la condición de la sanción) o como sanción (reacción de la comunidad jurídica contra el delito), y que sólo el acto de la aplicación de la sanción conlleva en sí mismo una utilización de la fuerza, una coacción por parte de la comunidad jurídica. Sin embargo, hay que especificar que el monopolio de la fuerza que pertenece a un Estado de derecho está regulado por un ordenamiento jurídico en el que rige el imperio de la ley que procede de la voluntad general de la comunidad. Sin embargo, en el caso del derecho internacional, el monopolio de la fuerza no está centralizado ni tampoco está regulado por un orden jurídico con las características del sistema jurídico estatal.

¿Serán capaces los Estados de derecho en su conjunto, y en general la comunidad internacional, de superar estos problemas y dotarse de normas internacionales plenamente coactivas y ciertas³² con relación al delito de terrorismo? En verdad, hoy por hoy no parece probable. Pero sí sería muy deseable, porque esta importante carencia de nuestro tiempo es de por sí una tremenda laguna vinculada directamente a la lucha legal y eficaz de las democracias constitucionales contra la lacra del terrorismo.

²⁹ Para conocer la teoría de la separación de los poderes véase Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, libro XI, cap. 6, 1995, p. 107. Para profundizar, véase Castaño, S. R., “El principio de separación de poderes. Una reflexión histórica”, *Persona y Derecho*, 1997, núm. 37, p. 101-124.

³⁰ Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2002, parte II, cap. III, sobre la separación de los poderes.

³¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, cap. X “El derecho internacional”.

³² Real Alcalá, J. A. del, “Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 755-775.

LA CONFIGURACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

Juan Ramón PÉREZ CARRILLO*

SUMARIO: I. *Introducción: sobre los presupuestos generales de la función judicial a partir de la teoría de la tripartición de poderes.* II. *Función judicial y constitucionalismo histórico cubano.* III. *Función judicial y ordenamiento jurídico cubano.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL A PARTIR DE LA TEORÍA DE LA TRIPARTICIÓN DE PODERES

Probablemente haya que remontarse a la antigüedad, en particular a las reflexiones del gran filósofo griego Aristóteles, para encontrar los orígenes de la teoría de la tripartición de poderes, que —como es conocido— asigna una triple naturaleza (de carácter legislativo, ejecutivo y también judicial) al conjunto de poderes que ejerce el Estado.¹ En la época de la modernidad, otros pensadores, como el inglés John Locke en el siglo XVII, padre del liberalismo burgués, han realizado aportes relevantes en este ámbito, alegando, a partir

* Profesor de derecho constitucional; vicerrector de la Universidad de Granma, Cuba.

¹ Aristóteles, *La política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos, 1952. Aristóteles ha sido considerado, junto a Platón y Sócrates, como uno de los pensadores más destacados de la antigua filosofía griega. Incluso para algunos, entre ellos Karl Marx, se trata del más grande de los pensadores de la antigüedad. La causa de atribuir a este autor griego el origen de la teoría de la tripartición del poder se debe a que la actividad de las diversas manifestaciones del Estado ha focalizado la atención, desde tiempos remotos, de los análisis de los estudiosos de la ciencia política, y asimismo a que dicho autor realizara además la distinción de las funciones deliberativas, de mando y de justicia del Estado. Aunque, en verdad, es que solamente se limitó a fijar las distintas formas de actividad de la organización estatal de su tiempo, y no tuvo intención jamás de elaborar una teoría completa, ni mucho menos realizar un reparto de funciones fundado en la distribución de los objetos que corresponden a cada una de ellas.

de la idea de que la soberanía emana del pueblo, la necesidad de la separación de los poderes del gobierno y el Legislativo, a los cuales no consideró en relación de igualdad e independencia, sino que estableció entre ellos una relación de subordinación del primero hacia el segundo. Respecto al Poder Judicial, verdaderamente la teoría lockiana no hace mención a la organización judicial como un poder o función, sino que lo considera dependiente del Poder Legislativo, al que por tal denomina “supremo poder”. Siguiendo esta orientación, el autor inglés lleva a cabo la separación funcional entre los poderes Legislativo, Ejecutivo, federativo y discrecional y prerrogativo, asignando las tres últimas funciones al órgano Ejecutivo, en virtud del potencial peligro de que se produjera desorden.²

Sin embargo, hay que llegar al pensamiento del francés Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu, en los siglos XVII y XVIII, y que había recibido la influencia del maestro Locke, para hallar la configuración más precisa y fundada de la teoría de la tripartición de poderes. Hay que tener en cuenta que este pensador no se limitó a realizar una distinción entre las diferentes funciones en abstracto, sino que diseñó esencialmente una teoría tal al separar las funciones y distribuirlas entre diferentes titulares, llevando a cabo de esta forma una verdadera “separación orgánica” de los poderes del Estado.³ En una de sus obras más conocidas, *El espíritu de las leyes*, es donde Montesquieu describe cómo se han originado las leyes, de acuerdo con qué condiciones y cómo estas leyes contribuyen a formar una adecuada comunidad política. Siendo además en este texto en el que expone una de las razones principales que sustentan la separación de los poderes del Estado, expuesta en el libro XI, capítulo IV: “C’ est une expérience éternelle que

² Locke, John, *Ensayos sobre el gobierno civil* (1690), Barcelona, Orbis, 1985, parágrafo 95, p. 74, el cual ya había establecido a final del siglo XVII, y a través de la noción de “contrato social”, que el “principio del consentimiento” de los gobernados era la base de la sociedad civil: “los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento”.

³ Montesquieu, *De l'esprit des lois* [1748], epigrafiario compilado por Carmen Rovira y Jorge Aguayo, París, t-I, Billois, 1805; hay versión española, *idem*, *El espíritu de las leyes* (1748), 3a. ed., introducción de E. Tierno Galván, trad. de M. Bánquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1995. Esta obra cumbre, que fue redactada desde 1734 y publicada en francés bajo el título original *De l'esprit des lois* en 1748, fue uno de los más influyentes tratados de teoría política editados en el siglo XVIII. Tuvo una amplia difusión entre los más insignes representantes de la Ilustración y fomentó las importantes polémicas intelectuales que desembocaron en la Revolución francesa, acontecimiento que puso fin al Antiguo Régimen en su país. Obtuvo una inmediata atención crítica y fue muy alabado por Voltaire y Jean le Rond d'Alembert. En esta obra, integrada por treinta y un volúmenes, se analizan a lo largo de sus páginas las diferentes leyes de las naciones en el siglo XVIII.

tout homme qui a pouvoir, est parté á abuser: il va jusqu'á ce qu'il truve des limites... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrete le pouvoir".⁴

La teoría de la división de poderes fue enarbolada por la burguesía revolucionaria de los siglos XVII y XVIII como contraposición ideológica al "principio de la concentración de poderes" defendido por la monarquía absoluta.

En realidad, la concentración era de funciones, ya que el poder como expresión de la voluntad de la clase dominante, era uno solo. Sin embargo, Montesquieu al formular su teoría política habló de poderes y no de funciones. Era lógico que así fuera, pues uno de los puntos de referencia que le sirvieron para sus conclusiones teóricas al respecto, fue la situación inglesa de su tiempo, en la cual, nobleza y burguesía habían llegado a una conciliación política, la primera para mantenerse en el poder y la segunda para ascender al mismo.⁵

La teoría de la división de poderes viene a poner de manifiesto que en todo Estado existen tres poderes típicos, a los que se les denomina Poder Legislativo, Poder Ejecutivo (que depende del derecho de gentes), y Poder Ejecutivo (Judicial) de los casos que se derivan del derecho civil o del poder juzgar. Por el Poder Legislativo, el príncipe o el magistrado, en su caso, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes; por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones; por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Desde el punto de vista práctico, entre estos poderes debe existir una separación y un equilibrio, además de evitarse cualquier intromisión entre los diferentes poderes, para proteger y garantizar de esta manera los derechos y las libertades individuales de los ciudadanos.

En verdad, el planteamiento original de esta teoría no es otro que evitar la confusión de las dos funciones principales: la creación del derecho y su ejecución o aplicación. Cualquiera que sea la forma en que se haga, cualquiera que sea la forma de gobierno, lo fundamental es que el que ejecuta no pueda modificar la ley a ad hoc, sino que se encuentra obligado a ejecutar simplemente una ley establecida con anterioridad. Ahora bien, "La doctrina de Montesquieu ha sufrido numerosas transformaciones desde su inicial formulación. Su espíritu sigue vivo, pero las adapta-

⁴ Montesquieu, *De l'esprit dex loix, cit.*, p. 277.

⁵ Cañizares, E., *Teoría del derecho*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1979, p. 333.

ciones que ha conocido para cohonestarse con la realidad de las concretas configuraciones de gobierno, hasta el punto de hacerla frecuentemente irreconocible”.⁶

En cuanto a la división de poderes, según los esquemas elaborados por Montesquieu hoy día no podrían afirmarse en un sentido radical y extremo. El principio rígido de que cada función estatal debe ser ejercida por un único órgano ha dejado paso, por ejemplo en la Constitución española, a la consagración de la *colaboración* de poderes y a la noción de la *interdependencia*. Claro está, esto no significa que la idea de partida no sea la división de poderes, aunque la Constitución utiliza únicamente esta expresión para referirse al Poder Judicial, sino que lo que afirman hoy en día diversos autores es su plural significado. En la actualidad, parece más bien hablarse —en muchas de las Constituciones— de separación de funciones del Estado más que de división estricta de poderes.

Ahora bien, como afirma F. Cañizares, “En todas las épocas históricas [...] la potestad de juzgar la conducta de los hombres e imponer sanciones a las infracciones de la Ley, ha sido algo aparte de las demás funciones del poder público”⁷ en el sentido de que dicha tarea ha tenido la suficiente relevancia como para configurarse con la entidad de una función pública propia. Así puede entenderse aproximadamente en las sociedades primitivas,⁸ pasando por la antigua Atenas⁹ y por la sociedad romana,¹⁰ transcurriendo por la Edad

⁶ Asensi, J., *Introducción al derecho constitucional*, Alicante, Ganma, pp. 250 y 251.

⁷ Cañizares, F., *Teoría del derecho*, cit., p. 329.

⁸ En las sociedades primitivas, de tipo autocrático, la función judicial correspondía en unos casos a la clase sacerdotal y en otros a la clase militar, o sea, la guerrera; un ejemplo de las primeras nos lo pueden ofrecer los hebreos, los germanos de Tácito y, fuera de la historia clásica, los aztecas de Yucatán de tiempos de la conquista española, y de los segundos nada menos que los romanos, en que el oficio del juez era inherente del pretor; esto es, del que va delante, de forma general, el jefe, en las empresas militares.

⁹ En la antigua organización ateniense se encuentra una síntesis de uno y otro sistema, juzgando conjuntamente sacerdotes y jefe militar. En todo caso, la declaración de los jueces resolviendo el litigio adquiere un carácter sagrado, como emanación de la propia divinidad inspiradora de la justicia. Algunos autores plantean que en Atenas, Grecia, existió un tribunal de heliastas o dicastas, integrado por una cantidad considerable de jueces, los cuales existían, según ellos para evitar el soborno. Dicho tribunal llegó a estar compuesto, en la época de Aristóteles, por seis mil ciudadanos con aptitud para intervenir en las deliberaciones del mismo.

¹⁰ La administración de justicia en Roma era un asunto práctico, y estaba a cargo de un funcionario, llamado *pretor*, que conocía de los litigios entre particulares en tiempo de la República, el cual era en cierta forma creador del derecho, porque a nombre de la clase dominante romana aplicaba principios extraídos de experiencias sucesivas, en casos concretos presentados a él; de esta forma, el magistrado ostentaba dos funciones de poder, era a la vez legislador y juez.

Media,¹¹ o también en el absolutismo monárquico, en el que por la identificación de la organización estatal con la persona del monarca se confundirá la tarea judicial y la tarea ejecutiva.¹² En virtud de lo cual, esta concentración de autoridad real que tenía lugar en todas las monarquías de Europa fue acompañada de la consiguiente expropiación de la justicia de los señores locales, y la extensión que adquiere el territorio real, el Estado, lo que va imposibilitando de hecho el ejercicio de la justicia por los reyes.¹³ De este modo, por delegación, comienzan a constituirse en el absolutismo los organismos judiciales y a ejercerse la función judicial.¹⁴

Ya en el constitucionalismo liberal burgués se establece formalmente como principio del Estado la independencia de cada uno de los órganos del poder en el ejercicio de sus funciones, atribuyéndole a su vez a cada uno el carácter o la naturaleza de poder. Y así, el conjunto de órganos del Estado que tienen habitualmente como función la administración de justicia se configurará a modo de “aparato judicial”. Téngase en cuenta que la misma etimología de la palabra “función” determina cumplidamente su concepción, dado que función procede de *fungor*, término que “significa hacer, cumplir, ejercitar”, pero también procede de *finis*, cuyo significado “dentro del campo de las relaciones jurídicas, de cualquier clase que ellas sean” tiene que ver con “toda actuación por razón del fin jurídico, en su doble esfera de privado y público”.¹⁵

La configuración moderna de la función judicial tiene lugar cuando la ley y, en general, la función legislativa, asume la necesidad de implementarse en la sociedad misma, su verdadero destinatario, para evitar que su espíritu ordenador se disipe y quede reducido a su flagrante violación, para lo cual se hizo necesaria la conformación de una función que haga posible que la ley se cumpla, y que hasta sea capaz de desmenuzarla para su mejor adaptación

¹¹ Bonald, L. A. de, *Teoría del poder político y religioso* (1796), estudio preliminar y selección de Colette Capitán, presentación y trad. de Julián Morales, Madrid, Tecnos, 1988. Cuando en la Edad Media existe una concentración de poderes en la persona de los señores feudales, se manifiestan varias modalidades, en lo que a función judicial se refiere, ya que cada feudo se convierte en un pequeño Estado dentro de la organización política general.

¹² Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

¹³ Hobbes, Th., *Leviatán* [1651], traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1989.

¹⁴ Clavero, B., *El código y el fuero*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1982. Con relación a los órganos judiciales en España, según plantean algunos autores, el Tribunal de las Apelaciones, establecido por Alfonso III, el Magno, en León a fines del siglo IX o principios del siglo X, y llamado el foro o el libro por servirle de base al fuero juzgo, constituye su primer antecedente.

¹⁵ *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix, t-XVI, p. 858.

a los casos concretos (reglamentos e instrucciones) y, en definitiva, que consiga que el imperio del derecho constituya una auténtica realidad. Además, ocurre que en dicho proceso de adaptación no escasean las ocasiones en que lejos de la sumisión automática a la ley o dicha ley se desconoce por unos y otros o, incluso, aun cuando esto no ocurra, aquélla es interpretada por los particulares en sentido *controvertido*, que exigirá necesariamente la intervención de un organismo (jueces y tribunales) que pueda llevar a cabo estas tareas propias de la función denominada “judicial”, en virtud de que la operación nuclear que le sirve de base es el juicio. En este sentido, “el juicio es la sumisión ante una autoridad y una fuerza que se reconoce o que se impone; y el juez, por tanto, es la representación de una y otra”.¹⁶

En general, en la cultura jurídica latinoamericana y europeo-continental de los Estados democráticos avanzados la visión que prevalece sobre la función judicial es que se encuentre configurada por un conjunto de principios, entre los cuales cabe destacar la independencia judicial, la sumisión del juez a la Constitución y a la ley, la responsabilidad judicial, la exclusividad y unidad de la jurisdicción, y la inamovilidad de los jueces. Estos principios se traducen en el hecho de que la “función jurisdiccional” se atribuya exclusivamente a jueces y magistrados a los que se funcionalmente se desconecta del resto del aparato del Estado en virtud del “principio de independencia”, a fin de que no estén sometidos a órdenes ni mandatos de ningún género en la argumentación de sus decisiones.¹⁷ A su vez, los jueces y magistrados no tienen otra función que la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y han de hacerlo con sumisión a la ley exclusivamente: de modo que el legislador crea las normas y los jueces se limitan a aplicarlas, con la exclusión de enjuiciar su labor y de crear normas nuevas por sí mismos. Puede decirse que, en general, el sistema así diseñado sigue siendo válido hoy, y hasta cabe decir que la creciente complejidad del Estado y de su relación con la sociedad requiere una mayor diferenciación interna de procedimientos y, por tanto, hacer hincapié en una “separación” nítida de las funciones.¹⁸

Esta concepción sigue, en definitiva, la misma línea de la doctrina de la Revolución francesa.¹⁹ En la teoría revolucionaria se impedía a los jueces

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Asís Roig, R. de, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

¹⁸ Con relación a los Estados de derecho, la función judicial es susceptible de adolecer de cierta indeterminación. *Cfr.* Real Alcalá, J. A. del, “La indeterminación de la ‘estructura del deber’ de los jueces en el Estado de derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. XXIII, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2006, pp. 241-265.

¹⁹ Soboul, A., *La Revolución francesa*, trad. de E. Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1979.

participar en la tarea de crear normas, y se les compelió a interpretar bajo los parámetros hermenéuticos del “criterio subjetivo” o *voluntad legislatoris*, en detrimento del criterio objetivo o *voluntad legis*, que exigía del juez un papel mucho más activo en la elaboración interpretativa. Así, en primer lugar, el hecho de que las normas mismas se conviertan en objeto de juicio sean las leyes con relación a la jurisdicción constitucional y los reglamentos con relación a la jurisdicción ordinaria, convierte a los jueces en “legisladores negativos” con relación a la ley y al reglamento en la medida en que se les posibilita eliminar del ordenamiento jurídico tanto la ley inconstitucional como el reglamento ilegal. Pero también en segundo lugar, la necesidad de uniformizar y dar coherencia a la aplicación judicial de derecho llevó a sujetarla a reglas elaboradas por la cúspide de la propia organización judicial a través de la jurisprudencia, que adquiere de esta forma un cierto valor normativo que la Revolución francesa le negó.²⁰

La estricta separación entre la creación y la aplicación judicial de las normas tal y como se ha concebido en la teoría primigenia del Estado constitucional —por herencia de la doctrina sobre la función judicial de la Revolución francesa— reposa sobre la idea de que la tarea de aplicar una norma no consiste sino en “extraer para el caso concreto” las consecuencias que en ella se prevén de manera general y abstracta.²¹ En términos muy sencillos, si la ley dispone que cuando se da un determinado supuesto de hecho se generan ciertas consecuencias jurídicas, la aplicación de la ley se reduce entonces a determinar si ciertamente se ha producido aquel “hecho”, y, por tanto, si deben generarse aquellas consecuencias que la ley ha querido prever para el caso de presentarse dicho hecho. Lo que lleva a concebir la aplicación del derecho como una sencilla operación de “subsunción”: el juez no hace otra cosa que subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar. A la misma idea responde el calificar al acto de aplicación del derecho como un “silogismo”, en el que la norma es la “premisa mayor”, el supuesto de hecho es la “premisa menor”, y el “fallo” es la consecuencia jurídica o conclusión.²²

²⁰ Soboul, A., *Comprender la Revolución francesa*, Madrid, Crítica, 1981. Asimismo, Tocqueville, A. de, *El Antiguo régimen y la Revolución* [1856], prefacio de Enrique Serrano Gómez, trad. de Jorge Ferreiro, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

²¹ Real Alcalá, J. A. del, “La decisión judicial según los tipos de casos: «clear» cases, «borderline» cases y «pivotal» cases”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, 2007, pp. 355-417; “Deber judicial de resolución y casos difíciles”, *Panóptica-Revista Académica de Direito*, Vitória (Brasil), núm. 18, marzo-junio de 2010, pp. 40-60.

²² Asís Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

Podemos afirmar que a esta concepción obedece la fórmula acuñada por Montesquieu según la cual el juez es “la boca de las palabras de la ley”.²³

II. FUNCIÓN JUDICIAL Y CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO CUBANO

La tendencia constitucionalista en Cuba va presentando manifestaciones ya en tempranas épocas del siglo XIX con matices y características diferentes en cada momento, llegando incluso a tener manifestaciones de separatismo revolucionario, caracterizado por las beligerancias anticoloniales.

A este respecto, debemos señalar que en un primer momento el constitucionalismo revolucionario cubano se encuentra enmarcado en el contexto de las guerras anticoloniales. A esta época pertenecen cuatro leyes constitucionales que han sido conocidas como “Constituciones mambisas”, vigentes durante la República en Armas. Me refiero concretamente a la Constitución de Güaimaro, aprobada el 10 de abril de 1869; la Constitución de Baraguá, aprobada el 15 de marzo de 1878; la Constitución de Jimaguayú, aprobada el 16 de septiembre de 1895; y, por último, la Constitución de Yaya, aprobada el 29 de septiembre de 1897.

Pues bien, cada una de las Constituciones mambisas dejaron una impronta diferente en la regulación del sistema judicial cubano. En el caso de la Constitución de Güaimaro, declaraba en su artículo 22 la independencia del aparato judicial y la regulación de su organización por una ley especial, la cual fue promulgada por la Cámara de Representantes, del poder revolucionario en armas, con la denominación de Ley de Organización Judicial. Pero esta Constitución se vio cercenada con la firma del tristemente célebre Pacto del Zanjón, por medio del cual, luego de haber sido disuelta la Cámara de Representantes, condujo a la Protesta de Baraguá,²⁴ de la que surgió la segunda de las Constituciones mambisas.

Este segundo texto constitucional, la Constitución de Baraguá, redactado por los mismos protagonistas que escenificaron la Protesta mencionada, constituía en esencia un documento breve en razón de los difíciles momentos en el que fue configurado, que no se prestaban a dar cabida a una ley de tan elevado rango que fuera muy elaborada. De lo que resultó un conjunto

²³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, cit.

²⁴ Esta protesta fue protagonizada por el general Antonio Maceo Grajales en mangos de Baraguá, en contraposición a lo acordado en el Pacto del Zanjón, el cual establecía el cese de las hostilidades y un grupo de concesiones, donde no se pactaba la libertad e independencia de Cuba y la abolición de la esclavitud.

mínimo de normas y técnicamente sencillas adaptadas al contexto de los combatientes que no aceptaron el Pacto. Esta Constitución de Baraguá estuvo vigente sólo por 74 días, a causa de la disolución del gobierno creado por ella. Estaba integrada por sólo seis artículos, en los que se establecería la existencia de un único poder soberano (el poder revolucionario), contemplando también la organización de un Poder Judicial al que declaraba independiente, y que residía en consejos de guerra. Tal como afirma Juan Vega, esto sólo “es una concesión a las viejas ideas, puesto que el único poder revolucionario sería ejercido por cuatro ciudadanos que designarían a un General en Jefe para dirigir las operaciones militares”.²⁵

La tercera Constitución mambisa, la Constitución de Jimaguayú, como cuerpo constitucional elaborado, se corresponde con un momento de mayor desarrollo y experiencia constitucional, dado el rodaje de atrás con las dos Constituciones anteriores, “por eso podemos decir que esta Constitución fue redactada por hombres más maduros, más realistas, que vieron claramente que su propósito no podía ser otro que contribuir al logro de los objetivos de la nueva guerra anticolonial que acababa de comenzar”.²⁶ Esta ley fundamental establece un poder revolucionario y configura de forma sólida el ejercicio de las funciones legislativas y ejecutivas. Respecto a la función judicial, “aunque el artículo 23 postula que el poder judicial procederá con entera independencia de todos los demás, esta declaración es [más bien] formal pues inmediatamente dispone que su organización y reglamentación estarán a cargo del Consejo de Gobierno”.²⁷ En 1897 llega la extinción del término de vigencia de la Constitución de Jimaguayú, cuyo artículo 24 declaraba que regiría por un periodo de dos años a partir de su promulgación; por tanto, como correspondía desde la legalidad establecida, se llevaron a cabo elecciones a fin de realizar las tareas legadas por dicha Constitución.

La cuarta Constitución mambisa, la Constitución de la Yaya, se adopta como resultado del anterior proceso. Consiste en un texto cualitativamente superior que desde el punto de vista de la técnica legislativa presenta una mejor armadura constitucional. La parte orgánica de la Constitución instituye un único poder, el poder revolucionario, denominado Consejo de Gobierno, con funciones tanto ejecutivas como legislativas. Ahora bien, no se hace referencia a la existencia de un Poder Judicial, sino que se establece

²⁵ Vega Vega, J., *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*, La Habana, Editorial Ciencias Sociales, 1988, p. 26.

²⁶ *Ibidem*, p. 27.

²⁷ *Idem*.

que la administración de justicia en el ámbito criminal corresponderá a la jurisdicción de guerra, y en el ámbito civil a las autoridades civiles, teniendo lugar lo anterior en ambos casos con remisión a la ley. Se puede afirmar que a esta norma fundamental le asiste el mérito de haber sido la más técnica, completa y extensa de todas las Constituciones mambisas.

