



Derecho y sociedad

*Reflexiones sobre
Sociología Jurídica,
Filosofía del Derecho
y Derechos Humanos*

Manuel Calvo García,
Fernando Arlettaz,
Jorge Gracia Ibáñez
(editores)



Universidad
Zaragoza

HURI-AGE

El Tiempo de los derechos
Consolider-Ingenio 2010



Laboratorio de
Sociología Jurídica



Calvo García, Manuel; Arlettaz, Fernando y Gracia Ibáñez, Jorge (editores):
Derecho y Sociedad. Reflexiones sobre Sociología Jurídica, Filosofía del
Derecho y Derechos Humanos, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2014.

ISBN 978-84-92522-90-3.

ÍNDICE

PRÓLOGO, 5

DIVERSIDAD, IDENTIDADES Y CONTROL SOCIAL, 9

EL ENFRENTAMIENTO ENTRE DOS IDEAS NACIONALES: LA ESPAÑA UNITARIA VS. LA ESPAÑA PLURAL. Lucía Payero López, 10

LA ESTRUCTURACIÓN DE LA DIVERSIDAD SOCIAL EN BÉLGICA: EL SISTEMA DE PILARIZACIÓN Y DEMOCRACIA CONSOCIATIVA, Pablo Latorre Rodríguez, 28

LAS MEDIDAS DE EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EUROPEOS DE ETNIA GITANA EN FRANCIA: UNA RELECTURA DESDE LAS FUNCIONES DEL DERECHO, Encarnación La Spina, 44

REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA A EXTRANJEROS EN ESPAÑA A PARTIR DEL REAL DECRETO LEY 16/ 2012 Y SUS REPERCUSIONES JURÍDICAS Y JUDICIALES, Saray Noguer Solanas, 62

EL VELO DE ESTRASBURGO. DISCRECIONALIDAD ESTATAL E INTEGRACIÓN. Fernando Arlettaz, 76

LA ALTERIDAD DE LOS CUERPOS EN EL DERECHO: CONSTRUCCIÓN DEL SUJETO JURÍDICO TRANSGÉNERO. Liván Soto González, 88

LA SEGURIDAD, ESA GRAN DESCONOCIDA. Daniel Jiménez Franco, 111

EN NOMBRE DE LA VÍCTIMA. REPRESENTACIÓN SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS, VICTIMOLOGÍA Y DERIVA PUNITIVISTA. Jorge Gracia Ibáñez, 137

DERECHOS HUMANOS, SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO, 159

¿QUÉ IMPLICAN LOS CONDICIONANTES SOCIALES DE LA SALUD PARA EL DERECHO A LA SALUD? UNA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN. Carlos Lema Añón, 160

LA ÉTICA EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA: DE LA BUROCRACIA WEBERIANA A LA GESTIÓN BASADA EN LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN. Natividad Alfranca Luengo, 175

SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA ABOGACÍA ANTE EL ACTUAL PANORAMA DE GLOBALIZACIÓN. Juan Jesús Garza Onofre, 194

SOBRE LA FUNCIÓN SIMBÓLICA, EL USO SIMBÓLICO Y LA EFICACIA SIMBÓLICA DEL DERECHO. UNA DISTINCIÓN CONCEPTUAL CON FINES METODOLÓGICOS. Cristopher Corvalán Rivera, 207

“CONTRACULTURA CONSTITUCIONAL” Y PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA. Melba Luz Calle Meza, 225

LAS MUJERES VIUDAS EN ARAGÓN. Silvia Cebolla Civil, 230

LA DESOBEDIENCIA AL DERECHO POR IMPERATIVO DE LA CONCIENCIA ÉTICA: EL “INDIVIDUALISMO ÉTICO” DE FELIPE GONZÁLEZ VICÉN. Marcos Arjona Herraiz, 239

SOBRE LA RECEPCIÓN DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA EN ESPAÑA A COMIENZOS DEL SETECIENTOS. DIEGO DE VIDANIA Y SU DERECHO NATURAL INNATO. Guillermo Vicente y Guerrero, 256



PRÓLOGO

Los días 20 y 21 de noviembre de 2014 se celebraron en Zaragoza las Jornadas sobre "Derecho y Sociedad". Con su convocatoria se pretendía retomar las experiencias de la primera Red Derecho y Sociedad y de la Asociación de Análisis sobre Derecho y Sociedad que iniciaron esta andadura hace unas décadas. La experiencia fue muy gratificante por la respuesta obtenida y porque coincidió con la investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Zaragoza de Vincenzo Ferrari.