Con posterioridad a las Constituciones mambisas se adoptan varios textos, y de igual forma se inicia un periodo de vaivenes constitucionales, entre ellos la Constitución de 1901, periodo del cual, según afirma Ramón Infiesta —en su obra *Historia constitucional*—,

...en el período anterior a la Constitución de 1901, se da en el territorio cubano un fenómeno que él denomina *multiconstitucionalismo*, ya que se encuentra integrado por cinco regímenes constitucionales: la Constitución de la Yaya, en las tierras que ocupaba y dominaba el Ejército cubano; la Constitución autonómica dictada por España, en el territorio bajo el dominio de su ejército;²⁸ el gobierno establecido por Brooke en la Habana; las instrucciones que dictó el presidente norteamericano Mckinnley en 1888, que rigieron en la parte oriental del país; y la Constitución Leonard Wood, en Santiago de Cuba.²⁹

Pues bien, de toda esta época, un documento importante lo constituye la Constitución de 1940, cuyo artículo 1o. proclamaba que Cuba era un Estado independiente y soberano, organizándose como una república unitaria y democrática,³⁰ para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana.³¹ El título VIII de esta ley fundamental regulaba los órganos del Estado, y de forma inmediata el artículo 118 denominaba “Poderes” a estos órganos; esto es, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Por su parte, el título XIV se dedicaba al llamado Poder Judicial, integrado por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Superior Electoral y los demás tribunales y jueces que la ley estableciera. Proclamaba, para salvaguardar su independencia, que los miem-

²⁸ Varela Suances, J., *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

²⁹ Infiesta, R., *Derecho constitucional*, La Habana, Editorial Lex, 1954 (*cit. en Vega Vega, J., Derecho constitucional revolucionario en Cuba, cit., p. 33*).

³⁰ Robespierre, M. M. I., “Contra la Gironda” [1973], en *idem, La revolución jacobina*, trad. y prólogo de Jaime Fuster, Barcelona, Edicions 62, 1992, pp. 89-102.

³¹ Esta Constitución fue proclamada el 1 de julio de 1940, fue una de las más progresistas de América Latina en esos momentos y está impregnada de la nueva corriente del constitucionalismo social que se abría camino en aquel momento. No obstante, se debe señalar como aspectos negativos que era un texto demasiado extenso, en algunos aspectos demasiado detallista, que lo hacía parecer un reglamento.

bros de este poder no podían ser ministros del gobierno ni desempeñar funciones adscritas a los poderes legislativos y ejecutivos, y tampoco podían figurar como candidatos a ningún cargo electivo. Es a partir de la Constitución de 1940 cuando se proclama constitucionalmente que la justicia se imparte en nombre del pueblo en sustitución del postulado de que se ejercía en nombre de la República de Cuba. Los tribunales administraban justicia gratuitamente en todo el territorio nacional, y de los jueces y fiscales se proclamaba la independencia en el ejercicio de sus funciones, no pudiendo administrar justicia quienes no pertenecieran permanentemente al Poder Judicial, que, además, tenían que tener dedicación exclusiva sin dedicarse a ninguna otra profesión. Pero la existencia de esta norma se vio coartada por el golpe de Estado de 1952 de Fulgencio Batista, el cual promulgó los denominados Estatutos Constitucionales de la misma fecha y que estuvieron vigentes hasta febrero 1959, en que después de derribado el gobierno señalado, mediante la ley fundamental del 7 de febrero de 1959 de la República de Cuba, se retoma el curso constitucional y con readecuación se pone en curso la Constitución de 1940.

Con la adopción de la Ley Fundamental de febrero de 1959 se recupera el cauce constitucional. Esta norma le devuelve al pueblo la soberanía³² y restituye la Constitución de 1940. Por contener preceptos progresistas —los cuales, en verdad, nunca se aplicaron, como el que proscribía el latifundio— era susceptible sin embargo de dar cobertura constitucional a la toma de medidas económicas de contenido popular, tal como las rebajas de alquileres y del precio de algunos servicios públicos, y otras disposiciones jurídicas dirigidas contra la dominación política y económica según esta forma recuperar la soberanía nacional. Ahora, pues, la Constitución de 1940 estaba convertida en verdadera ley fundamental del Estado cubano hasta que el pueblo decidiera modificarla o sustituirla.

Tal como señalamos con anterioridad, la nueva Ley refiere en su artículo 1o., por primera vez de forma absolutamente cierta y clara, desde el inicio del siglo XX, que la soberanía residía en el pueblo y que de él procedían todos los poderes públicos; es decir, que en lo adelante el pueblo sería el verdadero y único poder en nuestro país. En cuanto a los poderes, continúa plasmando la clásica teoría de la división de poderes, con la diferencia de que el Legislativo no estaba encarnado en un órgano con específico y únicas referencias a la labor legislativa, sino que sería ejercido por el Consejo de Ministros. Mientras que el Ejecutivo lo era por el presidente de la República, asistido del Consejo de Ministros y teniendo uno de los ministros la cate-

³² Michelet, J., *El pueblo* [1846], México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

goría de primer ministro. Respecto a la función judicial, puede decirse que durante este periodo “sólo escapaba a la competencia del Consejo de Ministros la actividad judicial, dado que los órganos encargados de ello eran, según la Ley Fundamental, orgánicamente independientes y en su labor de impartir justicia sólo debían subordinación a la ley”.³³

Es relevante señalar que este texto constitucional utiliza una forma sui géneris de actualización, a partir del antecedente que constituían las sucesivas enmiendas o adiciones realizadas a la Constitución de Estados Unidos América; es decir, establece que paulatinamente se adoptarían nuevas normas y disposiciones normativas, y que las mismas serían disposiciones con rango constitucional, por lo cual quedarían incorporadas al texto constitucional;³⁴ o sea que a la ley fundamental de 1959, de tal forma que el texto constitucional era el adoptado en esa fecha, más las adiciones o modificaciones que iban realizando,³⁵ por lo cual quedó resuelta la necesidad de determinados cambios y su no permisibilidad por el texto constitucional. Esto tuvo lugar en el periodo de 1959 a 1976 —que es más bien un periodo de provisionalidad—, en el que las referidas enmiendas y adiciones constitucionales fueron siempre realizadas con el pleno respaldo del pueblo, nacidas

³³ García Cárdenas, D., *La organización estatal en Cuba*, Santiago de Cuba, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Imprenta Universitaria, 1982, p. 10. A pesar de las grandes modificaciones realizadas, que transformaban profundamente la naturaleza del Estado cubano, en el ámbito judicial se efectuaron algunos cambios que no fueron de gran envergadura, manteniéndose en un primer momento el conjunto de leyes civiles y penales, tanto sustantivas como procesales, con determinadas y necesarias modificaciones, todo lo cual se fue transformando evolutivamente, garantizando así, en este orden, que el proceso revolucionario, desde un inicio, estuviera regido por la ley.

³⁴ “De la reforma de la Constitución”: “artículo 232. La Ley Fundamental podrá reformarse por el Consejo de Ministros, en votación nominal, con la conformidad de las dos terceras partes de sus componentes, ratificadas en igual votación en tres sesiones sucesivas, y con la aprobación del Presidente de la República”.

³⁵ Aquí pueden verse algunas de las modificaciones relacionadas con el sistema judicial: Ley de Reforma Constitucional del 29 de junio de 1959 (*Gaceta Oficial Ordinaria* núm. 122, del 6 julio de 1959), modificó el artículo 25 de la ley fundamental y posteriormente volvió a ser transformada por la Ley de Reforma Constitucional, del 13 de junio de 1973 (*Gaceta Oficial Ordinaria* núm. 12, del 21 de junio de la misma fecha), que planteaba la excepcionalidad de la pena de muerte y la garantía de un reexamen de oficio por autoridad suprema en el orden judicial. La Ley de Reforma Constitucional del 20 de diciembre de 1960 (*Gaceta Oficial Ordinaria* Extraordinaria núm. 26, de la misma fecha), modificó la ley fundamental en lo que se refiere a la retroactividad de las leyes. Y la Ley de Reforma Constitucional del 13 de junio de 1973 (*Gaceta Oficial Ordinaria*, núm. 12, del 21 de junio de 1973), cambio la denominación de Tribunal Supremo de Justicia por la de Tribunal Supremo Popular, y la correspondiente al título del sistema judicial, que en lo adelante tendría como nombre “De los tribunales y la Fiscalía”.

del ejercicio directo de la democracia, a través de las cuales se aprobaron importantes decisiones de la vida política del país. Sea el caso de la Declaración de La Habana del 2 de septiembre de 1960, la cual fue parte del texto que rigió en nuestro país hasta el 24 de febrero de 1976, y de la Declaración de La Habana el 4 de febrero de 1962. A través de esta vía, “a partir del 3 de octubre de 1963, completas ya las adiciones al texto constitucional, el Estado estaba regido por una Constitución socialista”.³⁶ En la cual se mantuvo la antigua estructura del aparato judicial y se fueron creando paulatinamente, de acuerdo con las necesidades, nuevas jurisdicciones como las de los tribunales militares, los tribunales revolucionarios, los tribunales populares de base, los consejos de trabajo.³⁷

A finales de la década de 1960 fueron creadas —con Blas Roca Calderío al frente— las comisiones jurídicas, encargadas de realizar los estudios legislativos que tendrían como máximo escalón, aparte de la legislación a ellas encargada, la realización del anteproyecto de la Constitución que sería aprobada en 1976. Como resultado de los estudios realizados, se hizo necesario unificar el sistema judicial, dio a luz la creación del proyecto de las “Bases sobre la unificación de las jurisdicciones, principio y estructura del nuevo sistema judicial”, el cual dio origen a la Ley 1250/73, Ley de Organización del Sistema Judicial, aprobada por el Consejo Ministros, por la cual se creó un sistema único de tribunales para todo el país.³⁸ En cuanto a la subordinación, se establece que los tribunales de justicia estarán subordinados jerárquicamente al Consejo de Ministros, lo cual puede tener como fundamento la ostentación por dicho Consejo de la facultad legislativa en el país. Aunque se establecían una serie de garantías y principios para el ejercicio de sus funciones, entre las cuales se encontraban: la obligación de los organismos estatales y las entidades públicas de cumplir y hacer cumplir los fallos, resoluciones y decisiones firmes de los tribunales, dictados dentro de los límites

³⁶ Vega Vega, J., *Derecho constitucional revolucionario en Cuba, cit.*, p. 102. Cfr. Miliband, R., “Marx y el Estado”, en Cerroni, U. et al., *Marx, el derecho y el Estado*, introducción, traducción y adaptación de Juan Ramón Capella, Barcelona, Oikos-Tau Ediciones, 1979, pp. 49-76.

³⁷ Fernández Bulté, J., “Tras las pistas de la Revolución en cuarenta años”, *Revista Temas*, núms. 16 y 17, octubre de 1998- junio de 1999.

³⁸ En la citada Ley existía un aspecto que es digno de destacar, y es la inclusión en el texto, en títulos separados, de los tribunales y la Fiscalía, reafirmando la estrecha relación que los une, mas ello no implicaba en lo más mínimo que sus funciones fueran las mismas. Dicha ley comenzaba expresando en su artículo 1o., que el sistema judicial se organizaba por los principios socialistas de la Revolución cubana; de igual forma, declaraba que la justicia emana del Poder Revolucionario Socialista, el que sería ejercido por el Tribunal Supremo Popular, tribunales provinciales populares, tribunales regionales populares, tribunales y cortes militares y tribunales populares de base.

de su competencia; la obligación de los tribunales de interpretar y aplicar las leyes vigentes en forma consecuente con los principios revolucionarios; la prohibición a los tribunales de negarse a fallar o a cumplir y aplicar las leyes vigentes con cualquier pretexto; la impartición de la justicia en forma gratuita; la pronunciación de los fallos en nombre del pueblo de Cuba; la independencia de los jueces y su única sumisión a la ley y las vistas públicas, excepto en los casos previstos en la ley.³⁹

III. FUNCIÓN JUDICIAL Y ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

Para ver cómo se configura actualmente la función judicial en el ordenamiento jurídico hay que acudir a la Constitución de 1976, la actual ley fundamental de Cuba.⁴⁰ Hay que tener en cuenta que después del periodo de diecisiete años comprendido desde 1959 hasta 1976, dominado en mayor medida por la provisionalidad, había llegado el momento de institucionalizar constitucionalmente el régimen creado con anterioridad. En la actualidad existen criterios que plantean que el régimen que instituye la Constitución de 1976, que es la actual Constitución de Cuba, ya estaba creado con anterioridad a la adopción de la misma, criterio que considero muy acertado. En esta Constitución queda abolido el llamado Poder Judicial, ya que la formulación que ahora adquiere el sistema de justicia es la semejante a la instaurada en los Estados socialistas, donde la justicia es administrada por tribunales que constituyen órganos del poder del pueblo y del Estado socialista. Aquí, los tribunales tienen como función esencial velar por el cumplimiento de la ley y asegurar la estricta observación de la legalidad socialista.⁴¹

³⁹ Esta Ley orgánica establecía los requisitos que debían reunir los aspirantes a desempeñar el cargo de juez profesional de cualquier tribunal de justicia, entre los que se encontraban la habilitación para el ejercicio de la abogacía por título expedido por una Universidad Nacional, ser cubano de nacimiento o por naturalización, ser poseedor de buenas condiciones morales y de buen concepto público, además disponía que los aspirantes a ingresar al sistema de tribunales debían haber ejercido la abogacía, prestado funciones, fiscales, prestado servicios como asesor legal de los organismos estatales o haber impartido docencia universitaria en las escuelas de ciencias jurídicas del país, por determinado periodo de tiempo, en dependencia de la instancia judicial de que se tratase, al igual que señalaba la edad a mínima para ingresar a los mismos.

⁴⁰ Es la Constitución vigente en Cuba, con tres reformas constitucionales, en 1978, 1992 y 2002.

⁴¹ El sistema judicial se organiza conforme al principio de que todos los jueces, tanto los profesionales como los legos, son elegidos, independientes, responsables y revocables; todos los cargos, desde el más alto hasta el más bajo, son elegibles por las asambleas correspondientes del Poder Popular; no se instituye la carrera profesional de ingreso al sistema judicial.

En lo concerniente a la independencia judicial, tal como afirma el Profesor Álvarez Tabío, “ésta descansa en el principio de que en el momento de dictar sentencia, los jueces sólo deben obediencia a la ley; pero en la interpretación y aplicación de la norma legal, deberán hacerlo en forma consecuente con los principios socialistas”.⁴² Ahora bien, a diferencia de la anterior normativa, la regulación establecida, la Ley 4 “Ley de Organización del Sistema Judicial”, del 10 de agosto 1977, dispone que los tribunales, además de disfrutar de independencia funcional, están *subordinados* jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular, parlamento cubano y al Consejo de Estado. En esta ley continúa el principio de unión en un mismo cuerpo legal, aunque en títulos separados, del sistema de tribunales y la fiscalía.⁴³ Asimismo, en esta normativa la función jurisdiccional, que antes dimanaba del poder revolucionario y ahora del pueblo, es ejercida en su nombre por Tribunal Supremo Popular, tribunales provinciales populares, tribunales municipales populares y tribunales militares, siendo el Tribunal Supremo la máxima autoridad judicial en el país.⁴⁴

⁴² Álvarez Tabío, F., *Comentarios a la Constitución socialista*, La Habana, Pueblo y Educación, p. 366.

⁴³ Con relación a la configuración judicial, a partir de la adopción de la Constitución se promulgan diversas disposiciones normativas, con el objetivo de desarrollar los presupuestos que en dicha Constitución fueron establecidas, en el ámbito judicial, el 10 de agosto 1977 se emite la Ley 4, “Ley de Organización del Sistema Judicial”, que deroga y sustituye a la Ley 1250 de 1973; la adopción de esta nueva ley orgánica responde a la necesidad de ajustar la organización judicial a disposiciones relacionadas con la elección y revocación de los jueces por las asambleas del poder popular, la incorporación de la justicia laboral a su competencia y a la nueva división político-administrativa, la cual eleva a catorce el número de provincias, establece la existencia de 169 municipios, además de eliminar la categoría de regiones, lo que determina cambios en el número de tribunales, instancias y competencias de los tribunales. En dicha ley se realizan también transformaciones en lo relacionado con la estructura del sistema de tribunales existente hasta ese momento, pues no establecía tribunales municipales, sino tribunales regionales y populares de base, por lo que en la nueva división político-administrativa desaparecen éstos y surgen los denominados tribunales municipales populares, y se instauran en cada una de las catorce provincias tribunales provinciales populares.

⁴⁴ Los requisitos generales exigidos por la ley para ser elegido presidente o vicepresidente de tribunal, presidente de sala o juez profesional, eran los siguientes: estar habilitado para el ejercicio de la abogacía por título expedido o revalidado por universidad o institución oficial autorizada, ser ciudadano cubano por nacimiento o naturalización, tener integración revolucionaria activa, poseer buenas condiciones morales y gozar de buen concepto público. Además de estos requisitos generales o de forma se exigen otros requisitos relacionados con la experiencia o tiempo en el ejercicio de la abogacía y la edad, en dependencia de la instancia a que se pretenda ingresar; para los que establece ocho años de ejercicio, si la elección fuera para el Tribunal Supremo; cinco años de ejercicio, si la elección fuera para un tribunal provincial popular; tres años de ejercicio, si la elección fuera para un tribunal municipal.

Siguiendo ese mismo proceso de desarrollo y perfeccionamiento de la estructura judicial, el Legislativo promulgó, contando ya con el antecedente de las dos anteriores leyes de organización del sistema judicial, en la época revolucionaria, la Ley 70, que tiene la virtud de ser una ley orgánica exclusivamente para los tribunales, ya que la misma deroga solamente el título referente al sistema de tribunales, manteniendo vigente el título correspondiente a la fiscalía. En ella se mantiene el principio de independencia funcional y el principio de subordinación jerárquica de los tribunales a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado. Se reafirma que la función de impartir justicia dimanaba del pueblo y es ejercida por el sistema de tribunales que se instituyen en tal normativa.

Finalmente, para observar cómo se configura la función judicial en el ordenamiento jurídico cubano hay que hacer también alusión a la reforma constitucional de 1992. La Asamblea Nacional del Poder Popular, mediante la Ley de Reforma Constitucional de 1992, y acorde con su propia preceptiva al respecto, introdujo modificaciones a la Constitución de 1976, para las cuales se acogió la experiencia de más de quince años de vigencia de la Constitución y se atemperó su texto a las circunstancias y cambios habidos en Cuba y en el mundo hasta ese momento, perfeccionando así nuestra organización institucional. Puede decirse que la reforma constitucional de 1992 no realiza cambios sustanciales en lo que al sistema de tribunales se refiere, sino que únicamente elimina de su texto el artículo correspondiente a los principales objetivos de la actividad de los tribunales.

La Asamblea Nacional del Poder Popular aprueba la Ley 82, Ley de los Tribunales Populares, del 11 de junio de 1997, que deroga la anterior vigente desde 1990. En la nueva ley, el Tribunal Supremo Popular sigue siendo la máxima autoridad judicial en todo el territorio nacional; además, se mantienen los principios concernientes a la independencia funcional de los tribunales y su subordinación jerárquica a la Asamblea Nacional Poder Popular y al Consejo de Estado, también la independencia y obediencia a la ley de los jueces en su función de impartir justicia. El pueblo sigue siendo el sujeto de quien dimana la función de impartir justicia, que es ejercida por la misma estructura de los tribunales anteriormente vigente y los principios sobre la actividad de los mismos que, eliminados de la Constitución, aparecen ahora en esta ley orgánica.⁴⁵

⁴⁵ En la nueva ley, al igual que la 70, se realiza un desglose de las diferentes categorías de jueces profesionales, los que son elegidos en dependencia de la instancia a que correspondan: el presidente y los vicepresidentes del Tribunal Supremo Popular son elegidos por la Asamblea Nacional del Poder Popular; los presidentes y demás jueces profesionales que deben integrar las salas del Tribunal Supremo Popular son elegidos por la Asamblea Nacional del Poder Po-

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva, a la hora de analizar cómo se conforma la función judicial en el sistema jurídico cubano pueden obtenerse algunas conclusiones de interés:

Así, en primer lugar, en la actualidad existen criterios que plantean que el sistema judicial que instituye la vigente Constitución de 1976 ya estaba creado con anterioridad a la adopción de la misma, criterio que considero muy acertado.

En segundo lugar, siguiendo la mayor tradición jurídica latinoamericana y la europeo-continental, cuyo origen se encuentra en la doctrina judicial emanada de la Revolución francesa, en la que se da prioridad a los criterios hermenéuticos subjetivos de interpretación, en el sistema jurídico cubano la tarea del juez se reduce a la de mero aplicador del derecho creado por el legislador. De este modo, la práctica judicial está regida por el principio de legalidad; esto es, que los jueces sólo deben obediencia a la ley en el momento de dictar sentencia y, por tanto, han de emitir sus resoluciones de acuerdo con el derecho (vigente). Pero en la tarea de interpretación y aplicación de las normas legales los jueces no sólo deberán actuar en forma consecuente con el principio de legalidad del sistema jurídico cubano, sino que también habrán de tener en cuenta los principios (socialistas) que sustentan e inspiran a dicho ordenamiento jurídico.

Y, en tercer y último lugar, en honor a la verdad, debemos decir que concordamos parcialmente con la aseveración del fallecido profesor Álva-

ular, a propuesta del presidente del Tribunal Supremo Popular; con excepción del presidente y demás jueces profesionales y legos que deben integrar la Sala de lo Militar; que son elegidos a propuesta conjunta del ministro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del presidente del Tribunal Supremo Popular; los presidentes, vicepresidentes, presidentes de salas y demás jueces profesionales de los tribunales provinciales populares son elegidos por las respectivas asambleas provinciales del Poder Popular, a propuesta del presidente del Tribunal Supremo Popular; los presidentes y demás jueces profesionales de los tribunales municipales populares son elegidos por las respectivas asambleas provinciales del Poder Popular, previo parecer del presidente de la Asamblea Municipal Poder Popular, a diferencia de la anterior disposición, que disponía que dichos jueces fueran electos por las asambleas municipales del Poder Popular, a propuesta del ministro de Justicia; en el caso de los tribunales populares del municipio especial Isla de la Juventud, sus presidentes, presidentes de salas y demás jueces profesionales son elegidos por la Asamblea Municipal Poder Popular, correspondiente al territorio, a propuesta del presidente del Tribunal Supremo Popular; los jueces legos del Tribunal Supremo Popular, de los tribunales provinciales populares y de los tribunales municipales populares son elegidos por las respectivas asambleas del Poder Popular, de las candidaturas que al efecto les presenten las comisiones de selección de candidatos y de elaboración de candidaturas de jueces legos, en las diferentes instancias; los jueces legos de los tribunales populares del municipio Especial Isla de la Juventud son elegidos por la Asamblea del Poder Popular de ese territorio, que les presente la comisión formada a ese efecto.

rez Tabío en el sentido de que esta variante de independencia judicial que pudiera denominarse “independencia de conciencia” o “a título personal”, siempre acompaña a los jueces aunque no esté recogida en el texto, a menos que a la hora de dictar sentencia se ejerza coacción directa sobre él; pero ésa no es la independencia que realmente asegura la no intervención o injerencia de otros órganos o poderes en el ejercicio de la función judicial. Y tampoco es la que brinda a los ciudadanos un efectivo mecanismo de seguridad jurídica en cuanto al ejercicio pleno de sus derechos, en casos donde la contraparte o interesado pueda ocasionalmente ser un ente dotado o con determinada influencia sobre el mecanismo judicial. Por lo tanto, siempre deben instrumentarse los mecanismos que garanticen la independencia judicial, por la sencilla pero absoluta razón de que eso significa dotar a la Constitución de los necesarios mecanismos jurídicos que posibiliten la existencia de un sistema jurídico en el que los jueces pueden resolver los asuntos judiciales en perfecta concordancia con la ley sin la intervención de ningún órgano del Estado ni de funcionarios o ciudadanos.

REFORMA DEL ABORTO EN ESPAÑA

Patricia LAURENZO COPELLO*

SUMARIO: I. *La reapertura del debate*. II. *Los nuevos argumentos jurídicos: aborto y derechos reproductivos*. III. *Las características del nuevo sistema*.

I. LA REAPERTURA DEL DEBATE

En el invierno de 2007 se sucedieron en España una serie de denuncias contra clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo bajo el alegato de un fraude sistemático de la legislación penal en la materia. Esta ofensiva desembocó en la inculpación penal de varios médicos y personal auxiliar de las clínicas investigadas y arrastró igualmente a un buen número de mujeres que, en detrimento de su intimidad, se vieron expuestas a indagaciones policiales y judiciales por supuesto aborto ilegal.

Estos sucesos pusieron de manifiesto la incapacidad de la legislación sobre el aborto vigente en España desde 1985 para garantizar la confidencialidad de las mujeres y la seguridad jurídica del personal sanitario, al tiempo que reavivaron las demandas del feminismo en favor de un modelo de interrupción voluntaria del embarazo basado en la autonomía de las mujeres para decidir cómo, cuándo y con quién reproducirse. Todo ello desembocó en el anuncio del gobierno socialista de elaborar un nuevo marco normativo en sustitución del ya obsoleto artículo 417 bis que contenía un limitado sistema de indicaciones.¹

* Catedrática de derecho penal, Universidad de Málaga, España.