En particular, cabe destacar la amplia respuesta a la convocatoria mencionada, como ponen de manifiesto las diecisiete comunicaciones presentadas, y el interés generalizado en poner en marcha de nuevo la Red Derecho y Sociedad para aglutinar a aquellas personas que abordan el conocimiento del derecho desde un planteamiento crítico y enfoques interdisciplinarios. En este sentido, la Red Derecho y Sociedad está abierta a quienes desde la praxis o desde las diversas disciplinas jurídicas se plantean un acercamiento al análisis del orden jurídico no sólo como un sistema autónomo de normas, sino como un conjunto de instituciones en funcionamiento dentro de una determinada estructura de gobernabilidad.

Como primer fruto de esa reunión se presenta este volumen sobre "Derecho y Sociedad. Reflexiones sobre Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho y Derechos Humanos" con las comunicaciones presentadas a la Jornadas. Este conjunto de trabajos está organizado en torno de dos ejes: el primero se titula *Diversidad, identidades y control social* y el segundo *Derechos humanos, Sociología Jurídica y Filosofía del Derecho*.

Las comunicaciones abordan, en el primer eje, el tema identitario, una cuestión que está a la orden del día. Lo hacen en relación tanto con las *identidades nacionales* (el clásico problema de la gestión de la diversidad nacional y la situación de las minorías) como con las *identidades migrantes* (el no menos clásico problema de las minorías originadas en procesos migratorios y aquello que las define como diferentes) y con la *identidad sexual*.

En el primer trabajo, Lucía Payero interroga el concepto de nación poniéndolo en relación con la estructura del demos democrático. La problemática de la autodeterminación de los grupos nacionales (no hace falta insistir sobre la actualidad del tema en el contexto español) está indisolublemente unida a la pregunta sobre la unidad o pluralidad de ese demos. En perspectiva comparada, Pablo Latorre profundiza sobre en el sistema federal belga. Un complejo sistema de *pilarización* se encuentra en el origen del experimento belga de la denominada *democracia consociativa*, que se aleja bastante de los términos del debate español.

Las identidades migrantes son tratadas en los textos de Encarnación La Spina, Saray Noguer y Fernando Arlettaz. La primera autora enfoca, tanto desde

una perspectiva jurídica como socio-jurídica, el drama de la expulsión de gitanos de territorio francés. El complejo proceso de transposición del derecho comunitario a nivel interno evidencia las tensiones entre ese derecho y el derecho internacional de los derechos humanos, al tiempo que advierte sobre la instrumentalización del derecho en perspectiva étnica. La cuestión del acceso a la asistencia sanitaria, abordado en el segundo trabajo sobre migrantes, pone de manifiesto el mismo uso instrumental del derecho. En este caso, de lo que se trata es de la exclusión de determinados colectivos migrantes del acceso a la sanidad pública en pos de la reducción del déficit público. Finalmente, el texto de Arlettaz realiza un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el velo islámico, tema cuyo enclave en el estudio de migraciones es indudable. La sentencia reciente *S. A. S. c/Francia* deja traslucir la ya conocida posición abstencionista del Tribunal cuando se trata de llevar a sus justos límites las potestades estatales que inciden sobre la integración cultural (religiosa, en la especie) de los colectivos religiosos minoritarios. El margen de discrecionalidad estatal reconocido por el Tribunal es muy amplio y deja pasar disposiciones de indudable contenido asimilacionista, como la aprobada por Francia. En relación con la identidad sexual, el trabajo de Liván Soto suscita la compleja relación entre sujetos transgéneros y derecho, y enfoca la cuestión del cuerpo en el discurso jurídico.