¹ En 1985 se aprobó en España una importante reforma del aborto, que lo despenalizó en tres supuestos: cuando concurra un grave peligro para la vida o salud de la mujer (indicación terapéutica); cuando el embarazo provenga de una violación (indicación ética); y cuando existan motivos fundados para prevenir graves taras físicas o psíquicas en el feto (indicación embriopática).

Con el fin de preparar la reforma y conocer en profundidad la situación del aborto en la sociedad española, el pleno del Congreso de los Diputados aprobó el 16 de octubre de 2008 la creación de una subcomisión especial destinada a evaluar y elaborar unas conclusiones sobre la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo, conclusiones que fueron presentadas a finales de febrero de 2009 con el apoyo del grupo socialista y otros grupos políticos minoritarios y la oposición del conservador Partido Popular —que se pronunció a favor del mantenimiento de la legislación en los términos actuales y de un estricto control de su aplicación en la práctica médica—. De forma paralela, el Ministerio de Igualdad constituyó un Comité de Personas Expertas para elaborar un “informe sobre la situación de la interrupción voluntaria del embarazo en España y propuestas para una nueva regulación”, que se hizo público el 5 de marzo de 2009.²

Ambos documentos coincidieron en proponer la sustitución del actual sistema de indicaciones por un modelo de plazos, con el fin de garantizar la autonomía de las mujeres para decidir sobre su embarazo durante la fase inicial de la gestación —en torno a las catorce primeras semanas—. De forma complementaria, los informes propusieron la creación de dos indicaciones destinadas a captar los supuestos de detección tardía de riesgos para la vida o salud de la embarazada o anomalías fetales graves. El Informe del Comité de Personas Expertas propuso que estas dos indicaciones operaran únicamente en las primeras veintidós semanas de gestación, coincidiendo con el inicio de la viabilidad extrauterina que hace posible un parto prematuro inducido sin necesidad de destrucción del feto. De modo excepcional, el Comité contempló la licitud del aborto incluso en una fase más avanzada de la gestación cuando se detecten en el feto anomalías incompatibles con la vida.

La otra gran novedad de estas propuestas consistió en sustraer la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo del contexto del Código Penal, por considerar que se trata de un asunto de salud pública que requiere un tratamiento integrado con otras políticas de salud sexual y reproductiva totalmente ajenas al ámbito punitivo.

Como era de esperar, estas iniciativas reabrieron el viejo enfrentamiento entre partidarios y detractores del aborto, con la inevitable mezcla de razones jurídicas, morales y religiosas que siempre le han acompañado. Sin embargo, por lo que se refiere al debate estrictamente jurídico —y dejando

² El informe íntegro puede consultarse en <http://www.migualdad.es/noticias/pdf/INFORMECOMITE050309.pdf>. Como integrante de este Comité tuve la posibilidad de conocer muchos de los datos y argumentos que se exponen en este trabajo.

a un lado las posturas más radicales de los sectores antiabortistas— resulta esperanzador el cambio de enfoque que se ha producido en los últimos tiempos. Frente a las irresolubles disputas sobre el valor de la vida anterior al nacimiento que monopolizaron el discurso jurídico de los años ochenta, en esta nueva etapa las divergencias sobre el valor intrínseco del embrión han cediendo protagonismo a nuevos argumentos vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y al significado que el embarazo tiene para ellas.

El modo en el que se abordó la gestión política de la nueva reforma es un buen ejemplo de ese cambio de enfoque. No es casual, en efecto, que la elaboración y coordinación del proyecto de ley se encomendara en esta ocasión a un ministerio tan asociado a las demandas del feminismo como es el de Igualdad; como tampoco lo es que la subcomisión parlamentaria creada en 2008 funcionara en el ámbito de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados. Con ello se hizo patente la opción política por vincular el tratamiento legal del aborto no sólo al estatuto jurídico del embrión —como sucedió en el proceso legislativo que concluyó en 1985— sino, además, y en primera línea, con el estatuto de igualdad de las mujeres.

Este proceso ha finalizado recientemente con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo,³ cuya entrada en vigor está prevista para julio de 2010.

II. LOS NUEVOS ARGUMENTOS JURÍDICOS: ABORTO Y DERECHOS REPRODUCTIVOS

En el proceso de reforma del aborto que desembocó en la nueva Ley de Salud Sexual y Reproductiva se detecta un cambio significativo en el enfoque del debate. A diferencia de lo que sucedió en la década de 1980, época en la que todas las miradas se dirigían al embrión —ya fuera para reducirlo a una parte del cuerpo de la mujer o para reconocerle idéntico valor que a la vida humana posterior al nacimiento—, en esta nueva etapa ha adquirido especial protagonismo la perspectiva de la mujer embarazada.

Incluso los grupos conservadores —claramente contrarios a cualquier ampliación del sistema de indicaciones— se han mostrado “compresivos” con las mujeres que interrumpen el embarazo, lo que les ha llevado a cambiar el tradicional discurso que las identifica con asesinas despiadadas —tal

³ Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 4 de marzo de 2010, disponible en <http://boe.es>.

como las describían los sectores antiabortistas más radicales en los años ochenta— por una perspectiva victimista, que observa a estas mujeres como víctimas de una situación injusta, de una sociedad egoísta que no las ampara, que las deja solas frente a un drama personal. Y ello porque, bajo su punto de vista, el aborto siempre es malo para las mujeres “porque su naturaleza está preparada para dar vida, no para quitarla ya que la mujer es madre desde que concibe”.⁴

Ciertamente, estos planteamientos incurren en el defecto de partida de considerar a las mujeres como “máquinas reproductoras”⁵ biológica y afectivamente determinadas, un enfoque propio del pensamiento patriarcal, que limita de entrada las posibilidades de autorrealización femenina al supeditar sus perspectivas vitales a una especie de mandato de la naturaleza llamado a encauzar su futuro. Pero aun así, resulta esperanzador que no se insista en identificar el aborto, sin paliativos, con un acto criminal y, sobre todo, que se reconozca que un embarazo no deseado implica siempre un serio conflicto personal para las mujeres. Estas consideraciones suponen un cambio significativo en el modo de observar el aborto consentido, al que ahora se valora como un asunto complejo, en el que, además de la vida prenatal, entra en juego también la integridad personal de las propias mujeres.

Aunque, sin duda, el cambio de enfoque más decisivo se produjo del otro lado del escenario político. En consonancia con las directrices trazadas en el ámbito europeo e internacional, los sectores progresistas propusieron una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo directamente vinculada con las estrategias públicas sobre salud sexual y reproductiva, prestando especial atención a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. De esta manera, se superó la visión unilateral que primó en la reforma de 1985 —centrada únicamente en el valor intrínseco del embrión— para dar entrada también a la perspectiva de las mujeres que en un momento de sus vidas se enfrentan a un embarazo no deseado.

Esta nueva mirada ha permitido introducir en la valoración jurídica del aborto un elemento autónomo que hasta ahora permanecía en la oscuridad: el derecho de las mujeres a la sexualidad. El planteamiento es claro: las mujeres sólo pueden aspirar a una sexualidad totalmente libre —y, por tanto, en condiciones de igualdad con los hombres— si tienen el poder de controlar por sí mismas los eventuales efectos del ejercicio de esa sexuali-

⁴ Voto particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo (16 de febrero de 2009).

⁵ Pitch, Tamar, *Un derecho para dos*, Madrid, Trotta, 2003, p. 78.

dad, entre los que se encuentra un posible embarazo. De ahí que se les deba garantizar el acceso pleno a los medios anticonceptivos menos agresivos y más eficaces para planificar su reproducción. Pero, también, si se encuentran con un embarazo, debe asegurarse a las mujeres un ámbito de autonomía suficiente para decidir por sí mismas sobre la continuación o no de la gestación. Sólo así podrán aspirar a tener el control pleno del ejercicio de su propia sexualidad.

En la base de este enfoque se encuentra la consideración del embarazo como una consecuencia de la fertilidad potencial de las mujeres —esto es, la posibilidad de procrear que tienen casi todas las mujeres que practican sexo heterosexual en determinadas franjas de edad—, un hecho que no siempre ni necesariamente viene asociado al deseo de la maternidad —es decir, al deseo de tener y criar un hijo o una hija—. ⁶ Este punto de vista, propio del feminismo, se distancia de la muy arraigada pauta cultural que identifica el embarazo con el surgimiento instintivo de un deseo irrefrenable de ser madre, una amalgama que siempre acaba por culpabilizar —o, en el mejor de los casos, por victimizar— a la mujer que interrumpe un embarazo no deseado. Frente a ese supuesto mandato de la naturaleza, al embarazo aparece aquí como una consecuencia posible del ejercicio de la sexualidad femenina, una consecuencia que ciertamente muchas mujeres asumen gustosas haciendo efectivo su deseo de ser madres. Mas no todas.

Esa relación entre derechos sexuales y embarazo ha estado muy presente en la normativa internacional y europea de los últimos años, que ha avanzado de forma notable hacia el reconocimiento pleno de los derechos reproductivos de las mujeres, incluida su capacidad para decidir cómo, cuándo y con quién reproducirse. En esta línea, cabe citar el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas, celebrada en El Cairo en 1994, donde se afirma que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”. También la Plataforma de acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en 1995, proclama que “los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener el control y a decidir libre y responsablemente sobre temas relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva...”. De modo aún más explícito, la resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI) “recomienda que, para proteger la salud reproductiva y

⁶ *Ibidem*, p. 82.

los derechos de las mujeres el aborto sea legal, seguro y accesible a todas las mujeres”.⁷

En suma, el reciente debate sobre una posible reforma de la interrupción voluntaria del embarazo en España ha cambiado de punto de mira y, sin olvidar la debida consideración a la vida prenatal, ha vuelto la vista hacia la situación de las mujeres que deciden abortar. Así, los distintos criterios que hoy se sostienen sobre el tratamiento jurídico que debería darse al aborto no son ajenos a las versiones encontradas sobre el modo de concebir el sentido del embarazo en el mundo femenino.

Quienes entienden que todas las mujeres por su propia naturaleza están predeterminadas a la maternidad e identifican por ello de modo pleno embarazo y deseo de tener hijos —como las dos caras de una misma moneda—, lógicamente califican al aborto como algo malo en sí mismo y bajo cualquier circunstancia, incluso cuando la embarazada manifiesta de modo claro su decisión de interrumpir la gestación. Por ello, el aborto será siempre un mal que debe intentar evitarse a las mujeres, aunque ello exija ponerles trabas incluso acudiendo al ámbito punitivo. Una ley estricta de prohibición del aborto representaría así un bien para las mujeres, en tanto les evitaría la tentación de recurrir a una vía desesperada, que siempre repercutirá en un drama personal para ellas.

Por el contrario, quienes asocian el embarazo con la fecundidad femenina potencial observan al aborto como uno de los medios para superar los obstáculos que pueden encontrar las mujeres en el ejercicio libre de su sexualidad. Aunque no como una alternativa más, ni tampoco la primera. Al contrario, todos los instrumentos internacionales que asumen esta perspectiva dejan claro que en ningún caso ha de promoverse el aborto como un método de planificación familiar,⁸ y que las estrategias públicas han de orientarse a reducir el número de abortos. Pero si llega el caso de un embarazo no deseado, las mujeres han de tener la posibilidad de decidir por sí mismas en determinadas condiciones y dentro de un plazo razonable, porque sólo de ese modo tendrán el poder de controlar de forma plena su propia sexualidad, sin temor a posibles consecuencias penales por los efectos asociados a esa parcela de su vida personal. Ello explica igualmente la tendencia internacional a promover la no punición de las mujeres incluso en casos de abortos ilegales. El Comité CEDAW sugiere que “en la medida de

⁷ Recomendación 12.

⁸ Así, el apartado 8.25 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de las Naciones Unidas, El Cairo, la 1994, y Recomendación 8 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre salud sexual y reproductiva y derechos en esta materia (2001/2128 INI).

lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”.⁹ En la misma línea, el Parlamento Europeo en 2001 hizo “un llamamiento a los Gobiernos de los Estados miembros y países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes se les haya practicado un aborto ilegal”.¹⁰

Si echamos la vista atrás, está claro que en el proceso de reforma del aborto que tuvo lugar en España en los años ochenta primó —igual que en muchos otros países europeos— la versión que califica el aborto como un hecho intrínsecamente perverso que no sólo perturba a la sociedad en su conjunto, sino, sobre todo, a la propia mujer que interrumpe su gestación, frustrando su natural vocación maternal y cargándola para el resto de sus días con una culpabilidad y angustia difíciles de superar. Sobre este paradigma se asienta el sistema de indicaciones que ha estado vigente en la legislación española desde 1985, cuya base estratégica reside en el principio de prohibición penal del aborto —incluso del consentido— como manifestación de la desaprobación ética y social de este tipo de prácticas. Una prohibición que sólo cede cuando aparecen circunstancias externas a la voluntad de la mujer que a ojos de la sociedad son aún peores que el propio aborto —como una situación de riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o una violación o, en fin, alguna clase de malformación fetal grave que hace insoportable o muy difícil la crianza del hijo—.

En este modelo los límites del aborto permitido se deciden al margen del ámbito de autonomía de las mujeres. Nadie tiene en cuenta su posición frente al embarazo, sus conflictos vitales ni sus deseos respecto de la maternidad. En el sistema de indicaciones el papel de la embarazada queda reducido al de mera peticionaria de una intervención médica, cuya oportunidad y posibilidad deciden otros —el propio legislador que decide por ella bajo qué condiciones un conflicto personal adquiere una entidad suficiente como para hacer inexigible la continuación del embarazo; también el médico, que determina si se dan las circunstancias descritas en el supuesto legal; e incluso el juez, que conserva la facultad de valorar en última instancia si la situación que llevó a la mujer a abortar tenía o no la trascendencia suficiente para justificar la intervención—.

Como es obvio, un sistema de estas características, construido de espaldas a la embarazada, entra en contradicción con las nuevas corrientes que

⁹ Recomendación 24 del Comité CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) del 2 de febrero de 1999.

¹⁰ Recomendación 13 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre Salud Sexual y Reproductiva y Derechos en esta Materia (2001/2128 INI).

vinculan la libertad en el ejercicio de la sexualidad femenina con el poder de controlar su propia fecundidad. Reconocer a las mujeres el derecho al libre ejercicio de la sexualidad supone concederles —en términos razonables— la facultad de decidir cuándo, cómo y con quién reproducirse. Y esa facultad no es compatible con una legislación que impone el embarazo a las mujeres bajo amenaza penal, sin más excepciones que las establecidas por el legislador a partir de valoraciones externas que no tienen en cuenta la posición personal de la embarazada frente a la maternidad.

Eso explica que la nueva Ley de Salud Sexual y Reproductiva haya optado por sustituir el sistema de indicaciones por un modelo del plazo, cuya principal característica reside precisamente en dar cabida a la autonomía de la mujer como uno de los factores decisivos para la valoración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo. Pero no el único. El modelo del plazo es un sistema de regulación jurídica del aborto consentido, lo que significa que el legislador pone límites a la libertad de decisión de las mujeres. Y lo hace porque reconoce que en un aborto —aunque sea consentido— convergen intereses distintos que deben ser ponderados por el derecho para alcanzar un equilibrio aceptable desde el punto de vista de las valoraciones imperantes en la sociedad en un momento determinado. Estas son las reglas del juego que estableció el Tribunal Constitucional en 1985 cuando se pronunció sobre la legitimidad de la primera gran reforma del aborto (sentencia 53/1985).

Por eso, a la hora de construir una alternativa a la actual regulación del aborto era imprescindible tener en cuenta, también, la relevancia que nuestro ordenamiento concede a la vida prenatal, que en palabras del Tribunal Constitucional “encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución”, por lo que “constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”, si bien no es “titular del derecho fundamental” a la vida.¹¹ Ese encuadre constitucional da lugar, según el alto tribunal, al deber del Estado de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma”, y que, dado su carácter fundamental, “incluya también, como última garantía, las normas penales”.¹² En otras palabras: la condición de bien jurídico constitucional que el tribunal de garantías reconoce a la vida fetal obliga al Estado a concederle una tutela jurídica adecuada que en alguna medida alcance al derecho penal. Ello no

¹¹ STC 53/1985, fundamento jurídico 5. También STC 116/1999, fundamento jurídico 5.

¹² STC 53/1985, fundamento jurídico 7.

significa, sin embargo, que la vía penal deba ser la única forma de tutela, ni siquiera la preferente. Lo esencial es que del ordenamiento jurídico en su conjunto, incluido el derecho penal, se infiera con claridad una política pública respetuosa de la vida en gestación.

Todo ello sin perder de vista que, como también ha declarado el Tribunal Constitucional, la protección constitucional del embrión no tiene carácter absoluto y puede —y debe— ceder cuando entra en conflicto con otros intereses de la máxima jerarquía normativa, en particular si éstos alcanzan el rango de derechos fundamentales, como es el caso de la libertad, la vida y la integridad física de la mujer, en el marco del respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que consagra el artículo 10 de la Constitución española.¹³ De ahí que resulte indiscutible la legitimidad, dentro del sistema valorativo constitucional español, de una ley que establezca ciertos márgenes de licitud de la interrupción voluntaria del embarazo. De hecho, así lo reconoció el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1985 respecto del modelo de indicaciones.

En todo caso, y a diferencia de lo que pretenden los sectores antiabortistas, nada hay en las premisas trazadas por el Tribunal Constitucional que cierre las puertas al modelo del plazo. Primero, porque el alto tribunal nunca se ha pronunciado sobre este modelo, sino sólo sobre el sistema de indicaciones recogido en la ley de 1985, que fue la que se sometió a su juicio. Y, sobre todo, porque ninguno de los argumentos jurídicos que entonces elaboró el TC impide postular la legitimidad de otras alternativas. En este punto todavía permanecen abiertas casi todas las posibilidades, con exclusión, eso sí, de aquellas propuestas extremas que propugnan la total desaparición del delito de aborto del Código Penal.¹⁴ Fuera de los extremos, la legislación comparada ofrece un amplio abanico de posibilidades distintas al obsoleto sistema de indicaciones para regular la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo punto en común reside en la tendencia a compatibilizar un espacio suficiente de libertad de decisión de la mujer con ciertos mecanismos prácticos destinados a favorecer la maternidad y evitar, al mismo tiempo, futuros embarazos no deseados. Es decir, modelos de regulación del aborto pensados para compatibilizar y resolver el conflicto de intereses que supone un embarazo no deseado. En esa línea se sitúa la

¹³ STC 53/1985, fundamento jurídico 8.

¹⁴ Me refiero a quienes —anclados todavía en posturas del siglo pasado que negaban la presencia de vida humana en el embrión—, entienden que incluso la figura de aborto no consentido debería desaparecer del Código Penal, al tratarse de simples atentados a la integridad física y a la libertad de la embarazada, que encuentran suficiente acomodo en los delitos de lesiones y coacciones.

nueva Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo que se acaba de aprobar en España.

III. LAS CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO SISTEMA

La nueva Ley Orgánica responde a una política legislativa novedosa en España, que por primera vez reconoce de forma explícita la existencia de “derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva” de los ciudadanos (artículo 1o.), estableciendo una serie de obligaciones de los poderes públicos destinadas, en general, a garantizar un “estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad” en “un entorno libre de coerción, discriminación y violencia” (artículo 2o., b). Dentro de ese contexto, se regula la interrupción voluntaria del embarazo, a partir de una serie de premisas, que internaré esbozar en las líneas siguientes.

1. Una de las principales novedades del actual proyecto consiste en sustraer la regulación del aborto no punible del Código Penal para incluirla en una Ley de Salud Sexual y Reproductiva de amplio alcance.¹⁵

En la base de esta propuesta se encuentra la idea de que el aborto constituye un problema de salud pública directamente asociado a la ausencia de políticas de educación sexual adecuadas entre los jóvenes y a las dificultades que todavía encuentran amplios sectores de la población para practicar sexo seguro, con el correspondiente riesgo de embarazos no deseados. Estas conclusiones se ven avaladas por la tendencia ascendente del número de abortos en España —que llegaron a 112,238 en 2007—, entre los que destaca, por una parte, el crecimiento constante de las interrupciones del embarazo en adolescentes y, por otra, la fuerte incidencia de abortos en la población inmigrante. De hecho, la tasa de abortos en el grupo de edad de mujeres menores de veinte años se ha duplicado en la última década, pasando del 5.71% en 1998 al 13.79% en 2007,¹⁶ y sigue la línea ascendente. Del mismo modo, varios estudios apuntan a que entre el 40 y el 50% de los abortos que se practican en España en la actualidad corresponden a mujeres no españolas.¹⁷ Si bien no

¹⁵ Varios países europeos han optado por vincular la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a la normativa sanitaria antes que al Código Penal. Es el caso, por ejemplo, de Dinamarca, que regula esta materia en la Ley de Sanidad, o de Francia, que la incorpora al Código de la Salud Pública (libro II).

¹⁶ Se hace referencia a las tasas de IVE por 1,000 mujeres en edad fértil. Fuente: Ministerio de Sanidad y Consumo.

¹⁷ *La interrupción voluntaria del embarazo y los métodos anticonceptivos en jóvenes*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007, p. 32.

existen datos específicos sobre la nacionalidad de este grupo de usuarias, todo parece indicar que se trata fundamentalmente de mujeres inmigrantes que residen —de forma legal o no— en territorio español.

La realidad del aborto en la España actual está fuertemente asociada, por tanto, a defectos estructurales, que apuntan a la necesidad de desarrollar estrategias públicas de salud sexual y reproductiva destinadas a facilitar el pleno ejercicio de la sexualidad de la población en condiciones seguras y con información adecuada para planificar la reproducción.¹⁸

Por lo demás, este nuevo contexto legislativo resulta coherente también con la postura que vincula la interrupción voluntaria del embarazo con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, tal como se explicó en el apartado anterior. De hecho, la nueva Ley define a la salud reproductiva —siguiendo la normativa internacional— como “la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos” (artículo 2o., c), aspecto este último que enlaza con la interrupción voluntaria del embarazo.

2. En línea con la mayoría de los países europeos, la nueva normativa introduce en la legislación española el modelo del plazo, en virtud del cual se autoriza la práctica del aborto a petición de la mujer durante las primeras catorce semanas de gestación sin necesidad de alegar causa alguna, si bien han de cumplirse una serie de requisitos previos orientados a poner a la embarazada en condiciones de tomar una decisión informada y plenamente responsable.

Aquí reside el cambio principal del nuevo modelo, que abandona así el catálogo de circunstancias predeterminadas por la ley, propio del sistema de indicaciones, para dar mayor protagonismo a la voluntad de la embarazada. Este mismo camino ya lo recorrieron otras legislaciones de nuestro entorno, condicionadas, todas ellas, por el importante avance en el reconocimiento de los derechos de autonomía de las mujeres que se ha producido en las últimas décadas.¹⁹ En Europa acogen el modelo del plazo, con distintos matices.

¹⁸ En esta misma línea, el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona entiende que “la interrupción voluntaria del embarazo constituye un problema social (y) no sólo jurídico o sanitario” —Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo, 2008, disponible en www.bioeticayderecho.ub.es—.

¹⁹ Pionera en la línea de sustituir el modelo de indicaciones por el plazo fue Alemania, donde, tras un complejo proceso de reforma, se perfiló un sistema de plazo con asesoramiento, que ha servido de modelo a otras legislaciones. Me he referido ampliamente a este y otros sistemas alternativos a las indicaciones en *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*, 2005, disponible en www.fundacionalternativas.com/laboratorio.

ces, Alemania, Austria, Gran Bretaña, Francia, Finlandia, Suecia, Holanda, Italia, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca y Portugal.

Siguiendo la tendencia europea mayoritaria, la nueva ley española prevé que durante la fase inicial de la gestación —las primeras catorce semanas— la legitimidad del aborto gire fundamentalmente en torno a la petición de la propia embarazada, cuya decisión se respeta sin más condiciones que la de recibir información previa “relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad” (artículo 14) y el transcurso de un periodo de espera de tres días desde la recepción de estos documentos hasta la fecha de la interrupción del embarazo. De esta manera, el derecho reconoce a las mujeres un ámbito razonable de autonomía para decidir sobre una potencial maternidad, confiando en su responsabilidad para valorar la situación y para resolverla de forma adecuada. La entrega de información sobre ayudas públicas y derechos vinculados a la maternidad y la crianza de hijos e hijas, así como el periodo de espera, son mecanismos habituales en la legislación comparada que pretenden contribuir a que la embarazada pueda valorar su situación con pleno conocimiento de su entorno social y normativo, dotándola así de los instrumentos adecuados para tomar una decisión libre de presiones coyunturales.

El hecho de que se ponga el acento en los instrumentos públicos de apoyo a la maternidad es un claro indicador de la voluntad del Estado de favorecer por esta vía la continuación del embarazo, cumpliendo así con el deber de tutela de la vida en gestación que surge del ámbito constitucional. Se trata de un camino alternativo a la tradicional prohibición penal del aborto, pensado para tutelar la vida embrionaria con la mujer y no contra ella, como bien reconoció en su momento el Tribunal Federal Constitucional alemán.²⁰

3. Más allá del régimen general, la Ley contempla dos supuestos excepcionales en los que se permite abortar en fases más avanzadas de la gestación. Estas indicaciones pretenden captar ciertas situaciones en las que con posterioridad a la semana catorce surgen problemas importantes en el embarazo que pueden interferir en la inicial voluntad de procrear de la mujer. Tal es el caso de la aparición de algún riesgo grave para la vida o la salud de la embarazada o, también, el diagnóstico de graves anomalías fetales (artículo 15: interrupción del embarazo por causas médicas).

Por regla general, del aborto por estas causas sólo puede realizarse dentro de las veintidós semanas de gestación. Este límite coincide con el criterio médico de la viabilidad fetal; es decir, el momento a partir del cual se puede

²⁰ BVerfG, sentencia del 28 de mayo de 1993. Publicada en *JZ*, número especial, 1993.

realizar un parto inducido con amplias posibilidades de supervivencia del recién nacido. Distintas razones pueden justificar esta limitación.

En la indicación terapéutica, el motivo fundamental reside en que a partir del momento en el que el feto puede sobrevivir fuera del útero de la mujer ya no se plantea un auténtico conflicto entre la vida prenatal y la vida o salud de la embarazada, en la medida en que la ciencia médica permite atender ambos intereses sin sacrificar ninguno de ellos. Un parto inducido prematuro es suficiente aquí para contrarrestar el riesgo proveniente del embarazo y dejar el camino libre para la terapia que requiera la mujer. Piénsese, por ejemplo, en la detección de un cáncer que exija un tratamiento médico agresivo incompatible con el embarazo.

Más compleja resulta la justificación en el supuesto de graves anomalías fetales. Desde un punto de vista práctico, se alega que el plazo de veintidós semanas es suficiente, porque la mayoría absoluta de los casos pueden detectarse dentro de ese periodo, de tal manera que no es preciso esperar a fases más avanzadas del embarazo para ejecutar el aborto, si éste fuera necesario. Pero más allá de este argumento pragmático, lo cierto es que el momento de la viabilidad marca un hito importante en el desarrollo de la vida prenatal, porque a partir de entonces el feto ya está en condiciones de nacer y de integrarse a la sociedad sin depender para su evolución posterior de esa relación inescindible y única que representa el embarazo.²¹ Esas expectativas de vida autónoma inmediata justifican que el derecho incremente su tutela y, consecuentemente, reduzca al mínimo las posibilidades de abortar. Esta es la línea que siguen la mayoría de las legislaciones europeas, siendo algunas de ellas particularmente drásticas, como es el caso de Holanda, donde el aborto está estrictamente prohibido a partir de la semana veinticuatro.

La nueva Ley española contempla, sin embargo, dos situaciones excepcionales en las que se permite el aborto en cualquier fase de la gestación, sin supeditarlo a plazo alguno. Se trata de los supuestos de “anomalías fetales incompatibles con la vida” y el de “una enfermedad extremadamente grave e incurable” en el feto (artículo 15). En este último caso se prevé la inter-

²¹ El Grupo de Opinión el Observatorio de Bioética y Derecho de Barcelona también apunta a la viabilidad fetal como límite de la permisividad del aborto, si bien fundamenta esta opción en argumentos neurológicos, en concreto, en el inicio de “las conexiones sinápticas hacia la corteza cerebral y en el interior de ésta”, que permitirían afirmar que a partir de ese momento comienza “la vida propiamente humana” —*Documento sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, cit.—. Sin ánimo alguno de discutir las certezas científicas que alega el documento, entiendo que los intentos de fundamentar la licitud del aborto en criterios relacionados con la naturaleza de la vida prenatal estarán siempre condenados al fracaso, ya que existen muchas maneras de aproximarse a lo “humano” como característica de la vida en gestación, y no encuentro razones decisivas para primar unas sobre otras.

vención de un comité clínico, que debe confirmar el diagnóstico conforme a criterios técnico-científicos, siendo siempre la mujer quien decide en última instancia. Se trata de supuestos extremos, en los que la voluntad de la mujer de ser madre se ve truncada por acontecimientos dramáticos que sólo ella puede gestionar. Por eso resultaría totalmente desproporcionado que el derecho la obligara a continuar con el embarazo bajo amenaza penal. Además, en el supuesto de anomalías incompatibles con la vida —cardiopatías severas, hidrocefalia, feto sin cerebro, etcétera—, ni siquiera puede hablarse ya de una tutela constitucional de la vida prenatal, puesto que al concurrir en el feto una total incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a una “persona”, en el sentido del artículo 10.1 de la Constitución española, desaparece la dimensión que fundamenta —en opinión del Tribunal Constitucional— su condición de bien jurídico amparado por el artículo 15 de nuestra ley fundamental.²²

4. Como se ha visto, uno de los pilares sobre los que se construye el nuevo sistema es el respeto de la autonomía de la mujer para tomar la decisión última sobre su embarazo. De ahí la importancia que se concede a las condiciones del consentimiento, que —además de ser expreso y por escrito—²³ debe prestarlo la propia mujer embarazada. En el debate parlamentario esta última cuestión resultó particularmente polémica por lo que se refiere a las menores de edad.

Pese a la importancia que este asunto tiene en la práctica —no se puede perder de vista la incidencia cada vez más significativa de embarazos en adolescentes—, lo cierto es que hasta 2002 no existía una regulación específica sobre el consentimiento de menores en materia de aborto en el derecho español.²⁴ Fue la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la que por primera vez abordó de modo explícito este tema, estableciendo el requisito de la mayoría de edad para consentir una interrupción voluntaria del embarazo.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2002, la opinión doctrinal mayoritaria abogaba por el criterio de la capacidad natural de juicio, en cuya virtud se consideraba suficiente el consentimiento de la propia mujer me-

²² Este argumento lo desarrolló el TC para justificar la experimentación con embriones no viables, en su conocida sentencia 116/1999, del 17 de junio (F.J. 9).

²³ Salvo en el caso excepcional de urgencia por riesgo vital para la gestante.

²⁴ A salvo de alguna normativa autonómica, como la Ley gallega 3/2001, sobre consentimiento informado e historia clínica de los pacientes, y el Código Deontológico de los médicos de Cataluña de 1997, donde se da preferencia a la decisión de la menor incluso contra la voluntad de sus progenitores.

nor de edad siempre que reuniera las condiciones intelectuales adecuadas para comprender el sentido y alcance de la intervención abortiva, característica que, en general, se admitía a partir de los dieciséis años de edad, sin descartar edades más tempranas si así lo indicaba el grado de madurez de la embarazada.²⁵ También los tribunales parecían inclinados a reconocer la validez del consentimiento de las menores de edad. Sólo así se explica que existan varias sentencias que castigan por delito de aborto consentido ciertos supuestos de prácticas abortivas ilegales sobre jóvenes menores de dieciocho años. De haberse puesto en duda la capacidad de las menores para consentir, la calificación correcta hubiera sido la más grave de aborto sin consentimiento que recoge el artículo 144 del Código Penal.²⁶ De hecho, la Audiencia Provincial de Málaga llegó a admitir de forma explícita la validez del consentimiento prestado por una menor de dieciséis años de edad que vivía con su novio alegando que “si la Ley permite que los menores de edad emancipados... puedan contraer matrimonio con todas las consecuencias que ello conlleva, deban ser y sean capaces para consentir en los términos en que lo exige... el Código Penal” (Sentencia 49/2002, sección 3a., del 20 de abril).

Esta tendencia favorable a conceder relevancia al consentimiento de las menores de edad se vio claramente perturbada por la aprobación, en 2002, de la Ley de autonomía del paciente. Y no porque esta Ley restrinja, en términos generales, la validez del consentimiento de los menores de edad en las intervenciones clínicas. Al revés, como principio general, el artículo 9.3 de esta Ley reconoce plena capacidad para consentir las intervenciones médicas a los menores con dieciséis años cumplidos —obviamente si no sufren una incapacidad por otras causas—, así como a los que aún no han alcanzado esa edad siempre que tengan capacidad intelectual y emocional suficientes para comprender el alcance de la intervención. Sólo cuando no se da esta situación entra en juego el llamado “consentimiento por representación”, prestado por los representantes legales del menor —generalmente sus padres— atendiendo siempre al interés de aquél o aquélla y no a sus propias convicciones personales. Tratándose de mayores de dieciséis años, su consentimiento es válido incluso respecto de actuaciones médicas que supongan “grave riesgo”, si bien en estos casos el médico debe informar a los padres y ha de tener en cuenta su opinión para tomar la decisión correspondiente.

²⁵ Este es también el criterio que se impuso en el derecho penal alemán. Véase al respecto, Eser, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 2001, parágrafo 218 a, núm. 61.

²⁶ Argumento de Lema Añón, “Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 43, marzo de 2002, p. 37.

La legislación sanitaria española es pues muy avanzada en lo que se refiere a los derechos de los menores y les concede plena capacidad para consentir a partir de los dieciséis años. Sin embargo, de este régimen general quedan excluidos —o al menos así era hasta la aprobación de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva— tres casos, entre los que se encuentra la interrupción del embarazo (junto a los ensayos clínicos y a las técnicas de reproducción asistida); casos todos ellos que se rigen “por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.²⁷ En otras palabras: conforme a esta ley, las mujeres menores de dieciocho años no podían consentir la práctica de una interrupción del embarazo y necesitaban el consentimiento de sus representantes legales.

La Ley 41/2002 supuso un grave retroceso en la forma de tratar a las mujeres embarazadas menores de edad en la medida en que las obligó a contar en todo caso con la anuencia de terceras personas para tomar una decisión de carácter estrictamente personal, lo que supone una vulneración de su derecho a la intimidad y al debido respeto a la autonomía de la voluntad de quien se enfrenta a un asunto tan decisivo para su futuro como es el de la continuación o no de un embarazo. El problema no es marginal en España si se tiene en cuenta que las jóvenes se inician cada vez más temprano en el pleno ejercicio de la sexualidad, con el consiguiente riesgo de quedar embarazadas y enfrentarse a un posible aborto cuando todavía no han alcanzado los dieciocho años de edad.

La Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo ha cambiado esta situación, al establecer que “en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción del embarazo les corresponde a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”, si bien añade que “al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer”, salvo que “la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

Múltiples son los argumentos que avalan la admisión del consentimiento de las menores para abortar.

Ante todo, la nueva ley se ajusta a la tendencia general de la legislación española a reconocer capacidad progresiva a los menores para ejercer

²⁷ Artículo 9.4 de la Ley de Autonomía del Paciente. Reformado parcialmente por la Ley de Salud Sexual y Reproductiva.

sus derechos. En efecto, la legislación española ha avanzado en los últimos años de forma decidida en la línea de conceder cada vez más relevancia a la autonomía de quienes aún no han cumplido los dieciocho años de edad, reconociéndoles una capacidad progresiva para hacerse responsables por sus propios actos y para ejercer por sí mismos los derechos que les otorga el ordenamiento jurídico. Así se infiere, por ejemplo, de la LO 5/2000, del 12 de enero, que sitúa el punto de inicio de la responsabilidad penal de los menores en los catorce años de edad, frente a los dieciséis de épocas pasadas. Pero, sobre todo, han de tenerse en cuenta los principios generales establecidos por la LO 1/1996, del 5 de enero, de protección jurídica del menor, cuya exposición de motivos resulta particularmente esclarecedora, al afirmar que “el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, van reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”, añadiendo más adelante, que el mejor modo de proteger a los menores es “promover su autonomía como sujetos”, de manera que puedan “ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”. De ahí que, ya en términos estrictamente normativos, el artículo 2o. de la Ley imponga la interpretación restrictiva para “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores”.

Por otra parte, difícilmente se puede poner en duda la naturaleza personalísima del derecho a la maternidad, por lo que parece razonable recordar en este contexto la norma civil que reserva a los propios menores sometidos a patria potestad el ejercicio de “los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” (artículo 162. 1o. del Código Civil).

No menos importantes son las normas civiles sobre capacidad para contraer matrimonio. La legislación civil española permite el matrimonio de menores de edad emancipados a partir de los dieciséis años —e incluso a partir de los catorce con dispensa judicial (artículos 46 y 48 Código Civil)—, de donde cabe colegir que los considera maduros a partir de esa edad para afrontar cuantas consecuencias se deriven de ese vínculo, entre las que se encuentra la posibilidad de un embarazo.

En esa misma línea de pensamiento, parece razonable indagar igualmente en los criterios que sigue el ordenamiento jurídico español en lo atinente a la capacidad de los menores para ejercer su propia sexualidad. Un análisis sistemático de la legislación penal relativa a los delitos sexuales

permite inferir que en este aspecto la edad relevante son los trece años de edad, pues el contacto sexual con menores que han cumplido esa edad sólo es delictivo si se realiza contra la voluntad del menor o utilizando abuso o engaño —y, obviamente, si se persigue su prostitución—. Si a partir de los trece años se reconoce a los y las menores el libre ejercicio de su sexualidad, lógico es pensar que también se les considera maduros para afrontar las consecuencias de tales actos, incluido un posible embarazo.

En otro orden de cosas, no parece jurídicamente admisible que los padres o tutores de una menor puedan forzarla a interrumpir la gestación contra su voluntad. La tajante exigencia legal del “consentimiento expreso de la embarazada” como presupuesto imprescindible para la licitud del aborto impide admitir que los representantes de la menor tengan capacidad para solicitar una interrupción del embarazo cuando ella se niega y decide continuar con la gestación. Y ello aunque actúen en el interés exclusivo de la menor. Es más, en estos casos no sólo se trataría de un aborto punible, sino que estaríamos ante el supuesto más grave de cuantos contempla el Código Penal: el aborto practicado sin consentimiento de la mujer. Prevalece aquí el respeto del derecho de la menor a la maternidad. Y si del derecho a decidir sobre la maternidad se trata, parece razonable —y coherente— que el mismo principio se aplique siempre que esté en juego este aspecto personalísimo de la vida de la mujer, sea para proteger y secundar su decisión de seguir adelante con un embarazo, sea para interrumpirlo.

Además, tampoco debería subestimarse el riesgo de un retorno a la clandestinidad si se niega a las menores la capacidad de decisión sobre un aborto. Porque es obvio que el problema no lo tienen aquellas menores que cuentan con la comprensión y el apoyo de sus progenitores en el ejercicio de su propia sexualidad, sino las que aún viven esta parcela de su desarrollo personal con un sentimiento de culpa que las impulsa al secretismo. Y si ese es el motivo, ninguna ley las obligará a revelar su secreto a los padres. Antes bien, es posible que acudan a vías alternativas mucho más peligrosas para su salud y mucho más expuestas al descontrol y el abuso.

¿EL CONCEBIDO ES SUJETO DE DERECHOS HUMANOS?

Juan Carlos CENTURIÓN PORTALES*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el lenguaje jurídico y la categoría jurídica de ser humano.* III. *El tratamiento jurídico-epistemológico del sujeto de derecho concebido.* IV. *¿Los códigos civiles tutelan al sujeto de derecho concebido?* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Antes de ingresar al tema que me convoca, abordaré desde una perspectiva histórico-dogmático-epistemológico el concepto sobre humanismo, que sirve de fundamento a los derechos humanos.

1. *¿Qué entendemos por humanismo?*

Humanismo significa la exaltación del hombre¹ y el desarrollo pleno de todas sus facultades. El humanismo es una concepción de la vida centrada en el ser humano.² El humanismo es un modo de explicarse el mundo, incluyendo el puesto que en él ocupan los seres humanos.³

* Abogado por la Universidad Mayor de San Marcos de Lima, Perú, miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima-Perú, cportal@uigv.edu.pe.

¹ Es aconsejable emplear la categoría jurídica de ser humano, la cual supone que indica al sujeto de derecho concebido y la sujeto de derecho persona natural.

² La concepción centrada en el ser humano es conocida como antropocentrismo.

³ El puesto del hombre en el cosmos de Martín Buber. Véase Rebagliati, R. Ferrero, *El humanismo de nuestro tiempo*, Lima, Studium, 1973, p. 21.

2. ¿Cuándo apareció el humanismo?

El humanismo es una actitud y una doctrina, que apareció en el siglo XV⁴ como una resurrección de los clásicos de la antigüedad y tuvo un cierto carácter de contracultura, de verdadera oposición al espíritu de religiosidad total impuesto por la Edad Media.⁵

3. ¿Cuál fue el objeto del humanismo?

El humanismo nació con el propósito de rescatar el derecho del ser humano a fundar su ser en sí mismo. Martín Heidegger afirmaba que el comienzo de la metafísica en el pensamiento de Platón marcó el comienzo del humanismo.⁶ El humanismo, no obstante, estuvo en boga después de la Segunda Guerra Mundial,⁷ y habría sido acuñado hacia la mitad del siglo XIX por el pedagogo alemán Nietkammer, amigo de Hegel.⁸ La voz latina *humanitas*,⁹ que se refería inicialmente a la formación espiritual del ser humano en consonancia con la cultura helénica,¹⁰ fue empleada en la enseñanza durante muchos siglos.¹¹ Recién en el siglo XIX, el humanismo adquirió el sentido de exaltación del ser humano y su propio desarrollo. En esta segunda acepción, la voz *humanistas* fue reemplazada por la palabra “humanismo”.¹² La historia de Occidente registra tres grandes épocas: una primera etapa cosmogónica y egocéntrica, que fue la antigüedad, seguida por la etapa geocéntrica de la Edad Media, y luego por la etapa antropocéntrica, iniciada en el Renacimiento.

La categoría derechos humanos es una expresión que forma parte del lenguaje de nuestro tiempo, pero ha sido desde la filosofía donde empezó a pensarse.¹³ Es así que los neotomistas como Jacques Maritain y los de la

⁴ Siglo en el cual aparecía el antropocentrismo que ganó en espacio al teocentrismo.

⁵ Carácter de contracultural puede semejarse a lo que hoy sería el pensamiento contestatario. Véase Ferrero Rebagliati, *op. cit.*, p. 21.

⁶ *Op. cit.*, p. 22.

⁷ Se inició el 1 de septiembre de 1939 y concluyó el 2 de septiembre de 1945.

⁸ Ferrero, *op. cit.*, p. 23.

⁹ Que quiere decir humanidad.

¹⁰ Equivalente a la *paideia* griega.

¹¹ Ferrero, *op. cit.*, p. 23.

¹² *Ibidem*, p. 23.

¹³ Polo Santillán, M., “La fundamentación filosófica de los derechos humanos”, *Razón Práctica y Asuntos Públicos Revista de Ética y Filosofía Política*, núm. 12/2009, disponible en <http://racionalidadpractica.blogspot.com/2008/06/tica-del-reconocimiento-y-derechos.html>.

posesión de la ética del discurso, como Jürgen Habermas, han sostenido sus posiciones al respecto.¹⁴ El neotomista Jacques Maritain afirmaba que tenemos una naturaleza humana, y que las personas [*rectius*: seres humanos] tienen derechos por el solo hecho de ser tales, y concluye diciendo que la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana [*rectius*: ser humano] descansa sobre la idea de la ley natural;¹⁵ en cambio, para Habermas, los derechos humanos se originaron en las fuentes jurídicas; es decir, en el derecho positivo, y sustenta la tesis kantiana de que los hombres [*rectius*: seres humanos] tienen derechos inalienables e irrenunciables; para Norberto Bobbio, la expresión “los derechos del hombre” es muy vaga.¹⁶

II. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL LENGUAJE JURÍDICO Y LA CATEGORÍA JURÍDICA SER HUMANO

Desde la perspectiva eminentemente epistemológico-positivista, es necesario examinar un instrumento internacional de carácter supranacional, para poner en evidencia que no hay un adecuado tratamiento epistemológico. Ese instrumento es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual, al calificar al sujeto de derecho: ser humano, lo llama indistintamente ser humano; persona; individuo, lo que revela que no hay claridad en las palabras. La Declaración usa 29 veces la palabra “persona”; dos veces la palabra “ser humano”, y una vez “individuo”, en este último caso lo hace para referirse a los que tienen derecho a la vida, así: “Artículo 3o. Todo individuo [*rectius*: ser humano] tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Al respecto, se debe decir que el ser humano, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, es una categoría que involucra a dos subcategorías: al sujeto de derecho concebido y al sujeto de derecho persona natural, por lo que no existe, a nuestro juicio, un adecuado tratamiento epistemológico. Para confirmar el aserto, aquí algunos artículos que prueban lo dicho: “Artículo 1o. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; “Artículo 2o., 1. Toda persona [*rectius*: ser humano] tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, reli-

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

gión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; “Artículo 6o. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; y “Artículo 8o. Toda persona [*rectius*: ser humano] tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

1. Necesidad de emplear la categoría jurídica “ser humano”

El profesor Copi sostenía que el lenguaje es un instrumento muy complicado, y para explicar un significado es necesario definir, con el propósito de eliminar la ambigüedad, por lo que considero oportuno revalorar, en el presente ensayo, la categoría que usa la Declaración Universal de los Derechos Humanos: ser humano, toda vez que con él se puede precisar que se trata de la categoría jurídica que comprende a su vez a dos subcategorías: el sujeto de derecho concebido y al sujeto de derecho persona natural.

Ya no es posible hablar de sujeto de derecho persona, excluyendo a su antecedente: el concebido. Ya no es posible sostener que la capacidad jurídica empieza con el nacimiento de la persona. El sujeto de derecho concebido, de suyo, es un ser humano capaz. Ya no es posible sostener que el concebido es un *alieni iuris*. Ya no es posible sostener que sólo las personas tienen “derechos y libertades”.

2. El lenguaje jurídico

El profesor Karl Olivecrona se formuló algunas preguntas concernientes al lenguaje jurídico: ¿el lenguaje es un método útil para lograr un fin?¹⁷ ¿Qué sucede si se quiere utilizar conceptos jurídicamente correctos entendiendo por tales a aquellos que corresponden a la realidad.¹⁸ El lenguaje tiene algunas zonas que son absolutamente incomprensibles, abstrusas e ininteligibles, por ser altamente técnicas.¹⁹ En respuesta al profesor Olivecrona, es preciso decir que el lenguaje es teleológico,²⁰ y por lo tanto su fin último es la plena comprensión del receptor.

¹⁷ *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, p. 8.

¹⁸ *Ibidem*, p. 9.

¹⁹ Olivecrona, *op. cit.*, p. 7.

²⁰ *Ibidem*, p. 33.

¿Para qué se usan las palabras? Ellas son usadas para describir la realidad; para informar acerca de los hechos, y para expresar las emociones.²¹ Por otro lado, el profesor Irwing Copi se preguntaba: ¿para qué se usa el lenguaje? Y él decía: para comunicar información; es decir, el lenguaje se usa para afirmar o negar proposiciones o para representar razonamientos tanto falsos como verdaderos.²² El lenguaje jurídico debe ser, de suyo, inteligible, para evitar la ambigüedad y la antinomia.

3. *La polisemia en el derecho*

El profesor Ángel Latorre se preguntó alguna vez si el derecho tenía fines específicos. Su respuesta fue aparentemente lacónica: la seguridad y la justicia. Así, “habitualmente, cuando se habla de fines del Derecho se citan la seguridad y la justicia. Ambas palabras están cargadas de una multiplicidad de sentidos y requieren un examen que procure evitar el riesgo de la imprecisión con que a veces son empleados”.²³

Claramente, se puede apreciar que Ángel Latorre tenía muy claro los problemas que suscita el lenguaje jurídico por ser este especialmente técnico. Al respecto, el profesor Francisco Miró-Quesada Cantuarias dice lo siguiente sobre la polisemia: “la polisemia es una característica de todo lenguaje: cualquier expresión lingüística es susceptible de tener varias significaciones. Esta variedad se puede presentar tanto en los lenguajes naturales como en los formales”.²⁴

III. EL TRATAMIENTO JURÍDICO-EPISTEMOLÓGICO DEL SUJETO DE DERECHO CONCEBIDO

1. *Necesidad de emplear la categoría jurídica sujeto de derecho*

Debe señalarse que la categoría jurídica sujeto de derecho debe ser entendida como toda entidad (que existe: como son el concebido y la persona natural; o pueda existir: el *concepturus*) capaz de establecer relaciones jurídicas.

²¹ *Idem*.

²² Copi, I., *Introducción a la lógica*, trad. de Néstor Migues, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1962, p. 93.

²³ Latorre, A., *Introducción al derecho*, 7a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp. 38 y 39.

²⁴ Miró-Quesada Cantuarias, F., “Teoría de la interpretación jurídica”, *Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía*, Lima, t. VIII, 2003, pp. 143-155.

Así, el ser humano al salir con vida del claustro materno deja de ser sujeto de derecho: concebido (*conceptus*), para convertirse en sujeto de derecho: persona natural.

2. ¿Quiénes son (deben ser) los sujetos de derecho?

En un intento de clasificación, podemos afirmar que ésta puede ser esbozada de la siguiente manera: a) el concebido (*conceptus*), vida humana intrauterina, aún no nacida; b) el *concepturus*, figura jurídica conocida en el derecho romano, y definida como el no concebido y aún no nacido; c) la persona natural, vida humana extrauterina y, por lo tanto, nacida; d) las organizaciones de personas, constituidas por lo que se conoce en la dogmática jurídica como las personas morales o las personas jurídicas.