A estas cuestiones analizadas se les añade un par de reflexiones en torno a otro aspecto nuclear en las sociedades actuales: el control social. El trabajo de Daniel Jiménez presenta las variaciones en la idea de seguridad (de la seguridad como garantía en el Estado social a la seguridad como represión en el Estado penal) y traza los vínculos entre las brechas en el bienestar social y los niveles de punitividad. El auge del populismo punitivo, sostiene Jiménez, coincide con la aparentemente paradójica reducción del número de delitos registrados. A su vez, Jorge Gracia aborda el *redescubrimiento* de la víctima, producido en el campo de la criminología, y se refiere a la representación social existente sobre la misma. La evolución de la victimología como disciplina específica, estudiada por el autor, guarda una íntima relación con esta representación. El autor, retomando algunos temas desarrollados también en el anterior trabajo, inquiere además por la relación entre el interés por las víctimas y la deriva punitivista contemporánea.

El segundo eje, *Derechos Humanos, Sociología Jurídica y Filosofía del Derecho*, aunque más heterogéneo, incluye cuestiones igualmente relevantes.

Carlos Lema ensaya una delimitación del contenido del derecho a la salud y se refiere a los condicionantes sociales de este derecho, señalando la vinculación entre desigualdad social y diferencias de salud. Natividad Alfranca analiza las transformaciones en la ética de la Administración pública. La autora

reflexiona sobre los distintos tipos de gestión administrativa, a partir de los elementos que conforman la ética pública en cada una de ellos.

En su aportación, Juan Garza vuelve sobre uno de los temas clásicos de la Sociología del Derecho (el de las profesiones jurídicas), abordando la función social de la abogacía. Cristopher Corvalán, a su vez, se posiciona en el campo teórico y, a partir del concepto de funciones del derecho, distingue entre función simbólica, uso simbólico y eficacia simbólica del derecho.

El texto de Melba Luz Calle enfoca el conflicto armado colombiano desde la perspectiva del constitucionalismo. Según la autora, el conflicto se asocia al predominio histórico de una contracultura constitucional que es contraria a los principios fundamentales del constitucionalismo. La aportación de Silvia Cebolla muestra el avance de su investigación sobre las mujeres viudas en Aragón, combinando una aproximación jurídica con un estudio empírico.

Finalmente cierran el libro dos aportaciones más próximas a la Filosofía del Derecho. Así, Marcos Arjona revisita en su texto el tema clásico de la obediencia al derecho, a través del prisma del individualismo ético de González Vicén. Para ello, pone en diálogo la perspectiva del autor con otros especialistas contemporáneos de la Filosofía del Derecho. Finalmente, Guillermo Vicente aporta un análisis de carácter histórico-filosófico sobre la obra de Diego de Vidania, un autor iusnaturalista del setecientos.

Manuel Calvo García
Fernando Arlettaz
Jorge Gracia Ibáñez



1. DIVERSIDAD, IDENTIDADES Y CONTROL SOCIAL

EL ENFRENTAMIENTO ENTRE DOS IDEAS NACIONALES: LA ESPAÑA UNITARIA VS. LA ESPAÑA PLURAL

Lucía Payero López

Universidad de Oviedo

lucpayero@gmail.com

El nacionalismo vuelve a ser noticia en España una vez más. Si tradicionalmente las mayores tensiones afectaban a Euskadi, últimamente el foco de atención se ha desplazado a Catalunya: la razón es que el pasado 9 de noviembre de 2014 (9N) tuvo lugar una *consulta*¹ para que los ciudadanos residentes en esa Comunidad Autónoma se pronunciasen acerca de las relaciones que deseaban mantener con el resto de España. Se presentaron tres opciones: *statu quo*, independencia y una posición intermedia que, pese a las ambigüedades de la pregunta se ha querido entender que se refería al federalismo² (otra cosa distinta será determinar a qué tipo de federalismo alude, pero quizá esta cuestión se dilucide más adelante).