3. El sujeto de derecho concebido

A. Una inevitable mirada al derecho romano

¿Qué representó Roma? Representó la idea de universalidad sobre el principio de nacionalidad. Representó, en primer término, la unidad del Estado; es decir, la unidad política del antiguo mundo.

En segundo término, y tras la caída de su imperio, Roma representó y aún representa la unidad de la Iglesia; es decir, la unidad espiritual dada a través del papado. En tercer término, ya en la Edad Media, antes de la codificación europea, Roma representó la unidad del derecho; es decir, la unidad jurídica.

En suma, Roma resumió, en sí misma, la idea de globalización y de hegemonía. Roma globalizó su derecho, su espíritu, su genio, su léxico; es por ello que sus dos grandes aportes a la civilización y a la cultura occidentales son: el paradigma jurídico, es decir, el derecho, y el paradigma lingüístico, el latín.

Hoy, el derecho romano no rige como derecho objetivo (*norma agendi*) en ningún país; sin embargo, su espíritu y su genio son la médula, la razón suficiente, la razón histórica (al decir de los existencialistas) del pensamiento jurídico contemporáneo. De un modo o de otro el derecho positivo (*norma agendi*) y el derecho subjetivo (*facultas agendi*) se basan en él. La educación jurídica está fuertemente endeudada con el derecho romano, aunque no lo notemos o nos neguemos a aceptarlo.

B. *El sujeto de derecho concebido*

La vida humana intrauterina no era considerada como sujeto de derecho. El derecho romano resumió ese pensamiento a través de un célebre brocardo: “qui est in utero, non est homo”;²⁵ sin embargo, el propio derecho romano creó una ficción (que está recogida en numerosos códigos civiles del mundo), reputando al concebido (*conceptus*) como ya nacido (es decir, considerarlo persona sin serlo), con el único propósito de proteger sus derechos (*facultas agendi*).²⁶

El derecho romano resumió esa ficción a través de otro brocardo: “nasciturus pro iam nato habetur... si de ius commodo agitur”.²⁷

C. *El principio: “tégase por nacido ya al concebido”*

El derecho romano protegía al concebido (*conceptus*), considerándolo como “nacido ya... (sin estarlo) si de derechos favorables se tratara”. De este modo, el derecho romano le atribuía al concebido (*conceptus*), de manera futura (no actual) y ficticia, derechos subjetivos (*facultas agendi*), pero no deberes, y esto es así porque los únicos que gozan a plenitud de derechos y a los que se les exige deberes es a la persona natural.²⁸ Esto es contradictorio si se tiene en cuenta que sólo son sujetos de derecho, para el derecho romano, la persona humana (quien se convierte en tal después de haber salido vivo del claustro materno) y las personas morales.²⁹

²⁵ “Quien está dentro del claustro materno no es persona”.

²⁶ La expresión *facultas agendi* es equivalente a derecho subjetivo; es decir, la facultad o el poder que tiene todo sujeto de derecho de exigir a otro (u otros) sujetos de derecho que cumplan una prestación determinada. Una ficción servirá para ilustrar mejor lo que se quiere decir: “Helena y Paris han celebrado el acto jurídico (otras legislaciones lo califican de contrato) del matrimonio civil. El matrimonio, de suyo, genera deberes y derechos para ambos cónyuges, uno de esos deberes es el deber de prestar alimentos. Dos años después Paris abandona (sin causa justa) a Helena, ella, momentáneamente no trabaja y además no tiene ninguna fuente de ingreso para satisfacer sus necesidades básicas por lo queda en el desamparo. ¿Podrá Helena demandar judicialmente a su cónyuge Paris, para que éste cumpla con la prestación alimenticia? La respuesta es sí, y por qué demandará Helena a Paris los alimentos, porque ella tiene un derecho subjetivo (*facultas agendi*): los alimentos, el cual emana del acto jurídico llamado matrimonio civil”.

²⁷ “Tégase por nacido ya al concebido... si de derechos favorables se trata”.

²⁸ Cuando un ser humano sale del claustro materno vivo se convierte, jurídicamente, en persona y adquiere, plenamente, tanto derechos como deberes. Un brocardo lo resume así: *ius et obligatio sunt correlata*, es decir, derechos y obligaciones son correlativos.

²⁹ Las personas morales son conocidas también como personas jurídicas, u organizaciones de personas. Véase positivamente las personas jurídicas son conocidas como “...aso-

La explicación de esta aparente contradicción (antítesis) se halla en la propia evolución histórica del derecho romano, pues fue con el emperador romano-bizantino Justiniano como se llegó finalmente a la protección del concebido.³⁰ Por otro lado, el derecho romano afirmaba enfáticamente que los únicos sujetos de derecho con capacidad fueron la persona humana y la persona jurídica, desconociendo y descartando toda posibilidad de que el concebido fuera sujeto de derecho; sin embargo, algunos jurisconsultos romanos le atribuían esta calidad, con lo cual podemos llegar a una conclusión preliminar. En los primeros tiempos del derecho romano, el concebido no fue considerado sujeto de derecho; sin embargo con la evolución del derecho romano (bizantino) el concebido sí fue considerado como sujeto de derecho; ello se desprende de una lectura atenta y cuidadosa de algunos textos clásicos.³¹ El jurista romano Gayo sostenía en las Institutas, que los concebidos podían ser instituidos herederos.³² Otro ejemplo dado por Gayo fue que “si el testador ha redactado una disposición testamentaria el concebido hereda sólo si nace...”.³³ Aunque al respecto considero que el concebido tiene derecho a heredar por derecho propio; sin embargo, si nace muerto pierde ese derecho.

Juliano afirmó: “quienes están concebidos son reputados, para determinados fines, como existentes”. Esta afirmación sí expresa una clara defensa del concebido, y hace presumir, fundadamente, que se consideró al concebido como sujeto de derecho. Entre los académicos se discute la autenticidad de las afirmaciones de los juristas Gayo y Juliano, sosteniéndose que han sido manipulados por quienes recibieron la influencia del cristianismo; sin embargo, hay una frase atribuida a Juliano que sintetizaría la situación jurídica del concebido en el derecho romano: “qui in utero sunt, in toto paene iuri civili intelleguntur in rerum natura esse”. En resumen, soy

ciaciones estables de personas naturales...” “...que persiguen un determinado fin...”. Así, hoy puede llamarse indistintamente a la persona jurídica como asociaciones de personas, y viceversa.

³⁰ La regla: “tégase por nacido ya al concebido... si de derechos favorables se trata”, está contenida en el Digesto, el cual fue mandado a preparar por el emperador Justiniano. Véase también Catalano, P., “Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del artículo 1o. del Código Civil peruano de 1984)”, *El Código Civil peruano y sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1986, p. 234.

³¹ Fernández Sessarego, C., *Nuevas tendencias del derecho de las personas*, Universidad de Lima 1990, p. 75.

³² Gandolfi, “Nascituro”, *Enciclopedia de Diritto*, vol. XXVII, Milán, 1977, pp. 530 y 531, citado por Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias del derecho de las personas*, Universidad de Lima, 1990, p. 73.

³³ Fernández Sessarego, C., *op. cit.*, pp. 73 y 74.

de la opinión de que en una de las etapas del derecho romano se hizo del concebido un sujeto de derecho especial y privilegiado, pues se le atribuyó derechos subjetivos” pero... si de ius commodo agitur”.

IV. ¿LOS CÓDIGOS CIVILES TUTELAN AL SUJETO DE DERECHO CONCEBIDO?

Debo comenzar esta parte del ensayo suscribiendo plenamente lo afirmado por Xavier Zubiri, Juan Pablo Fusi y Peter G. Stein, en el sentido de que la cultura occidental descansa sobre tres pilares que encarnan, a su vez, las tres dimensiones esenciales que presenta la vida humana; uno de esos tres pilares, bases del hombre moderno, es el derecho romano, máxima expresión del ser jurídico que todo hombre presenta y lleva dentro.

Esta breve introducción es necesaria para señalar que en la fecha en que se prepararon los códigos civiles en el siglo XIX, la fuente inmediata y natural fue el derecho romano. Revisemos entonces cuánto de ese derecho fue recogido en dichos códigos y de qué manera. Es necesario partir del brocardo “nasciturus pro iam nato habetur... si de ius commodo agitar”,³⁴ base del presente ensayo, para examinar, a la luz del derecho comparado, cómo es tutelado el sujeto de derecho concebido en los códigos civiles de algunos países.

Con relación al Código civil argentino, el principio “nasciturus pro iam nato habetur... si de ius commodo agitar” está recogido en el artículo 70 del Código Civil de la República Argentina, redactado por Dalmacio Vélez Sársfield, del 29 de septiembre de 1869, y aún vigente, que expresa lo siguiente: “Desde la concepción, en el seno materno, comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido [léase persona]. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieron con vida...”³⁵

Por su parte, el Código Civil de España, promulgado por Real Decreto del 29 de julio de 1889 y vigente, en el artículo 29 dispone lo siguiente: “El nacimiento determina la personalidad pero el concebido se tiene por nacido [léase persona] para todos los efectos que le sean favorables...”³⁶

³⁴ “Téngase por nacido ya al concebido... si de derechos favorables se trata”.

³⁵ (A lo largo de este epígrafe las cursivas son nuestras). En la norma puede apreciarse de manera implícita que se protege al sujeto de derecho concebido, aun cuando se equivoca el código al llamar “persona” al concebido.

³⁶ En la norma puede apreciarse de manera explícita que se protege al sujeto de derecho concebido y recoge el principio romano de “nasciturus pro iam...”; sin embargo, discrepo de la expresión: que la personalidad se inicia con el nacimiento.

Con relación al Código de la República de Bolivia, promulgado el 8 de agosto de 1975, el artículo 1o. (Derecho de las personas individuales) recoge dicho principio, expresando que “I. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad. II. Al que está por nacer [léase concebido] se le considera nacido [léase persona] para todo lo que pudiera favorecerle...”.³⁷

En lo que se refiere a la República Bolivariana de Venezuela,³⁸ el artículo 17 del Código Civil, del 26 de julio de 1982, expresa lo siguiente: “El feto [léase concebido] se tendrá como nacido [léase persona] cuando se trate de su bien...”.³⁹

Con relación al ordenamiento chileno, en el artículo 75 del Código Civil, redactado por el eminente romanista Andrés Bello en el siglo XIX, señala que “la ley protege la vida del que está por nacer [léase concebido]...”.⁴⁰

Por otra parte, el Código Civil de Panamá, que recibió la influencia del Código Civil de Chile, en el artículo 41 dispone lo siguiente: “La existencia de la persona natural principia con el nacimiento; pero el concebido, si llega a nacer, en las condiciones que expresa el artículo siguiente, se tiene por nacido [léase persona] para todos los efectos que le favorezcan”.⁴¹ Asimismo, el artículo 43 de dicho código señala: “La ley protege la vida del que está por nacer [léase concebido]...”.⁴²

Con relación al Código Civil para el Distrito Federal de México, el artículo 22 prescribe: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido [léase persona] para los efectos declarados en el presente código”.⁴³

En lo que se refiere a Colombia, el artículo 91 del Código Civil señala: “La ley protege la vida del que está por nacer [léase concebido]...”.⁴⁴

³⁷ En la norma puede apreciarse de manera explícita que se protege al sujeto de derecho concebido; sin embargo, la norma entra en contradicción, al señalar que la personalidad jurídica empieza a nacer.

³⁸ Nomenclatura oficial de Venezuela.

³⁹ En la norma puede apreciarse de manera explícita que se protege al sujeto de derecho concebido; no obstante, no emplea la categoría jurídica de concebido.

⁴⁰ En la norma puede apreciarse de manera lacónica que se protege al sujeto de derecho concebido.

⁴¹ Se puede apreciar en la norma de manera explícita que se protege al sujeto de derecho concebido y emplea adecuadamente la categoría jurídica: concebido.

⁴² En la norma puede apreciarse de manera explícita que se protege al sujeto de derecho concebido.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

Por su parte, el Código Civil de Nicaragua, en el artículo 11, dispone: “Son personas por nacer [léase concebido], las que están concebidas en el vientre materno”.⁴⁵ Asimismo, el artículo 11 del Código señala: “La ley protege la vida del que está por nacer [léase concebido]”.

Con relación al ordenamiento ecuatoriano, el artículo 61 del Código Civil prescribe: “La ley protege la vida del que está por nacer [léase concebido]. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido [concebido], siempre que crea que de algún modo peligrará...”. Asimismo, el artículo 11 del Código señala:

Los derechos [patrimoniales] que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno [concebido], si hubiese nacido [léase persona] y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido [persona] en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos [patrimoniales] a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido.

Por lo que se refiere a Italia, el artículo 462 del Código Civil, del 16 de marzo de 1942, prescribe: “Capacità delle persone fisiche. Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati [léase persona] o concepiti al tempo dell' apertura della successione...”. De igual forma, el artículo 784 del Código señala: “Donazioni a nascituri. La donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito, ovvero a favore dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, banché non ancora concepiti”.

Con relación al Código Civil francés del 16 de marzo de 1804, dispone el artículo 16: “la ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida [léase concepción]”.

Por otra parte, el Código Civil japonés, en el artículo 886 del Código Civil japonés, prescribe: “1. El concebido se tiene por nacido [léase persona] a efectos de la sucesión hereditaria...”.

Y con relación al Código Civil del Perú, de 1984, en el artículo 1o., señala: “Artículo 1o. Sujeto de Derecho. La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción.

⁴⁵ En la norma puede apreciarse de manera implícita que se protege al sujeto de derecho concebido, pero epistemológicamente de manera inapropiada, pues al concebido se le llama “persona”.

El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada [léase condición resolutoria] a que nazca vivo”.

V. CONCLUSIONES

Es necesario que la dogmática defina con precisión las categorías jurídicas “ser humano”, “concebido” y “persona”; de esa manera se evitarán ambigüedades y antinomias que induzcan a aplicar una norma que esté revestida de legalidad, pero no de justicia, fin último del derecho.

HERMANN HELLER Y EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN

Pablo E. SLAVIN*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El concepto de Constitución.* III. *Las lagunas en el derecho.* IV. *Conclusión.*

La única finalidad justa debe ser la reconstrucción de la sociedad sobre unos cimientos tales que la pobreza resulte imposible.

Oscar WILDE, *El alma del hombre bajo el socialismo.*

I. INTRODUCCIÓN

Compartimos el pensamiento del historiador inglés Edward Carr, quien en su obra *¿Qué es la historia?* afirma que ésta tiene una doble función, "...hacer que el hombre pueda comprender la sociedad del pasado, e incrementar su dominio del presente...". Con esa idea es que nos proponemos recuperar críticamente el pensamiento de un autor como Hermann Heller (1891-1933), quien desarrolló su actividad en la Alemania de la República de Weimar.

La Constitución dictada en Alemania en 1919, y objeto de especial análisis por este autor, fue resultado de duras negociaciones entre la burguesía, el proletariado y los sectores más reaccionarios de un país que salía derrotado de la Primera Guerra Mundial.

* Abogado, magíster en ciencia y filosofía política (UNMDP); profesor titular exclusivo de derecho político y adjunto de derecho del trabajo y la seguridad social, Facultad de Derecho (UNMDP); director del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Alicia Moreau" (CIDDH), y director del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNMDP), Argentina.

En ese contexto, cuestiones como las disputas con el “normativismo” de Hans Kelsen y el “decisionismo” de Carl Schmitt, el papel de la Constitución en la vida social y su defensa irrestricta, la existencia de lagunas en el derecho, la búsqueda de “principios éticos” como fundamento de legitimidad, son abordadas por Heller con meridiana claridad.

Estamos convencidos de que las ideas de Hermann Heller conservan toda su actualidad, y es por ello que creemos que su análisis crítico será un valioso aporte para enfrentar los desafíos que plantea el constitucionalismo en el siglo XXI.

II. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

En su *Teoría del Estado*¹ (obra que quedara inconclusa ante la prematura muerte del autor, ocurrida durante su exilio en España, en noviembre de 1933), Heller nos ofrece cinco conceptos de Constitución: dos sociológicos y tres jurídicos.

El primero y más amplio es el que se refiere a la estructura concreta del poder, a su existencia real en la actividad del Estado. Parte de tomar en cuenta los “factores reales de poder”, aquellos grupos o sectores como la Iglesia, el ejército, la aristocracia, la burguesía industrial, por ejemplo, que son quienes verdaderamente detentan el poder en la sociedad, y que en dicho carácter establecen las reglas de convivencia. Se toma en consideración la real correlación de fuerzas entre las distintas clases sociales.

El segundo concepto, más restringido, pero aun de naturaleza sociológica, es el que señala una situación jurídica estatal como básica y fundante. Esto es observado desde un punto de vista histórico-político, y remarca el carácter permanente de dicho ordenamiento.

Desde el punto de vista jurídico, Heller destaca una primera acepción, que califica como Constitución en sentido material “amplio”, y que abarca a todas las normas jurídicas existentes en el Estado, tanto las incluidas en el texto constitucional como las demás normas dictadas. No establece distinción alguna entre normas fundamentales y derivadas.

El concepto de Constitución material “estricto” guarda, según nuestro autor, profundas reminiscencias iusnaturalistas. Se basa en la creencia de que es posible establecer una ordenación fundamental, cerrada, sin lagunas, y de validez suprahistórica, de la cual se deriven todas las demás normas del plexo jurídico estatal. Heller no comparte esta idea al sostener que

¹ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, 1934, edición 1961, pp. 294 y ss.

...una Constitución histórica concreta no es nunca un sistema cerrado, lógico, sostenido en algunos axiomas suprahistóricos... las Constituciones materiales en sentido estricto consisten siempre en una pluralidad de leyes constitucionales entre las cuales se caracteriza a un documento, por su superior importancia, como la Constitución formal...

El quinto concepto es, precisamente, el de Constitución “formal”. Se entiende por tal a todos los preceptos jurídicos contenidos por escrito en el texto constitucional, los que dependen de la decisión exclusiva del legislador.

La concepción de Constitución que pregona Heller, como él mismo lo reconoce en forma expresa, parte de la vieja distinción de Ferdinand Lassalle (1862)² entre Constitución formal, la “hoja de papel”, y la Constitución material, “los factores reales de poder”.

Sostiene Heller que “...en última instancia, siempre veremos confirmarse la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder...”³

Normalidad y normatividad

Partiendo de esta idea, Hermann Heller efectúa una interesante correlación entre los conceptos de normalidad y normatividad. Con base en ello distingue la Constitución no normada, dada por la conducta habitual de los habitantes, de la Constitución normada. Y esta última puede estar normada extrajurídicamente, mediante la costumbre, la moda, etcétera, o jurídicamente, a través de un texto constitucional expreso y consciente.

En toda comunidad, los miembros rigen sus conductas de acuerdo con ciertos parámetros que aceptan como reglas de convivencia. Dichas reglas surgen de las relaciones reales de poder, y constituyen una normalidad. Pese a que las relaciones de poder se encuentran en constante cambio, existe una cierta permanencia en las reglas, de tal forma que la vida no resulte un caos.

Con la concepción *dialéctica* que sirve de guía a su pensamiento, Heller expresa que

...así como no pueden estimarse completamente separados lo dinámico de lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser

² Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, 1862, 1978.

³ Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 278.

y el deber ser en el concepto de la Constitución. Una Constitución política sólo puede concebirse como un ser al que le dan forma las normas...⁴

La Constitución aparece como la transformación de la normalidad en normatividad. Pero no debemos confundirnos y creer que se trata de una simple deducción lógica. Los hombres, acostumbrados a ciertas reglas de convivencia, deciden fijar expresamente las mismas en un texto, como una forma de garantizar su cumplimiento y estabilidad, al tiempo que promueven un plan de vida a futuro. Del ser de la vida diaria, se pasa al establecimiento de un deber ser jurídico.

Según nuestro autor, "...la convivencia humana, y con mayor motivo la cooperación entre los hombres, son totalmente imposibles sin la aplicación consciente o inconsciente de esta regla de previsión...".⁵ La Constitución actúa como una regla de previsión, en la medida en que permite a los habitantes poder establecer un cierto plan de vida a mediano y largo plazo, con la seguridad de que las bases sobre las cuales intenten su construcción no se verán alteradas.

Pero la Constitución no consiste solamente en reproducir la normalidad de forma jurídica. A lo "normal normativizado" se le agregan normas de carácter preceptivo y directivo.

No debemos confundir la interrelación ser-deber ser que pregona Heller, con considerar al deber ser como un mero reflejo del ser. El tránsito del ser al deber ser que describe es de carácter dialéctico. No consiste en el simple establecimiento de un deber ser preceptivo, que fije mediante reglas jurídicas lo que ya existe en el comportamiento habitual, sino también un deber ser ideal que plantee los objetivos y fines que desean alcanzar los miembros de esa comunidad.

Lassalle sostenía que

...allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país... De nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales de poder..⁶

⁴ *Ibidem*, p. 269.

⁵ *Ibidem*, p. 270.

⁶ Lassalle, Ferdinand, 1862, *op. cit.*, pp. 51 y 55.

Siguiendo esta idea, afirma Heller que "...la Constitución real del Estado conoce ciertamente una normalidad sin normatividad pero no, al contrario, una validez normativa sin normalidad...".⁷ Todo Estado cuenta con una Constitución, un orden de convivencia, una normalidad, aun cuando dichas reglas no hayan sido objeto de formulación jurídica. Pero no existe validez normativa si las reglas establecidas jurídicamente no tienen acatamiento en la vida diaria.

El legislador no crea un derecho válido por sí mismo, sino una oferta para el pueblo de un plan a futuro. Dicha oferta podrá ser rechazada o aceptada. Recién si se produce la última situación, si la norma que establece el legislador es aceptada y cumplida por la población, es que nos encontramos en presencia de un derecho vigente, en el sentido de Heller.

La existencia misma del Estado, entendido como "...una organización territorial capaz de imponer su poder como contrapeso a todas las demás asociaciones y personas dentro de sus fronteras y de regular así y dar una expresión integrada a las actividades sociales relacionadas entre sí de sus habitantes...";⁸ depende de esta relación dialéctica entre normalidad y normatividad.

El Estado tiene una continuidad. El considerar a las determinaciones fundamentales de la Constitución como normaciones, y no como simples decisiones (como lo hace Carl Schmitt), es lo que permite comprender el sentido unitario que la Constitución conserva a pesar del transcurso del tiempo.

Heller lanza duras críticas al normativismo de Kelsen y al decisionismo de Schmitt, al afirmar que la

...concepción de Kelsen priva a las normas de su sentido ser-deber ser; pero, además, no puede desarrollarla por completo, pues inmediatamente se ve obligado a poner de relieve la importancia que tiene el momento de la observancia ordinaria para la positividad, o sea, en realidad, para la validez y existencia de las normas jurídicas. En el error opuesto incurre Schmitt, quien subestima completamente la normatividad exaltando, en oposición a ella, la existencialidad, de modo que viene a concebir a la Constitución no como norma, sino sólo como decisión...⁹

La propuesta que lanza Heller es clara. Su concepción se corresponde con un realismo marcadamente dialéctico. Hans Kelsen permanece en el

⁷ Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 271.

⁸ *Idem*, "El poder político", artículo incluido en el libro *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, 1996, p. 76.

⁹ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 1934, p. 271.

plano del deber ser; Carl Schmitt lo hace en el del ser. Para Heller, en cambio, ser y deber ser se encuentran indisolublemente ligados en el mundo real.

El ser y el deber ser son, sin duda, elementos antagónicos que no pueden referirse ni el uno al otro ni ambos a una común raíz lógica, pero que sí pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social. Pues un deber ser social que, por principio, no guardase relación alguna con un ser social a que hubiere de dar forma, no sería en puridad, un deber ser. Por otra parte, como Kelsen acertadamente indica, no existe un ser social sin normas sociales. La ‘tensión’, pues, entre ser y deber ser no debe resolverse nunca unilateralmente, ni a favor de lo normativo ni del lado de la realidad social. Sólo se comprende de manera cabal la ordenación normativa social si se considera y da por supuesto que el ser y el deber ser no se hallan en un estado de aislamiento y en una anti-dialéctica ausencia de relación, sino, por el contrario, en una correlativa coordinación...¹⁰

Es inútil establecer normas que no guarden correspondencia alguna con lo que sucede en la realidad. El deber ser (la norma) le da cuerpo al ser (la realidad) y asegura su permanencia.

También Schmitt se suma a los ataques al normativismo kelseniano, cuando expresa que

...en Kelsen, sólo valen las normas positivas, es decir, aquellas que realmente valen; no valen porque en justicia deban valer, sino sólo porque son positivas, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc. Aquí cesa de repente el deber ser y desaparece la normatividad; en su lugar aparece la tautología de unos simples hechos: una cosa vale, cuando vale y porque vale. Esto es positivismo...¹¹

¿De qué sirve una norma que castigue con diez años de cárcel a los hombres que vuelen a más de diez metros de altura por sus propios medios, si hasta el presente el ser humano no puede volar? ¿Qué acatamiento tendrá una norma que ordene usar tapados de piel y ropa de abrigo en países con clima tropical? “...Tan desatinado es disponer que no es lícito a los hombres morir, como, por el contrario, ordenárselo...”¹²

Es evidente que dichas normas serán de imposible cumplimiento, o bien carecerán de aplicación (*desuetudo*).

¹⁰ *Ibidem*, p. 203.

¹¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1927, 1982, p. 34.

¹² Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 202.

El logismo normativo que representan Kelsen y su escuela, al contraponer el deber ser, de carácter jurídico, al ser, de carácter social, sin que entre ellos exista modo alguno de relación, considerando al primero como un deber ser independiente de toda orden y de toda observancia, atiende única y unilateralmente a la normatividad y olvida que todo el deber social se relaciona constantemente con un querer humano y que las normas sociales no son afirmaciones teóricas, sino exigencias dirigidas a la voluntad del hombre...¹³

El ataque a Kelsen es una constante en los escritos de Hermann Heller. Pero esto no significa en modo alguno considerar a Heller cercano al decisionismo schmittiano, como algunos intérpretes han querido ver.

Schmitt declaraba que

...en realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra voluntad significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser... La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da... En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente...¹⁴

Para Schmitt, todo es decisión, existencia. Poca importancia tendrá el orden jurídico si, en última instancia, todo depende exclusivamente de una voluntad.

No hay que perder de vista que toda la construcción teórica de Schmitt sirvió de sustento al régimen nazi de Hitler, en el que tuvo activa participación desde 1933 hasta 1936.

Muy por el contrario, para un socialdemócrata como Heller, derecho y poder se necesitan mutuamente. Así como quien detenta el poder tiene la facultad y la posibilidad de dictar las normas, así también es, mediante el derecho, como una situación momentánea de poder logra perdurar y obtener aprobación. Por eso afirma Heller que el derecho crea poder.

Le responde a Schmitt sosteniendo que "...naturalmente que en la base de toda normación, no sólo de la Constitución sino de cualquier ley, existe una decisión más o menos política del que crea la norma...", pero "...ninguna decisión puede, sin normatividad, producir una normalidad y, por tanto, una continuidad de la conducta...".¹⁵

¹³ *Idem.*

¹⁴ Schmitt, Carl, 1927, *op. cit.*, pp. 34, 46 y 47.

¹⁵ Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 284.

El derecho, empero, sólo puede ser comprendido como un querer si se le concibe, a la vez, como un deber ser... El gran mérito crítico de Hans Kelsen ha sido el haber señalado que la validez jurídica no puede basarse en su establecimiento por un poder de voluntad no sometido a normas...¹⁶

Heller es plenamente consciente de las gravísimas consecuencias que arrastra consigo el pensamiento de Schmitt y su exaltación de la decisión por sobre la norma.

III. LAS LAGUNAS EN EL DERECHO

Históricamente, los sectores más influyentes de la sociedad, los factores reales de poder en el vocabulario de Lasalle, han visto en la objetivación de la normalidad mediante el derecho, una forma de asegurar su poder de hecho, transformándolo en uno de derecho, y alcanzando de ese modo cierta previsibilidad. El proceso de objetivación, del dictado de los preceptos jurídicos, puede ser llevado a cabo mediante un procedimiento autoritario, uno libre y democrático, o bien por los usos y costumbres, como lo fue en Inglaterra. El establecimiento del Estado moderno, y con él el de la burocracia estatal con su organización, sirvieron para que, paulatinamente, se fuera produciendo una autonomía del derecho, de la normalidad. El derecho comenzó a tener una vida propia que apareció como independiente del contexto histórico-social. De ahí el error, para Heller, en que incurre el “positivismo logístico” (como él lo denomina), y con él Kelsen, de considerar al derecho como un ordenamiento cerrado sin “lagunas”. Esto le resulta absolutamente insostenible. Nunca puede considerarse a la normatividad como algo totalmente separado de la normalidad.

En realidad, la suma de preceptos jurídicos existentes no constituye jamás un sistema lógicamente cerrado y unitario; son siempre una obra humana con lagunas e imperfecta... La exigencia jurídica de la ausencia de lagunas en la realidad normativa jurídica no es tampoco, como quieren los lógico-normativos, un postulado apriorístico del jurista, sino que sólo puede proclamarse, con sentido, en la organización del Estado Moderno, y realizarse, hasta un cierto grado, sólo por ella y en ella...¹⁷

¹⁶ *Ibidem*, p. 208.

¹⁷ *Ibidem*, p. 286.

La inexistencia de lagunas es una ficción, un presupuesto lógico sobre el que se construye el Estado moderno. Se funda en la falsa creencia de un orden jurídico absolutamente impersonal.

Esta democracia formal, que ha perdido la fe en un derecho material, cuyas clases representativas ya no pueden creer en su derecho de representación y en la que las contradicciones de clases hacen imposible la creencia en la existencia de una voluntad générale, tiene un gran interés en oponerse a la idea de que la organización estatal implica el dominio de una clase sobre otras; para justificar esta oposición propaga la tesis de la existencia de un poder total y objetivo de la ley...¹⁸

Con el fin de erradicar la justicia privada, el Estado moderno se vio obligado a encontrar siempre una solución jurídica que evitara el uso de la fuerza por mano propia. El conflicto se resuelve mediante una decisión jurídica o, en última instancia, política. Siempre, detrás de toda sentencia o resolución administrativa está presente un acto de voluntad individual.

El Estado de derecho puede garantizar una cierta armonía en el derecho penal, civil, o procesal, y el llenado de muchas de las lagunas que allí pudieran presentarse, ya que ellos se encuentran bajo el amparo del derecho constitucional. Pero es ahí, en el ámbito del derecho constitucional, donde se presentan lagunas de imposible solución.

Si, por ejemplo, el precepto de Derecho Constitucional que dispone que el Gobierno, para poder actuar, precisa de la confianza parlamentaria, resulta de imposible cumplimiento cuando en el Parlamento sólo se reúne una mayoría para negar la confianza a todo posible gabinete, no hay medio de llenar esta laguna jurídica absoluta. Este problema de las lagunas absolutas, insoluble para el jurista dogmático, puede irse reduciendo por medio de una jurisdicción constitucional muy amplia, pero nunca ser liquidado por completo...¹⁹

Lo difícil resulta poder armonizar derecho y poder en el marco de la realidad estatal.

¿Cómo se llenan las lagunas? Los principios éticos del derecho.

¿Cómo entender que la realidad se encuentra en permanente cambio, que el derecho también debe cambiar, pero que al mismo tiempo las normas constitucionales posean una relativa estabilidad?

¹⁸ Heller, Hermann, *La soberanía*, México, 1927, 1995, p. 116.

¹⁹ Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 287.

Sólo desde un punto de vista dialéctico podemos entender que “todo es y no es al mismo tiempo”, que la vida se encuentra en un permanente fluir.

Problema especial es el de determinar de qué modo se puede armonizar la permanencia de las normas con el cambio constante de la realidad. Pero implica una incomprensión total de la importancia política y jurídica del elemento normativo de la Constitución la osada afirmación de Schmitt de que todo derecho es derecho de situación...²⁰

Si no existe una relativa permanencia normativa, un cierto grado de previsibilidad, no se puede hablar de la existencia de una Constitución estatal. Es aquí donde Hermann Heller realiza la distinción entre reglas del ser, principios lógicos del derecho, y principios éticos del derecho.

Las reglas del ser son aquellas privadas de normación, son las formas de vida diaria, y remiten a características de cultura, idioma, religión, etcétera.

Los principios lógicos del derecho son producto de la abstracción, y surgen como un resultado de la inducción de preceptos jurídicos y decisiones judiciales.

La cuestión central está dada por los principios éticos del derecho a los que refiere Heller, y que en primera instancia podrían aparecernos como un resabio iusnaturalista. Nada más alejado de la propuesta y el significado que les da nuestro autor. Se trata de principios legitimados por la sociedad, y cuya validez será históricamente variable y guardará relación con el “círculo de cultura” correspondiente. Son principios suprapositivos, y actúan como normas fundamentales.

Estos principios sirven como reglas de ordenación para la comunidad, y como reglas de interpretación para las decisiones judiciales. El legislador constitucional suele reconocer el carácter necesario de dichos principios, y lo efectúa de un modo material y de un modo formal.

El principio de monogamia y el de educación familiar de los hijos son ejemplos que brinda de cómo la Constitución de Weimar recepta principios éticos de modo material. No se trata de preceptos jurídicos positivos, comparables con los que integran el derecho de familia del Código Civil. Sin embargo, son aquellos principios rectores, y no los numerosos artículos del Código Civil, los que realmente conoce la población, y por los cuales rige su comportamiento: “En la práctica, pues, no son estos preceptos jurídicos positivos, sino aquellos principios generales del Derecho los que ayudan a asegurar la ordenación de la realidad social...”²¹

²⁰ *Ibidem*, pp. 273 y 274.

²¹ Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 275.

La remisión formal se realiza cuando el legislador se refiere a principios como la buena fe, los usos y costumbres, la igualdad, etcétera. Se trata de un “poder en blanco” que autoriza al juez a interpretar y resolver el caso concreto, adoptando una decisión que tome como guía dichos principios.

Como es evidente, el precepto jurídico positivo representa una formulación más precisa de los preceptos generales legitimados por la sociedad. El establecimiento de modo formal o material de estos preceptos implica, para Heller, reconocer dos cosas:

...la necesidad en que se halla la normatividad jurídica de ser complementada por una normalidad social a la que se le da valor de una manera positiva;... la incapacidad en que se halla para establecer, de una vez para siempre, el contenido, históricamente cambiante en la mayoría de los casos, de las normas sociales que complementan a las jurídicas.²²

La Constitución intenta establecer un plan de futuro para la sociedad. Este plan, de carácter normativo, debe tener alguna probabilidad de ser implementado en dicha comunidad, y al mismo tiempo, guardar relación con los deseos de los miembros de la misma (normalidad). Si las reglas establecidas en la Constitución (normatividad) resultan ajenas al sentir de la población, o son absolutamente imposibles de realizar (por cuestiones económicas, por ejemplo), el abismo entre la hoja de papel y la Constitución real se torna insalvable. Las normas de la Constitución se transforman en una utopía que, como tal, carece de efectividad alguna.

Pero así como las normas deben guardar correspondencia con la realidad, así también deben ser lo suficientemente flexibles para permitir que la sociedad siga creciendo y transformándose, sin que para ello sea necesaria una ruptura violenta del orden jurídico estatal. La *normalidad* se perfecciona con la *normatividad*, la cual requiere de una permanente *normalidad* que le asegure su vigencia.

La obligatoriedad del derecho positivo no puede entenderse, a menos de derivarla de la fuerza obligatoria de las normas éticas fundamentales del derecho y de la fuerza obligatoria de la autoridad de la comunidad. Pero las normas jurídicas fundamentales obligan sólo ética y no jurídicamente, diferenciándose de los mandamientos autoritarios impuestos coactivamente, en que éstos pueden encontrar obediencia por temor a la coacción, pero sin obligar a la conciencia...²³

²² *Ibidem*, p. 276.

²³ Heller, Hermann, 1927, *op. cit.*, p. 133.

Heller considera que sin la apelación a los preceptos éticos la mayoría de las normas constitucionales, e incluso numerosos preceptos jurídicos positivos, serían de imposible aplicación. Con llamativa similitud a los planteos que hoy en día efectúa Ronald Dworkin, recomienda

...que si la jurisprudencia positiva, entendida como algo más que una simple técnica jurídica, desea alcanzar resultados satisfactorios, debe dirigir su mirada hacia la investigación de las normas jurídicas fundamentales y de las instituciones jurídicas; la sistematización jurídica es únicamente posible con la ayuda de reglas lógicas y de normas jurídicas fundamentales de naturaleza teleológica...²⁴

Un ejemplo de cómo los preceptos se mantienen inmutables pero su contenido va variando según los cambios histórico-sociales, es el de igualdad ante la ley, que existe en todos los regímenes democráticos. De una igualdad meramente formal, se fue avanzando hacia un contenido cada vez más social de la misma; de una igualdad política que sólo incluía a los varones, se pasó a entender que dicha igualdad comprendía también a las mujeres, etcétera.

Sólo existe la Constitución jurídica objetivada en cuanto es constantemente referida al sujeto humano, en cuanto se actualiza constantemente por hombres. El hecho de que, a través de las vivencias y actos concretos en constante fluir, se descubra una estructura de unidad y una Constitución, se debe a que de este fluir trasciende una determinada estructura de poder y un derecho correspondiente a ella, cuyo derecho, precisamente porque sirve a la perduración de aquella estructura de poder, no puede ser un derecho de situación...²⁵

¿Queda alguna duda acerca del destinatario de estos párrafos?

El derecho de situación, el sometimiento de toda normación a un plano secundario y por debajo de la decisión, como lo hace Carl Schmitt, conducen, inevitablemente, a que pierda sentido el concepto mismo de Constitución del que estamos hablando. Pero, por otro lado, y lo que resulta aún más grave, le sirve a Schmitt y sus seguidores para considerar legítima toda Constitución por el solo hecho de existir.

El abismo con nuestro autor es enorme. Heller nos dice que “...precisa una Constitución, para ser Constitución, es decir, algo más que una re-

²⁴ *Ibidem*, p. 130.

²⁵ Heller, Hermann, 1934, *op. cit.*, p. 289.

lación fáctica e inestable de dominación, para valer conforme a derecho, una justificación según principios éticos de derecho...”²⁶

En el pensamiento de Heller, toda Constitución que pretenda ser estable deberá buscar un fundamento de justicia para sus normas, lo que no significa negar la posibilidad de que exista un derecho injusto.

Heller se interna en un debate que se profundizará al culminar la Segunda Guerra Mundial, y a partir de las atrocidades cometidas por el nazismo. Autores de la talla de Gustav Radbruch (íntimo amigo de Heller), Alf Ross, H. L. Hart, y actualmente Ernesto Garzón Valdés, Robert Alexy²⁷ y Ronald Dworkin,²⁸ por nombrar sólo algunos, han intentado analizar, por diferentes caminos, esta interrelación del derecho con la justicia y la moral.

Para Heller, los principios éticos son valores que permiten legitimar a una Constitución. Pero ¿qué valores defiende Hermann Heller?

Como lo expresa de manera reiterada, él aboga por un Estado social de derecho.

Entre los valores esenciales que deben integrar una Constitución éticamente justificable, Heller destaca la división de poderes, la defensa de los derechos fundamentales, la supremacía autoritaria del Estado por sobre la sociedad, el origen democrático de la autoridad política, y límites precisos para la autoridad estatal.

Esta serie de derechos y garantías enumerados conforman un punto de partida, sin embargo, de ninguna forma pueden ser considerados como un límite a la incorporación de nuevos derechos sociales. La gran preocupación es el peligroso avance del “Estado totalitario”, cuya experiencia, Europa, ya estaba sufriendo. Por eso no debe malinterpretarse la expresión Estado autoritario que utiliza Heller. Por “autoritario” hay que comprender “intervencionista”, término mucho más adecuado en el vocabulario actual, y que creemos evita confusiones. Heller aboga por un Estado social que se preocupe por la vida de sus integrantes, y que pueda intervenir y dominar a las fuerzas económicas.

Así como no queremos prescindir de la legitimidad democrática, de igual manera tampoco queremos estar privados bajo ninguna circunstancia de la legalidad del Estado de derecho en una constitución alemana. Deseamos el Es-

²⁶ *Ibidem*, p. 298.

²⁷ Véase al respecto Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 41 y ss.

²⁸ Véanse los trabajos de Ronald Dworkin, en especial *Los derechos en serio*, Barcelona, 1977, pp. 61 y ss. y *El imperio de la justicia*, Barcelona, pp. 74 y ss.

tado autoritario, pero luchamos contra el Estado total... Para nosotros puede tratarse únicamente de someter también el orden del trabajo y de los bienes a la organización del Estado material de derecho, de transformar el Estado liberal en un Estado socialista de derecho, pero no de eliminar el Estado de derecho en general...²⁹

Lejos se encuentra nuestro autor de defender una concepción de tipo totalitario. De allí su permanente preocupación por remarcar la imprescindible necesidad de conjugar un Estado que sea a la vez legítimo y legal. Su Estado socialista sigue siendo, fundamentalmente, un Estado de derecho.

Es por eso que destaca el necesario control que debe existir sobre el accionar de los gobernantes, pero aclarando que dicho control debe estar a cargo de tribunales ligados a la ley y no del partido único, como sucede en los países de régimen dictatorial. Su ejemplo para el caso era el de la Rusia soviética.

Entre los derechos fundamentales, sin los cuales resulta imposible el funcionamiento de un Estado democrático, Heller menciona la libertad de prensa, de opinión, de asociación, etcétera. Sostiene que "...como fundamento de legitimación de la organización autoritaria del Estado hacemos valer sólo al pueblo, al pueblo como portador de determinados valores que posibilitan la cultura, y no como masa de opiniones e intereses arbitrarios..."³⁰ Pregona, para ello, un derecho electoral que respete el principio de igualdad de elección, criticando todo intento de imponer una democracia de tipo plebiscitaria. No debemos olvidar que ésta, la plebiscitaria, era la forma a través de la cual los Estados totalitarios pretendían legitimar su autoridad. Las elecciones libres y los partidos políticos desaparecían, dando lugar a un sistema por el cual el pueblo, entendido como una masa uniforme y sin ideas propias, se reunía en la plaza pública, y por aclamación ratificaba a su líder. Este líder encarnaba el verdadero espíritu del pueblo.

IV. CONCLUSIÓN

Cuando Heller promueve la necesaria interrelación dialéctica entre normalidad y normatividad, entre ser y deber ser, lo hace teniendo muy presentes los ataques que por entonces se efectuaban a la Constitución de Weimar. Se le endilgaba ser resultado de un pacto aparentemente espúreo entre la bur-

²⁹ Heller, Hermann, 1931; *Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana*, publicado en *El Sentido de...*, *op. cit.*, p. 73.

³⁰ *Ibidem*, p. 71.

guesía, la aristocracia y el proletariado; de poseer, por ello, profundas contradicciones derivadas de la existencia de principios capitalistas conviviendo con principios socialistas.

Así, por ejemplo, declaraba Schmitt que

...la Constitución de Weimar no contiene todas las decisiones políticas fundamentales ineludibles en el año 1919. La gran alternativa: ordenación burguesa o socialista de la sociedad, ha sido despachada evidentemente sólo mediante un compromiso. La segunda parte de la Constitución de Weimar muestra en las determinaciones sobre los derechos y deberes fundamentales de los alemanes un carácter mixto, en cierta medida, un grado intermedio entre concepciones burguesas y socialistas...³¹

Lejos de negar estas contradicciones, Heller las reconocía y las consideraba algo digno de admirar. Si la Constitución es el resultado de los factores reales de poder, las contradicciones de la Constitución de Weimar no eran culpa del legislador, sino la expresión de una sociedad contradictoria.

¿Podría cualquier constitución alemana decretar la desaparición de la clase media o del empresariado o sustraer su autoconciencia a la clase obrera organizada? ¿O podría cualquier otra constitución decretar realmente una política cultural católica, protestante o bolchevique?

¡No! Pues estas contradicciones no se deben al legislador de la Constitución, sino que se hallan en nuestra situación social e histórico-espiritual. Ahí deben ser eliminadas primero, y que nuestra forma constitucional nos conceda la libre posibilidad de eliminarlas es justamente su mejor cualidad...³²

Heller afirma que la Constitución de Weimar poseía los elementos necesarios para hacer de ella una Constitución buena.

Y ¿cuándo una Constitución puede considerarse buena? Nos dice que será calificada como tal aquella

...que deje a las fuerzas que forjan el porvenir, libertad para la formación política futura. Decisiva para el valor de una constitución es, pues, esa relación de la forma creada con la libertad creadora. La constitución más perfecta sería ciertamente aquella en la que la relación necesaria de tensión entre libertad y forma fuese superada y la forma sociopolítica de todos los miembros se afir-

³¹ Schmitt, Carl, 1927, *op. cit.*, p. 53.

³² Heller, Hermann 1924, “El sentido de la política”, publicado en el libro *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, España, 1996, p. 65.

mase en libertad... Calificamos de buena a una constitución actual que realice la forma históricamente necesaria convirtiendo en formas posibilitadoras de cultura la lucha históricamente inevitable, pero que a la vez deje a las fuerzas creadoras de libertad para forjar un futuro más bello.³³

Sostiene que un déficit de forma implicaría vivir en un estado de guerra civil, de caos; sería como la “revolución permanente” de Trotsky. Al no existir una Constitución estable, no hay posibilidad de prever, de tener certeza sobre la forma en que se pueden llegar a resolver los conflictos que inevitablemente surgen en el seno de cualquier sociedad. Pero un déficit de libertad los acercaría al Estado fascista italiano de Mussolini (el cual Heller había visitado) con todos los peligros que ello implicaría.

La ventaja de una Constitución democrática como la de Weimar por sobre una Constitución autoritaria (y da el ejemplo de la Constitución de Bismarck), es que la primera puede ir superando las contradicciones sociales existentes en forma pacífica, sin violencia; lo que bajo una autoritaria resulta imposible.

La Constitución de Weimar poseía, para Heller, una forma política abierta. No se trata de una fórmula cerrada, inmodificable, sino un producto en elaboración. “...La forma política de un Estado Social de Derecho está sólo en gestación...”.³⁴ La visión de Heller iba mucho más allá de su tiempo. La fórmula del Estado social de derecho sería consagrada en la España post-Franco, donde fue incorporada al artículo 1o. de la Constitución de 1978.

Y por si alguna duda quedaba acerca de la férrea voluntad democrática de Hermann Heller, sirvan como cierre las siguientes palabras finales:

...Nosotros nos comprometemos a defender la Constitución de Weimar frente a todos los ataques de los ideólogos de la violencia. Si estos provocadores vuelven a hablar irónicamente de la democracia de la papeleta de voto, queremos decirles muy claramente una cosa:

Sabemos muy bien que un Estado no se garantiza solamente con las papeletas de voto, y les probaremos este conocimiento de manera práctica en el momento en el que intenten una agresión violenta. ¡Entonces defenderemos la Constitución de Weimar, si es preciso con las armas en la mano!...³⁵

³³ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

³⁴ *Ibidem*, p. 66.

³⁵ Heller, Hermann, 1929/30, *op. cit.*, p. 67.

EL CONCEPTO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Pablo SLAVIN*

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Conceptos-esencias*.

I. PLANTEAMIENTO

Si existe o no una conexión necesaria entre derecho y moral constituye un debate interminable. Pareciera que la teoría jurídica no tuviera otra opción que elegir el camino del positivismo jurídico, o de lo contrario, caer en algunas de las variantes jusnaturalistas. Afirma Bobbio que “Se podría decir scherzosamente que cuando se enfrentan como ideologías, son enemigos pero no hermanos; cuando se enfrentan como teorías no son hermanos ni enemigos; cuando se enfrentan como modos diversos de acercarse a la experiencia jurídica, son hermanos y no enemigos”.¹

Hart, como otros tantos positivistas, no pone en duda que

...el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas.²

Pero esto no implica que “...los criterios de validez de normas particulares usadas en un sistema jurídico tengan que incluir, en forma tácita, si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia”.³

* Doctor en derecho (UBA); director del Instituto de Investigaciones “Carlos S. Nino” de la Facultad de Derecho (UNMDP); investigador categoría I; titular exclusivo ordinario de derecho laboral y de derecho político, ambas en la Facultad de Derecho (UNMDP).

¹ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Distribuciones Fontamara, 1992, p. 87.

² Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 229.

³ *Idem*.

Hart entiende por “Positivismo Jurídico la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.⁴

Comparte con Austin la idea de que “El derecho de un Estado no es un ideal, sino algo que existe efectivamente... no es lo que debe ser, sino lo que es”, o con Kelsen la clásica frase expuesta en su *Teoría general del Estado y del derecho*, respecto de que las normas jurídicas “...pueden tener cualquier tipo de contenido”.

Rescata la claridad y honestidad que estos autores intentaban establecer “...en la formulación de las cuestiones morales suscitadas por las normas jurídicas particulares que son moralmente inicuas, pero que han sido sancionadas en la forma establecida, tienen un significado claro, y satisfacen todos los criterios de validez reconocidos por el sistema”.⁵

Es que para el positivismo jurídico, intentar negarle carácter jurídico a las normas jurídicas “válidas” con el argumento de que las mismas son manifiestamente inicuas, sólo constituye una forma de “inducir a confusión”, que no resuelve ni siquiera el problema que intenta atacar.

Admite, es cierto, Hart, que aparecería como

...un punto de vista atractivo cuando, después de una revolución o de conmociones sociales graves, los tribunales de un sistema tienen que considerar su actitud frente a las iniquidades cometidas guardando las formas jurídicas, por los ciudadanos o los funcionarios bajo el imperio del régimen anterior.

Pero enseguida responde:

Es posible que entonces parezca tentador decir que las disposiciones que obligaban o permitían la iniquidad no deben ser reconocidas como válidas, o como dotadas de calidad jurídica, aún cuando el sistema dentro del que fueron dictadas no establecía restricción a la competencia de esa legislatura. Fue en esta forma que en Alemania, después de la última guerra, se revivieron los argumentos del Derecho Natural, en respuesta a los agudos problemas sociales que quedaron como saldo de las iniquidades del régimen nazi y de su derrocamiento.

⁴ *Ibidem*, p. 230.

⁵ *Ibidem*, p. 256.

Vale la pena recordar algunos de los dilemas que hubo que enfrentar y son descritos por Hart:

¿Debían ser castigados los delatores que, persiguiendo fines egoístas, obtuvieron el encarcelamiento de otros por transgredir leyes monstruosas aprobadas durante el régimen nazi? ¿Es posible condenarlos en los tribunales alemanes de post guerra, sosteniendo que estas leyes violaban el Derecho Natural y por lo tanto eran nulas, de modo que el encarcelamiento de las víctimas por violar tales leyes fue en realidad ilícito, y el obtenerlo fue en sí un delito?⁶

La disputa entre “...quienes aceptan y quienes rechazan el punto de vista de que las reglas moralmente inicuas no pueden ser derecho...” no es una cuestión puramente verbal, sino que, a juicio de Hart, encierra “...el mérito comparativo de dos conceptos o maneras de clasificar reglas que pertenecen a un sistema generalmente efectivo de la vida social”.

Se trataría de un concepto amplio y otro más restringido.

Si adoptamos el concepto más amplio, eso nos llevará, —explica Hart— en las investigaciones teóricas, a agrupar y considerar juntos como “derecho” todas las reglas que son válidas según los criterios formales, aun cuando alguna de ellas atente contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida.

En cambio, adhiriéndose al concepto más restringido, “...excluiremos del significado de ‘derecho’ esas reglas moralmente ofensivas”.⁷

¿Dónde estaría la ganancia de adoptar este punto de vista? “nada, por cierto, sino confusión...”, responde Hart.

Por el contrario, apelando al criterio más amplio, el resultado científico podría ser más fructífero en la medida en que es posible “...ubicar dentro de él, el estudio de cualquier característica que tengan las reglas moralmente inicuas, y de la reacción de la sociedad frente a ellas”.

Negarle carácter jurídico a las normas moralmente inicuas no presta ningún servicio práctico.

“¿Conduciría ello —pregunta Hart— a mejorar las maneras de resolver problemas tales como los que el régimen nazi dejó detrás suyo?”⁸

En síntesis:

⁶ Hart, H., *op. cit.*, p. 257.

⁷ *Ibidem*, p. 258.

⁸ *Ibidem*, p. 259.

Un concepto de derecho que permita distinguir entre la validez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a reglas inicuas puede cegarnos frente a ella.⁹

No niega Hart que los que utilizaron la delación en el régimen nazi, conduciendo a la muerte a sus parientes o vecinos valiéndose de la aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el Estado castigue únicamente a aquellos que al cometer el mal hicieron lo que estaba prohibido por el Estado en ese momento.

¿Qué sugiere Hart?

Si estamos dispuestos a "...introducir fisuras en el principio *nulla poena sine lege...*" para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, "...es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente".¹⁰

Concluye que

...un castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse a favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ello no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar.

Estas palabras de Hart nos provocan una serie de inquietudes.

¿Hay un único concepto de derecho, o en realidad cabe distinguir entre "derecho" y "derecho moralmente inicuo"?

No cabe duda que Hart se adhiere a la tesis amplia y, por tanto, la calificación de derecho inicuo no puede realizarse desde la ciencia jurídica, sino que dicha determinación sería exclusivamente establecida por la moral.

Si esto es así, dado que los juicios morales, de acuerdo con el pensamiento positivista, son juicios de valor, y por tanto, relativos e indemostrables científicamente, no resulta posible distinguir entre normas inicuas y las que no lo son.

Armados de ese argumento, los nazis, como otros tantos defensores de regímenes aberrantes, podrían sostener que la normativa aplicable por ellos no sólo es jurídicamente válida, sino además moralmente justa.

⁹ *Ibidem*, p. 261.

¹⁰ *Idem*.

La explicación de Hart no nos resulta muy clara. Considera que “introducir fisuras en el principio *nulla poena sine lege* para impedir un mal mayor que su sacrificio... es la elección entre males...” que en circunstancias extremas nos vemos obligados a realizar.

Ahora bien, si las normas pueden tener cualquier contenido, el principio de irretroactividad sólo tiene validez en la medida en que el derecho positivo lo recepta. De no preverlo, no existiría ningún reparo para aplicar sanciones a pesar de que el acto hubiera sido legal cuando se realizó.

Si, en cambio, el principio está vigente, apartarse del mismo importa la violación de la ley.

Resultaría entonces que la ley “monstruosa” se habría cumplido “...guardando formas jurídicas por los ciudadanos o los funcionarios bajo el imperio del régimen anterior”;¹¹ y la norma retroactiva reparadora, por el contrario, podría ser declarada ilegal en los términos de la legislación actual.

No debemos asustarnos. Nada es tan simple.

En primer lugar, es posible que el principio de irretroactividad no esté regulado por la ley, y sin embargo, los jueces lo reconozcan como un principio jurídico indiscutible, y como tal, lo apliquen.

En segundo lugar, tratándose del caso inverso, si la norma existe, pero los jueces —invocando razones de moral, equidad o lo que fuere— no la aplican y sus sentencias son confirmadas por el Tribunal Superior, la resolución es jurídicamente válida.

En la célebre obra de Anatole France *La Isla de los Pingüinos*, este brillante escritor describe con fina ironía la historia de Francia. Al tratar el caso Dreyfus, representado éste por el pingüino Pyrot, uno de los personajes pregunta si existen dudas sobre su culpabilidad. Como es sabido, Dreyfus (Pyrot) fue condenado por un hecho que no había cometido, sufriendo las consecuencias de ser un judío integrante del ejército francés plagado de antisemitas.

Respondiendo a la pregunta el monje de Conils, afirma:

...no puedo dudar, querido Agaric... En cuanto a pronunciarme de algún modo a favor o en contra de su culpabilidad, me guardaré mucho de hacerlo, pues sería sustituir la autoridad de los jueces por la mía. Por lo demás, es inútil, pues Pyrot está condenado. Si no está condenado porque es culpable. Es culpable porque está condenado, y viene a ser lo mismo...¹²

¹¹ *Ibidem*, p. 257.

¹² France, Anatole, *Obras selectas*, Librería Ateneo, t. I, p. 814. Las cursivas son nuestras.

¡El principio de validez queda subsumido en el de efectividad!

Como sabemos, a diferencia del jusnaturalismo, que pretende derivar el conocimiento de la naturaleza o de la razón, el positivismo lo describe como una entidad variable que se modifica en la historia por voluntad del legislador.

Una de las polémicas más duras la dirige el jusnaturalismo contra el formalismo jurídico “...o sea, contra la pretensión francamente positivista jurídica de distinguir el derecho del no derecho sin hacer ninguna diferencia al contenido de las reglas jurídicas”.¹³

Bobbio precisa el punto:

En otras palabras, esta última contraposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico, se refiere a la disputa acerca de si conviene introducir en la definición de derecho una referencia al fin (el bien común, la justicia, la paz, etc), o si es preferible definir al derecho mediante la referencia a los procedimientos susceptibles de descripción práctica mediante como se lo crea y aplica. Es indudable que el approach del positivismo jurídico está caracterizado y condicionado por este segundo tipo de definición...¹⁴

Se concibe o describe como derecho al objeto que reúne, desde el punto de vista formal y procedimental, las propiedades de un sistema normativo, coactivo, etcétera.

Cualquiera puede ser el contenido de las normas por aberrantes o inicuas que resulten. De esta forma, la definición o el concepto de derecho puede mantenerse inalterable sirviendo para identificar cualquier régimen a través de la historia, sin necesidad de ningún *aggiornamento*.

Bulygin, al referirse al estatus ontológico de los derechos humanos, y fiel a una concepción positivista, niega la existencia de normas morales abstractas objetivamente válidas; no cree en derechos morales absolutos ni en derechos humanos universalmente válidos.

A su entender,

...los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su “positivización” por la legislación o la constitución, los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de “realidad”, aun cuando esa realidad sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional incorpora los derechos

¹³ Bobbio, *op. cit.*, p. 84.

¹⁴ *Idem*.

humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no ya meramente morales.¹⁵

Hasta aquí no podemos sino compartir las palabras de Bulygin.

Nuestra diferencia con el positivismo estriba en que, al no distinguir el contenido de las normas, resulta indiferente que se trate de un derecho fundamental o de un derecho común, siendo por tanto posible su eliminación por un nuevo legislador.

Se apresura Bulygin a responder: “Se me podría reprochar que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo”.

Sin embargo, no acepta esta crítica. No cree que los peligros que acechan a los derechos humanos puedan imputarse a la teoría positivista. Considera que no debe cerrarse los ojos a la realidad “...ni crear la ilusión de seguridad cuando la realidad es muy otra”.

Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, —sostiene Bulygin— entonces los derechos humanos son sumamente frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje; si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución.¹⁶

Fundamentar los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta constituiría una política reprochable, pues crea una “...falsa sensación de seguridad”. Y seguidamente agrega que “Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que la conquista se pierda como tantas otras”.

¿Cuidarla? ¿Cómo?

La definición de derecho limitado a las formas con exclusión de sus contenidos normativos constituye una concepción, a nuestro criterio, cuestionable.

Pierde de vista que las formas y los procedimientos requieren para su existencia del reconocimiento de ciertos contenidos jurídicos, que paulati-

¹⁵ Bulygin, Eugenio y Alchourrón, Carlos, *Análisis lógico y derecho. Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 624.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 624 y 625.

namente se van volviendo pétreos y constituyen el andamiaje de cualquier sociedad organizada.

Veamos esto con un ejemplo. Imaginemos una Constitución que expresamente disponga la vigencia irrestricta del régimen democrático y declare insanablemente nula cualquier disposición en contrario. A través de elecciones libres se constituye un cuerpo legislativo que, con una amplia mayoría, decide reformar la extensión del mandato del Poder Ejecutivo —hasta entonces de cuatro años— llevándolo a cincuenta años.

La pregunta que debe responder el más alto tribunal de la República es si esa normativa resulta o no constitucional.

No escapa a nadie que una de las condiciones del sistema democrático es la renovación periódica de los cargos políticos.

Por tanto, no hay duda de que la norma en cuestión estaría desnaturalizando el régimen democrático establecido en la Constitución.

Sin embargo, para quienes como Kelsen, Ross o incluso Bobbio, la democracia sólo es un sistema procedimental que no garantiza contenidos, no resulta muy coherente que definan como propiedades esenciales de la democracia una serie de valores (igualdad, tolerancia, pluralismo, renovación gradual, cada individuo un voto) que, en todo caso, tendrían que aceptarse o no mediante un procedimiento democrático.

Sabemos que esto es un absurdo. La idea de Kelsen de que todos los valores son relativos, termina siendo inconsistente cuando lo que se pone en discusión son los principios mismos de la democracia.

¿Qué ha ocurrido?

A través de la historia, la definición de democracia ha dejado de ser puramente procedimental para incorporar a su concepto principios que ya no son parte de la agenda de discusión política. Son, como diría Martín Kriele, cotos vedados al debate democrático. Se han vuelto valores que ya no se discuten. Han dejado de ser relativos para volverse —por ahora— pétreos.

II. CONCEPTOS-ESENCIAS

Bulygin debate con Raz sobre si es posible o no una teoría del derecho. De acuerdo con Raz, el concepto de una cosa “...implica el conocimiento y comprensión de todas las propiedades...” de la misma.

“¿Tiene una cosa propiedades esenciales *per se*, independientemente del concepto usado para identificarla?” —pregunta Bulygin— y enseguida responde: “Esta parece ser la opinión de Raz”.¹⁷

Bulygin discrepa con este punto de vista. Pone como ejemplo un objeto que está observando. Si se lo identifica como una lámpara, la propiedad de iluminar será esencial; en cambio, si lo observa como un objeto de bronce, entonces el material del cual está hecho pasa a ser lo esencial, y la iluminación, lo accidental.

Pone en duda entonces

...que existan propiedades esenciales o necesariamente independientes del concepto usado para identificar esa cosa. Si por ‘naturaleza’ entendemos el conjunto de todas las propiedades esenciales o necesarias de una cosa, entonces parece razonable sostener que es sólo en virtud de nuestros conceptos que las cosas tienen una naturaleza, que algunas de sus propiedades son necesarias o esenciales y esto significa que son propiedades definitorias del concepto correspondiente.¹⁸

Adoptando una posición idealista, afirma que no existen propiedades esenciales de una cosa independientes del concepto.

Para Bulygin “...es el concepto de una cosa el que determina cuáles son las propiedades esenciales y —en consecuencia— la naturaleza de esta cosa, y no a la inversa”.¹⁹

Veamos un ejemplo. En una época, el concepto de agua establecía como propiedades esenciales la de ser líquido, inodoro, incoloro e insípido. Más tarde, la ciencia precisó con mayor exactitud que por agua debe entenderse una combinación de dos moléculas de hidrógeno y una de oxígeno, y que puede ser tanto líquida, como sólida o gaseosa.

¿Ha sido el concepto el que estableció cuáles eran las propiedades del agua, o viceversa?

La cuestión tiene importancia para poder entender cómo llega al concepto de derecho.

En este sentido, Bulygin afirma: “Por otra parte, si, como he sugerido, las propiedades necesarias o esenciales de una cosa dependen del concepto que usamos para referirnos a esa cosa, entonces, las proposiciones acerca de la naturaleza del derecho serían analíticas y por tanto necesarias”.

¹⁷ Raz, J. *et al.*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 101.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 102.

Raz ve las cosas de distinta manera. A su juicio, la teoría del derecho no consiste en el análisis del concepto de derecho, sino en establecer en qué consiste su naturaleza.

Aparentemente hay un punto de coincidencia entre ambos. Nos referimos a la afirmación del primero, en el sentido de que el "...concepto de derecho es un producto histórico que cambia a través del tiempo..."²⁰

Existiría entonces una pluralidad de conceptos de derecho, pero no debemos caer en el error y suponer que estos conceptos diferentes responden a un cambio o transformación en la historia de la "...naturaleza del derecho".

De ninguna manera.

Para ninguno de los dos autores el cambio está en la realidad, sino que lo encuentran en el mundo ideal.

"La teoría general del derecho estudia las propiedades esenciales del derecho", afirma Raz; pero dado que la lista de estas propiedades es indefinida, cada concepto del derecho identificará algunas propiedades prefiriéndolas respecto de otras.

No hay cambio en "la naturaleza del derecho"; lo que varía a través del tiempo no es el derecho, sino su comprensión.

Desde ya no compartimos esta posición.

El derecho es una relación social, un producto histórico sujeto a continuas transformaciones.

El elenco de los derechos humanos —dice Bobbio— se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas; esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etcétera.²¹

Derechos que a finales del siglo XVIII se consideraban absolutos, como el de propiedad, recuerda Bobbio, han sido "...sometidos a radicales limitaciones, otros que ni siquiera se mencionaban, hoy son proclamados con gran ostentación en todas las declaraciones recientes".²²

La incorporación de los derechos humanos, ya sea a través de las Constituciones o las convenciones y declaraciones internacionales, constituye una particular positivización que exige a los teóricos del derecho replantearse el concepto de derecho y asumir, como una realidad, que ciertos principios y derechos se han instalado con carácter pétreo, en el sentido de que su discusión ha quedado fuera de la agenda política.

Para concluir, coincido plenamente con Bobbio cuando afirma que

²⁰ *Ibidem*, p. 106.

²¹ Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, p. 56.

²² *Idem*.

...en la medida en que sea útil pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.²³

²³ *Ibidem*, p. 89.

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL ELECTORAL EN MÉXICO. EL CASO YURÉCUARO

Luis Octavio VADO GRAJALES*

A Rebeca, por su fuerza,
y a Luis Octavio, por su llegada

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Descripción del caso*. III. *Sentido y argumentación de la sentencia del TEPJF*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del expediente SUP-JRC-604/2007 es relevante, porque se ocupa de dos temas muy discutidos en México; el primero, la aplicación de la aparentemente desaparecida causa de nulidad abstracta; y el segundo, la relación creencias religiosas-elecciones.

Debido a sus temas polémicos, se convierte la resolución en estudio en un buen banco de pruebas de la argumentación realizada por la máxima autoridad judicial electoral mexicana. Por tanto, en este estudio buscaré reconstruir los argumentos utilizados, confirmar su corrección y aportar elementos que puedan fortalecerlos, porque me parece que los temas debatidos volverán a hacerse presentes en futuras elecciones.

Mi aproximación se constriñe al análisis de los argumentos del juzgador electoral. Creo que esta labor es importante, porque los jueces deben dar buenas razones y no solamente repetir textos legales, así que el control sobre

* Maestro en derecho constitucional y amparo; candidato a doctor en derecho. presidente de la Academia de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, de la que es docente a nivel licenciatura y posgrado; profesor también de la Universidad Contemporánea y del Instituto de Especialización Judicial del Tribunal Superior de Justicia de Querétaro.

la calidad de sus argumentos se suma a otros análisis posibles, incluso desde otras disciplinas, como la ciencia política.

En México, nuestra joven democracia necesita que estemos atentos de la labor de sus administradores, que ejerzamos la crítica que les ayude a realizar de mejor manera su labor, derivando así en una vida política de mayor calidad. Coincido con el resultado de la sentencia, así como con buena parte de la argumentación. Pero creo que pudo ser aún más sólida y explícita en algunos puntos. En el siguiente apartado haré una apretada síntesis del caso, para continuar con el análisis de los argumentos y ofrecer algunas conclusiones al final. Entremos en materia.

II. DESCRIPCIÓN DEL CASO

Debo señalar sucintamente que el modelo electoral mexicano implica que las elecciones locales (estatales) y las municipales sean encargadas a órganos especializados y autónomos de las entidades, y que la impugnación de los resultados deba hacerse en dos momentos: una primera instancia ante las autoridades jurisdiccionales electorales locales, y la segunda ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,¹ juez constitucional-electoral.

El once de noviembre de 2007 se realizaron las elecciones para ayuntamiento en el municipio de Yurécuaro, estado de Michoacán, mismas que arrojaron los siguientes resultados:

<i>Partido o coalición</i>	<i>Votación</i>
Partido Acción Nacional	2,542
Partido Revolucionario Institucional	4,087
Coalición por un Michoacán Mejor	2,201
Partido Verde Ecologista de México	1,786
Candidatos no registrados	4
Votos nulos	285
Votación total	10,825

Como puede observarse, el triunfo del candidato del Partido Revolucionario Institucional² tuvo una votación claramente superior a su más cercano rival, proveniente del Partido Acción Nacional.³ La elección fue

¹ En lo siguiente, TEPJF, anteriormente conocido como TRIFE.

² Al que se le denomina generalmente como PRI.

³ PAN.

calificada como válida por el Consejo Municipal de Yurécuaro, el 14 de noviembre de 2007. Esta declaración de validez fue impugnada tanto por el PAN como por la coalición Por un Michoacán Mejor⁴ ante el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, quien asignó los expedientes TEEM-JN-049/2007 y TEEM-JN-050/2007, resueltos mediante sentencia del 8 de diciembre del año citado, en que determinó la nulidad de la elección municipal, y, en consecuencia, revocó la expedición de las constancias de validez y mayoría favorables a los candidatos a presidente municipal y regidores del PRI.

Básicamente la decisión del juez electoral local se basó en el artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral del Estado de Michoacán, que establece la prohibición de usar símbolos religiosos y expresiones, alusiones o fundamentaciones de dicho carácter en la propaganda electoral.⁵ Inconforme con esta decisión, el PRI interpuso el juicio de revisión constitucional electoral, que es procedente para atacar las decisiones definitivas de las autoridades electorales locales cuando se viola algún precepto de la Constitución nacional.⁶ La impugnación fue radicada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, misma que en ese entonces tenía la facultad de conocer de dicho asunto.⁷ El expediente fue radicado bajo el número SUP-JRC-604/2007; fallado por unanimidad el 23 de diciembre de 2007,⁸ el expediente confirmó la resolución del tribunal electoral michoacano, y por consiguiente, ratificó la invalidez de la elección.

Los argumentos de la impugnación ante el TEPJF pueden resumirse de la forma siguiente: el PRI considera que resulta inadecuada la decisión del tribunal local en tanto que decide anular la elección cuando no está prevista la causal de forma expresa en la legislación local. Reconoce el texto mencionado del artículo 35 de la legislación electoral, pero considera que provoca cuando más el inicio de un procedimiento sancionatorio de tipo administrativo, que podría concluir con una sanción consistente en amonestación, multa, suspensión del financiamiento público, suspensión o cancelación del registro del partido político, pero no con la invalidez de la elección. Consi-

⁴ A quien denominaré CMM por razón de brevedad.

⁵ “Artículo 35. Los partidos políticos están obligados a: ...XIX, Abstenerse de utilizar símbolos religiosos, así como expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso en su propaganda”.

⁶ Véase artículo 86 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, LGSMIME.

⁷ En la actualidad, quien debe conocer de las impugnaciones sobre elecciones locales son las salas regionales del TEPJF.

⁸ La sentencia puede ser encontrada en la siguiente dirección: <http://148.207.17.195/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>, última consulta realizada el 18 de enero de 2010.

dera además que el tribunal michoacano aplicó en el caso concreto la llamada causal abstracta de nulidad, que había sido prohibida expresamente en la reforma electoral.

III. SENTIDO Y ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TEPJF

El tribunal, por decisión unánime de los magistrados integrantes de la Sala Superior,⁹ confirmó la sentencia recurrida, por lo que ratificó la invalidez de la elección. La argumentación del juez electoral inició en el considerando sexto, y comenzó por analizar el tema de la causal abstracta de nulidad. Empezaré con este asunto.

1. *El tema de la causa abstracta de nulidad*

El Tribunal señala que no se le pide que declare la nulidad de una elección conforme a la causa abstracta, sino calificar la legalidad de la sentencia dictada por el juez electoral michoacano,¹⁰ que determinó la nulidad de la elección por el componente religioso ya indicado. De esta forma, trata de salvar la aparente aplicación de la causa de nulidad abstracta.

La causal había sido establecida por el TEPJF en la siguiente jurisprudencia:

Nulidad de elección. Causa abstracta (legislación de Tabasco y similares). Los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9o. de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, establecen principios fundamentales como: el sufragio universal, libre, secreto y directo; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de

⁹ Debo señalar que estuvieron ausentes en la discusión y votación los magistrados Salvador Olimpo Nava Gomar y Pedro Esteban Penagos López.

¹⁰ El actor había señalado en su demanda que el juez electoral michoacano había aplicado la causa abstracta a pesar de que durante la tramitación del expediente en primera instancia se había reformado la Constitución para prohibirla. Este punto se abordará más adelante.

equidad. Estos principios deben observarse en los comicios, para considerar que las elecciones son libres, auténticas y periódicas, tal y como se consagra en el artículo 41 de dicha Constitución, propias de un régimen democrático. Esta finalidad no se logra si se inobservan dichos principios de manera generalizada. En consecuencia, si alguno de esos principios fundamentales en una elección es vulnerado de manera importante, de tal forma que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente y, como consecuencia de ello, se ponga en duda fundada la credibilidad o la legitimidad de los comicios y de quienes resulten electos en ellos, es inconcuso que dichos comicios no son aptos para surtir sus efectos legales y, por tanto, procede considerar actualizada la causa de nulidad de elección de tipo abstracto, derivada de los preceptos constitucionales señalados. Tal violación a dichos principios fundamentales podría darse, por ejemplo, si los partidos políticos no tuvieran acceso a los medios de comunicación en términos de equidad; si el financiamiento privado prevaleciera sobre el público, o bien, si la libertad del sufragio del ciudadano fuera coartada de cualquier forma, etcétera. Consecuentemente, si los citados principios fundamentales dan sustento y soporte a cualquier elección democrática, resulta que la afectación grave y generalizada de cualquiera de ellos provocaría que la elección de que se trate carecería de pleno sustento constitucional y, en consecuencia, procedería declarar la anulación de tales comicios, por no haberse ajustado a los lineamientos constitucionales a los que toda elección debe sujetarse.

- Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-487/2000 y acumulado. Partido de la Revolución Democrática. 29 de diciembre de 2000. Mayoría de cuatro votos. Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo. El magistrado José Fernando Ojesto Martínez Porcayo no intervino, por excusa.
- Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-096/2004. Coalición Alianza Ciudadana. 28 de junio de 2004. Mayoría de cinco votos en el criterio. Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo.
- Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-099/2004. Partido Acción Nacional. 28 de junio de 2004. Mayoría de cinco votos en el criterio. Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo.¹¹

¹¹ Tesis: S3ELJ 23/2004 *Jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, Tercera Época. Página: 200.

Esta interpretación implicó la creación pretoriana de una nueva causa de nulidad, y siguiendo la tesis transcrita podemos extraer que tiene los siguientes elementos:

- 1) No está prevista en la legislación electoral de forma expresa.
- 2) Se origina del reconocimiento de principios de los procesos electorales enunciados en la Constitución.
- 3) Implica verificar que se ha violado al menos uno de dichos principios en un caso concreto de forma *grave y generalizada*.
- 4) Como consecuencia, se invalida la elección en la que se haya presentado.

Esta causal presenta varias aristas en su aplicación. En primer lugar, la amplitud que otorgaba al juez electoral para determinar el contenido de los principios ante la falta de legislación expresa; en segundo, complicaciones respecto a la prueba de las violaciones a los principios. Y, en tercer lugar, una complicación de naturaleza política, dado el poder que tal causa le otorgaba al juez electoral.¹² Desde luego, también rompía con el tópico consistente en que *las nulidades deben ser previstas de forma expresa en ley*. Estas características permitían a la vez una mayor amplitud en el control electoral a partir de los principios constitucionales ajustándolos a las nuevas realidades de la “ingeniería electoral” de los partidos, permitiendo una actividad dinámica del juzgador.

En la reforma constitucional electoral de 2007 se propuso y se aprobó eliminar la posibilidad de la causa abstracta. Esto mediante la nueva redacción del párrafo segundo de la fracción II del artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice a partir de su modificación: “las salas Superior y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes”.

¹² Sobre el tema de la causa de nulidad abstracta, véase Bárcena Zubieta, Arturo, *La prueba de irregularidades determinantes en el derecho electoral. Un estudio desde la teoría de la argumentación*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, pp. 25-31; Nieto Castillo, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, UNAM, 2003, pp. 187-191 (con una visión muy favorable a la causa abstracta); Huber Olea y Contró, Jean Paul, *Derecho contencioso electoral*, México, Porrúa, 2005, pp. 183-187 (que se manifiesta contrario a la causa de nulidad en estudio); Tron Petit, Jean Claude, “Comentario a los artículos 71 a 78”, *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Comentada*, Miguel Ángel Porrúa-Colegio Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, A. C., p. 677.

La exposición de motivos de la iniciativa no abunda en el tema. El dictamen de las comisiones de la Cámara de Senadores expresa que, existiendo una discusión sobre los poderes interpretativos del juez electoral, y sin vulnerar sus competencias, era necesario circunscribir su poder a las causales de nulidad previstas en ley.¹³ En la Cámara de Diputados se repitió prácticamente la misma razón en el dictamen respectivo.¹⁴

A favor de la reforma se ha dicho que abona a la certidumbre del derecho,¹⁵ a la vez que surgieron dudas sobre si efectivamente el juez electoral realmente se abstendría de declarar una nulidad por no encontrarla legislada.¹⁶ No es este el espacio para hacer la crítica de la reforma, pero sí es la oportunidad de criticar argumentos, y el de la certeza del derecho parece bastante flaco. Veamos por qué.

En la formulación sugerida, creo que puede reconstruirse el argumento de la siguiente forma: la certeza es un objetivo del derecho, y en concreto de su rama electoral, porque permite que se hagan predicciones certeras sobre los actos y abstenciones que provocan la nulidad de una elección; por tanto, el texto legislativo debe ser lo más claro posible.

Reconstruido de la forma anterior el argumento, pueden formularse varias objeciones:

- 1) No puede identificarse *derecho* con *texto normativo*.¹⁷ Las leyes son parte del derecho, pero no las únicas, y desde luego, la jurisprudencia también forma parte del derecho.

¹³ “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación; de Radio, Televisión y Cinematografía; y de Estudios Legislativos que contiene Proyecto de Decreto de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Reforma Electora”, *Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral*, México, número especial 1, mayo de 2008, especialmente la p. 48.

¹⁴ “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Gobernación, con Proyecto de Decreto que reforma los artículos 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134; y se deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *ibidem*, p. 167.

¹⁵ “Delimitar legalmente las facultades de las autoridades jurisdiccionales en temas tan delicados como la nulidad de una elección es una manera de contribuir a la certidumbre que tanto requiere la vida democrática”, Salazar Ugarte, Pedro, “La reforma constitucional. Una apuesta ambiciosa”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro, *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, edición revisada 2009, t. I, pp. 120 y 121.

¹⁶ “Seminario sobre la Reforma Electoral 2007”, *Boletín del Centro...*, *op. cit.*, p. 374.

¹⁷ De hecho, no podemos identificar norma y texto normativo. La norma surge del texto aplicado a una realidad concreta relevante jurídicamente, y el sentido del texto es asignado mediante la interpretación. Véase Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, s/f.

- 2) Así como el derecho no se compone sólo de textos normativos, tampoco se compone exclusivamente de normas, sino también de principios, que desde luego requieren una actividad interpretativa dada su generalidad y amplitud.¹⁸
- 3) La predictibilidad del derecho, si existe, no puede descansar únicamente en el texto normativo, sino también en la acción de los operadores jurídicos.
- 4) Ceñir a los jueces únicamente al texto de la norma es un anacronismo superado por la realidad. No sólo los legisladores crean derecho.¹⁹
- 5) Difícilmente un texto normativo será tan claro que no requiera interpretación.²⁰

Por eso la duda expresada sobre si el juez electoral se abstendría de declarar una nulidad por no encontrarla expresa en ley era bastante razonable. En el caso que nos ocupa, queda claro que no existía de forma expresa como causa de nulidad en la legislación michoacana el que hubiera elementos religiosos en la elección, por lo que siguiendo la prohibición de aplicar la causa de nulidad abstracta, puede concluirse que no debió anular la elección. Tal podría haber sido el sentido de la sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Sin embargo, debe recordarse que la limitación para ceñirse a las causas de nulidad legal sólo opera en el caso de la jurisdicción electoral federal, pues el ya citado artículo 99 constitucional se refiere concretamente al TEPJF, no a la judicatura local. El artículo 116 de la Constitución mexicana establece una serie de obligaciones para los constituyentes y legisladores locales; en su fracción IV se ocupa de la materia electoral, y en concreto, su inciso m) establece que en la legislación electoral local se fijen las causales de nulidad de las elecciones de gobernador, diputados locales y ayunta-

¹⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Planeta Agostini, trad. de María Guastavino, s/f, especialmente el capítulo 2.

¹⁹ Concebir al legislador como el único creador del derecho es regresar a la noción meramente formal de Estado de derecho, en el que “el objetivo central de dicho ordenamiento es crear un sistema jurídico unificado y coherente que establezca las relaciones sociales, haciéndolas predecibles y ciertas”. Ruiz Valerio, José Fabián, *¿Democracia o Constitución? El debate actual sobre el Estado de derecho*, México, Fontamara, 2009, p. 98.

²⁰ Pensemos en un caso en el que un partido o candidato incurran en una causal de nulidad expresa en ley, habiendo sido provocada por el partido opositor, mismo que oportunamente reclama la nulidad, y supongamos que el principio de las nulidades consistente en que *nadie puede beneficiarse de su propio dolo* no se encuentre legislado, ¿los partidarios de la tesis de la certeza estarían de acuerdo con que se anulara la elección?, si es así, deberían dar buenas razones para justificarse. En caso contrario, tendrían que aceptar que hay ciertos principios que aunque no estén expresos en la norma están implícitos o presupuestos.

mientos, así como los plazos convenientes para el desahogo de todas las instancias impugnativas, tomando en cuenta el principio de definitividad de las etapas de los procesos electorales, y lo anterior es una obligación para el legislador, pero de la misma no se desprende que el juez electoral local deba ceñirse expresamente a las causas de nulidad previstas en ley. Dicho de forma contundente, no prohíbe al legislador local la aplicación de la causa abstracta; esto es, la anulación de un proceso electoral por la contravención a uno o varios principios constitucionales.

De esta forma, el TEPJF no podía determinar la ilegalidad de la resolución electoral local, dado que si bien el juez michoacano no aplicó las causas de nulidad expresamente previstas en ley, tampoco tenía dicha obligación, pues la Constitución no lo ceñía a la misma. Claro está que debió hacer el juez local un esfuerzo importante de argumentación para justificar su sentencia.

2. Argumentación

Los principales argumentos en la ejecutoria son de tipo sistemático, apoyados por uno de tipo histórico. El argumento sistemático tiene como fuente única el derecho, y parte de considerarlo como un conjunto articulado de normas.²¹ Implica considerar que el derecho, en tanto sistema, está dotado o puede dotarse mediante la interpretación de cierta coherencia.²²

A continuación reconstruiré la argumentación de la ejecutoria por el TEPJF:

En primer lugar, considera que la Constitución establece un sistema de valores en beneficio de la propia sociedad, y lo hace ya sea por medio de normas directas o de directrices, que también son exigibles.²³

En segundo lugar, estima que la Constitución nacional establece como principio de las elecciones el que sean libres, auténticas y periódicas.²⁴ Aho-

²¹ Dehesa Ávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 433-457; y Castillo Alva, José Luis *et al.*, *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, 2a. ed., Perú, ARA Editores, 2006, pp. 303 y 304.

²² Una brillante descripción del agotamiento de la coherencia y estabilidad del derecho como sistema se encuentra en Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7a. ed., trad. de Mariana Gascón, Madrid, Trotta, 2007, pp. 21-41.

²³ Aunque no hay una cita o referencia a Ronald Dworkin, me parece que sus ideas subyacen en el texto de la resolución.

²⁴ Así se establece en el segundo párrafo del artículo 41 constitucional, que si bien no es mencionado expresamente sí se cita su texto.

ra bien, extraídos los principios y reglas del artículo 41 constitucional, la sentencia se ocupa de articularlos con el diverso 130, que regula las relaciones entre las Iglesias y el Estado. Las disposiciones más relevantes son las siguientes:

[...]

d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.

e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

De estas disposiciones, la Sala Superior concluye que "...la razón y fin de la norma de referencia es regular las relaciones entre las iglesias y el Estado, preservando su separación absoluta e intentando asegurar que, de ninguna manera, puedan contaminarse unas con otras".

Reconstruyendo el argumento hasta aquí en forma de silogismo sorites o en cascada,²⁵ tenemos lo siguiente: Premisa 1: La Constitución establece un sistema de valores, mediante directrices y normas; Premisa 2: Las elecciones deben ser libres, auténticas y periódicas; Premisa 3: Las iglesias no pueden participar en procesos electorales, ni de forma directa ni indirecta; Conclusión: un elemento de las elecciones libres, auténticas y periódicas es la no participación de Iglesia alguna en las mismas. Pero hasta aquí parece que el argumento, por sí mismo, no justifica la sentencia, dado que no se juzga si la jerarquía eclesiástica intervino en el proceso, sino la utilización de símbolos religiosos por parte de un candidato. Por lo mismo, sigue la argumentación de la sentencia.

²⁵ En este tipo de silogismo encontramos varias proposiciones, en las que la conclusión de la anterior es premisa de la posterior. Véase Castillo Alva, *op. cit.*, p. 185.

En este punto se introduce un argumento de tipo histórico,²⁶ en el que se hace un recorrido por la legislación electoral nacional desde 1916 hasta el vigente Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, normas en las que siempre se prohibió la utilización de los elementos religiosos en las campañas. De tal recorrido, se concluye en la resolución que el efecto buscado ha sido y es el evitar que los partidos puedan aprovecharse de la fe de un pueblo. Aquí tenemos entonces un nuevo elemento que se introduce en la discusión. Si había concluido que un elemento de las elecciones libres era la no participación de las Iglesias, ahora se afirma también que los partidos no pueden beneficiarse de los símbolos o elementos religiosos en las campañas. En la ejecutoria se lee:

En congruencia con todo lo anterior y teniendo en cuenta que el artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral para el Estado de Michoacán, al establecer que los partidos políticos están obligados a abstenerse de utilizar símbolos religiosos, así como expresiones alusiones o fundamentaciones de carácter religiosos en su propaganda, es válido concluir que en dicha prohibición subyace la observancia y vigencia del mandamiento constitucional analizado.

Pero el argumento histórico tiene un defecto. El recorrido que se hace se refiere exclusivamente a leyes que han regulado o regulan las elecciones federales, y el caso de Yurécuaro es una elección municipal regida por normas electorales locales. De esta forma, considero que el Tribunal tenía dos opciones. La primera, construir un argumento de tipo analógico para articular la reconstrucción histórica de la norma federal con la local; el segundo, elaborar un argumento histórico por referencia a la legislación electoral local. Incluso pudo haber combinado ambas opciones. Al no hacerlo así, no queda sino suponer que el juez electoral federal consideró que la historia de las disposiciones legales federales reflejaba también la evolución de la legislación local, lo que me parece implica aceptar que la legislación federal y la local es la misma; mejor aún, que las leyes locales son copia de las federales.

Lo anterior es de hecho un tópico en el derecho mexicano. Y si bien los tópicos son elementos útiles en la argumentación, considero que la Sala pudo haberse ahorrado su uso mediante la utilización de la estrategia argumentativa ya señalada. No niego con esto la posibilidad de que

²⁶ Este argumento sirve para “descubrir el sentido de la norma” más que para dotarla de significado, y considera la regulación hecha por diversos legisladores a lo largo del tiempo, asumiendo o reconociendo una continuidad legislativa. Véase Castillo Alva, José Luis, *op. cit.*, p. 305, y Dehesa Ávila, Gerardo, *op. cit.*, pp. 611-614.

la legislación michoacana sea o haya sido copia de la federal, pero considero que el juez electoral asumió un tópico de forma innecesaria, y que además puede resultar falso.²⁷ De lo anterior concluye la Sala Superior la constitucionalidad del artículo 35, fracción XIX, de la legislación electoral michoacana.

Recapitulando, podemos seguir con nuestro silogismo en cascada: premisa 4: La Constitución nacional establece que un elemento de las elecciones libres, auténticas y periódicas es la no participación de Iglesia alguna en las mismas; premisas 5: de la misma Constitución se desprende que los partidos no pueden beneficiarse del uso de símbolos religiosos en las campañas; premisa 6: el artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral del Estado de Michoacán obliga a los partidos a abstenerse del uso de símbolos y expresiones religiosos; conclusión: es constitucional la prohibición de la legislación local michoacana consistente en que los partidos no pueden usar símbolos y expresiones religiosas en sus campañas. A pesar de las posibles deficiencias ya señaladas en la utilización del argumento histórico, considero que puede mantenerse en pie la construcción por el Tribunal de los razonamientos expresados en las premisas anteriores.

Hasta aquí tenemos que los partidos no pueden utilizar símbolos religiosos en sus campañas. Pero debe darse el salto ahora a los candidatos, dado que las imputaciones son directas respecto al candidato y no al partido. Se lee en la sentencia:

Resulta necesario establecer, que también son sujetos de la abstención en comento, junto con los partidos políticos, sus candidatos, pues éstos con motivo de las campañas electorales que despliegan, pueden incurrir en dicha conducta; pues de no interpretarse el referido dispositivo en los términos precisados, se llegaría al extremo que durante las campañas electorales se inobservara dicha previsión, bajo el argumento de que el mismo está dirigido a los partidos políticos y no a los candidatos, lo cual evidentemente se trataría de un fraude a la ley...

Considerando a los militantes como parte del partido, y a éste como el todo, se está predicando que una obligación del todo lo es también de las

²⁷ "...los tópicos incorporan enunciados verdaderos (o aceptables) en la mayor parte o en muchas ocasiones, pero no en todas... precisamente porque pueden entrar en contradicción con (y ser derrotados por) otros tópicos de signo contrario". Yo añadiría, también pueden ser derrotados por otros argumentos de diverso tipo. Atienza, Manuel, *La guerra de las falacias*, México, Cajica, 2004, p. 41.

partes. Esta conclusión debe obtenerse de forma cuidadosa, dado que desde luego podría ser una falacia.²⁸

En este punto la argumentación podría haberse fortalecido si se hubiera demostrado a partir de las disposiciones legales locales que los partidos políticos tienen la obligación de vigilar el cumplimiento de las normas por parte de sus militantes o candidatos, o que existe una norma que obliga a los militantes y candidatos a respetar las normas aplicables en las elecciones. No es que considere inadecuado el razonamiento o conclusión a que llega el juez; más bien creo que pudo fortalecerse.

En la ejecutoria se tienen por acreditadas las afirmaciones de que el candidato ganador había realizado y se había beneficiado de actos de propaganda con símbolos religiosos,²⁹ por lo que podemos continuar reconstruyendo de la siguiente forma: premisa 7: es constitucional la prohibición de la legislación local michoacana consistente en que los partidos no pueden usar símbolos y expresiones religiosos en sus campañas; premisa 8: la prohibición de no utilizar símbolos y expresiones religiosos en campaña se extiende también a los candidatos de los partidos; premisa 9: se acreditó que el candidato ganador en la elección municipal de Yurécuaro usó símbolos y expresiones religiosos en su campaña; conclusión: el candidato ganador de la elección municipal de Yurécuaro incurrió en una conducta prohibida.

Ahora queda pendiente un punto fundamental. Aceptando la ilegal actuación del candidato priísta, ¿cómo se justifica la anulación de la elección?, sobre todo considerando que no se establece en la legislación local como causa de nulidad la violación al referido artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral. En primer lugar, debe demostrarse que no se trata de una disposición sin sanción, de forma que articulada con otras pueda extraerse una sanción. De hecho, el actor considera que existía un procedimiento, el llamado *procedimiento administrativo sancionador*,³⁰ y un catálogo de sanciones.³¹

²⁸ Específicamente, la falacia de la división. "...cuando la ambigüedad proviene de suponer que lo que conviene al todo, o al grupo, conviene también a la parte o al miembro del grupo". Dehesa Ávila, Gerardo, *op. cit.*, p. 322.

²⁹ Uno de los temas pendientes para un futuro análisis de la sentencia en estudio es justamente la apreciación de las pruebas. Queda para una mejor ocasión y diversa pluma.

³⁰ "Artículo 36. Los partidos políticos pueden solicitar ante el Consejo General, aportando elementos de prueba, que se investiguen las actividades de otros partidos, cuando existan motivos fundados para considerar que incumplen alguna de sus obligaciones, o que sus actividades no se apegan a la ley".

³¹ "Artículo 279. Los partidos políticos independientemente de las responsabilidades en que incurran sus dirigentes, miembros y simpatizantes, podrán ser sancionados indistintamente, con: I. Amonestación pública y multa de cincuenta a cinco mil veces el salario mí-

La Sala Superior considera que no sólo existe sanción, sino que además la misma consiste en la nulidad de la elección. Arriba a esta conclusión de la siguiente forma: “Recordemos que en nuestro silogismo en cascada ya hemos evidenciado que se tuvo por violentada la disposición constitucional consistente en separar la política de la religión, mediante la violación de las normas que prohibían el uso de símbolos religiosos”.

Después se afirma en la sentencia:

Es verdad que en dichos preceptos (se refiere a diversos artículos de la Constitución nacional y del Código Electoral michoacano) no se encuentra algún enunciado en el cual se haga referencia literal a que la elección en cuya campaña se emplean elementos religiosos es nula, o alguna expresión similar o equivalente; empero, ello no significa que la consecuencia jurídica declarada por la autoridad responsable no encuentre sustento en dichos preceptos o no deba considerarse incluida en ellas.

Y pocos párrafos después:

Consecuentemente, una vez establecido que un acto es contrario a las disposiciones de la Ley Suprema, la consecuencia legal ineludible es privarlo de efectos, mediante la declaración correspondiente que se haga en ese sentido o bien mediante la determinación de la nulidad de tal acto; pues no es dable atribuir validez, ni reconocer el surtimiento de efectos de un acto que contraviene a la Constitución.

La línea argumental sistemática seguida en la resolución parte de considerar violados principios constitucionales electorales, principios plasmados en la ley secundaria, pero no sancionados expresamente con la nulidad; la misma resulta entonces no del texto de la ley de forma aislada, sino de la articulación de la misma con la Constitución. Parece sostenible el razonamiento. Implica reconocer que un principio constitucional como la separación Iglesias-Estado que ha sido afinado en ley puede implicar la nulidad de los actos que lo contravengan. Y creo que para el lector el parecido con la causa abstracta de nulidad es muy cercano. Tal vez el único elemento nuevo que incidiría en la definición jurisprudencial de la causa abstracta sería incluir el caso de que el principio esté positivizado en ley aunque no se prevea

nimo vigente en la capital del Estado; II. Reducción de hasta el cincuenta por ciento de las ministraciones del financiamiento que les corresponda, por el periodo que señale la resolución; III. No presenten, en los términos y plazos previstos, los informes a los que se refiere este Código; IV. Excedan los topes de gasto en los procesos de selección de candidatos o en las campañas electorales, y V. Con cancelación de su registro como partido político estatal”.

de forma expresa la nulidad. Debo recordar aquí que, como ya expuse, la prohibición de la nulidad abstracta no se estableció para los tribunales electorales locales.

Sin embargo, no encuentro en la sentencia la apreciación anterior; esto es, reconocer la vigencia de la causa abstracta en lo local, aunque parecería una conclusión del razonamiento seguido. Y aventuro que dicha consideración no se formuló por dos razones: primera, porque como deja muy claro el texto de la resolución, el juez electoral federal no se consideró llamado a determinar la nulidad de la elección, sino a revisar la sentencia local; y segundo, porque abrir la puerta al reconocimiento de que la causa abstracta de nulidad no fue eliminada del arsenal del juez local podría tener efectos indeseables para el propio sistema.³²

Queda un tema pendiente. El actor manifestó que la sanción debió ser de tipo administrativo y no mediante la nulidad de la elección. En este punto la Sala Superior consideró que "...la falta administrativa es independiente de la consecuencia jurídica que deriva de la violación directa a un precepto constitucional, y por el contrario, al margen de la nulidad electoral, la infracción referida puede ser sancionada en el ámbito del derecho administrativo sancionador electoral".

Reconstruyamos la parte final de nuestro silogismo: premisa 10: el candidato ganador de la elección municipal de Yurécuaro incurrió en una conducta prohibida; premisa 11: la conducta prohibida contrariaba no sólo la ley electoral, sino también la Constitución; premisa 12: los actos contrarios a la Constitución son nulos; conclusión: debe anularse la elección municipal de Yurécuaro, porque el ganador incurrió en violaciones a la Constitución.

IV. CONCLUSIÓN

Puede realizarse el análisis del razonamiento judicial desde diversas ópticas. Aquí me he ocupado de una parte de los temas y los argumentos utilizados por el juez electoral mexicano en una sentencia, buscando exhibir los principales argumentos utilizados y señalando algunos posibles complementos. Quedan pendientes otros abordajes sobre la misma sentencia; por ejemplo, un análisis de los argumentos sobre las pruebas. También resultaría posible construir incluso contraargumentos.

Creo que el caso seleccionado resultó relevante para evidenciar la forma en que argumenta el juzgador electoral federal en México. Y resulta de

³² Creo que una conclusión importante de la sentencia en estudio para los jueces electorales locales, es que pueden seguir aplicando la causa abstracta de nulidad.

mayor interés porque se tocan dos temas de mucha discusión, tales como la causa abstracta y la religión en la política. Sobre los argumentos reconstruidos, busqué evidenciar en cada caso las razones que los hubieran fortalecido de mejor forma. Esto, porque me sumo al sentido de la resolución, pero creo que pudo robustecerse en algunos puntos.

El uso del argumento sistemático resulta adecuado y consistente, no así el argumento histórico, como espero haber dejado claro. Pudo haberse también construido una línea discursiva más fuerte respecto al tema de la libertad religiosa del candidato y la limitación al uso de símbolos religiosos, en particular hubiera sido interesante un ejercicio de ponderación al tratar-se ambos de principios extraíbles de la Constitución nacional.³³

Me preocupa el uso del argumento histórico respecto a la legislación federal y su aplicación a la legislación local sin construir una analogía. Parece subyacer la idea de que la legislación federal es imitada por la local, cuando no necesariamente es así. Se realiza un salto en la argumentación que no se justifica.

Me parece que el tema de la causa de nulidad abstracta queda todavía abierto. Si bien el legislador federal y los partidos políticos impulsores de la reforma pueden considerar que cerraron la puerta al juez electoral para que interprete principios y anule elecciones, considero que la dejó abierta para la judicatura local.

Esta limitación del poder interpretativo del juez me parece indebida, sostenible sólo desde la perspectiva de una imposible certeza absoluta del derecho, que nos llevaría a un formalismo indeseable. Bastaría con que no se previera una causa de nulidad para proteger un principio constitucional para conseguir que las elecciones pudieran ser inconstitucionales, pero legales y válidas.

Creo que la sentencia en estudio da buena cuenta de cómo los principios constitucionales, entrelazados con la legislación secundaria, deben ser protegidos.

En fin, espero contribuir a la muy necesaria discusión sobre las sentencias de los jueces,³⁴ una labor de control que debe llamarnos siempre a los interesados en conseguir una justicia en constante mejora.

³³ Un excelente ejemplo de ponderación de principios, evidenciando además la metodología utilizada, fue realizado por el propio TEPJF en la sentencia del expediente SUP-JDC-393/2005.

³⁴ El propio TEPJF ha contribuido a esta cultura con la publicación de su *Serie comentarios a las sentencias del tribunal electoral*.

La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Flores Editor y Distribuidor, se terminó de imprimir el 29 de junio de 2016 en los talleres de Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V., Cuauhtémoc núm. 1405, colonia Del Gas, delegación Azcapotzalco, 02950 Ciudad de México. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel bond 70 x 95 de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros.

Consta de 1,000 ejemplares (impresión *offset*).