Ayer fue Euskadi, hoy es Catalunya y mañana, quién sabe. Lo que sí puede afirmarse es que la articulación territorial del Estado español no es un problema nuevo, sino que aqueja a este país desde la consolidación misma del Estado liberal: por esta razón se habla de una auténtica *cuestión nacional* en España. Qué se entiende por *nosotros* o, en otras palabras, cuál es el *demos*, no constituye un asunto unánimemente aceptado dentro de las fronteras del Estado español. La

¹ El término consulta resulta ciertamente ambiguo, puesto que se ha empleado a lo largo de todo el proceso soberanista catalán cuando, en realidad, pueden distinguirse tres propuestas distintas. Primero se habló de un referéndum o consulta refrendaria, para lo que se solicitó del Congreso de los Diputados la transferencia de la competencia de celebración, que tiene un carácter estatal (artículo 149.1, 32ª de la Constitución). Cuando la mayoría del Congreso se negó, se propuso una consulta no refrendaria, amparada en la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, del *Parlament* catalán. Tras la suspensión de la misma por haber admitido el Tribunal Constitucional (TC) el recurso planteado por el gobierno, Artur Mas lanzó una tercera propuesta, a la que llamó “proceso de participación ciudadana”, que no contó con las garantías legales que acompañaban a las consultas anteriores y, por tanto, se pareció más a un sondeo que a un referéndum. De hecho, de acuerdo con el artículo 40.2 de la Ley 10/2014 (no recurrido por el gobierno), “los procesos de participación ciudadana tienen por objeto garantizar el debate y la deliberación entre la ciudadanía y las instituciones públicas para *recoger la opinión de los ciudadanos* respecto a una actuación pública concreta” (cursiva añadida).

² El referéndum planteado inicialmente contenía dos preguntas. La primera revestía el tenor siguiente: “¿quiere que Catalunya sea un Estado?”. Para el caso de que la respuesta fuera afirmativa, se hacía una segunda cuestión: “¿quiere que este Estado sea independiente?”. En el proceso de participación ciudadana alternativo se mantuvieron las mismas cuestiones. Una crítica a su redacción puede leerse en Cagiao y Conde (2013).

pregunta clave es: ¿existe un *nosotros* o varios? La respuesta que se dé a esta cuestión dependerá del tipo de concepción nacional que se mantenga. En las páginas que siguen trataré de ilustrar las consecuencias jurídico-políticas a las que conducen cada una de las respuestas posibles al interrogante anterior.

1. Primera respuesta: un demos único

A la pregunta que planteaba al comienzo se puede contestar diciendo que en España sólo existe un *nosotros*, un *demos* o, lo que es lo mismo, una nación. La Constitución de 1978 ofrece una respuesta de este tipo, por lo que se podría asegurar que la manera oficial –o legal– de concebir España es la unitaria. Los partidos políticos mayoritarios de ámbito estatal –Partido Popular (PP), Partido Socialista Obrero Español (PSOE)– y algún otro –por su virulencia, destaca particularmente Unión Progreso y Democracia (UPyD)– siguen esta concepción nacional.

Si acudimos a la norma suprema en busca de respuesta leeremos: “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas” (artículo 2). Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 1.2, que dice: “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.

De acuerdo con la Constitución, en España sólo existe un *nosotros* que no puede dividirse bajo ninguna circunstancia. Más aún, el fundamento mismo de la Constitución reside en la indisoluble unidad de ese *nosotros* y no al revés. El *nosotros* único se denomina *nación española* y sus confines se hacen coincidir con las fronteras del Estado español. Por tanto, según la Constitución España es un Estado-nación donde los límites de la nación y del Estado resultan indistinguibles. La identidad entre los nombres de la nación y del Estado ayuda a perpetrar esa homogeneización jacobina y, así, cumpliendo el viejo principio de las nacionalidades, *a cada nación le corresponde un Estado y sólo existe un Estado para cada nación*.

Junto a la nación española existen también nacionalidades y regiones. La Constitución no define qué entidades territoriales responden a una u otra denominación, pero parece que no hay problema en utilizar el término *nacionalidades* para designar a Catalunya o Euskadi. Eso sí, oficialmente –o, mejor dicho, constitucionalmente– no son naciones y por eso no gozan de

condición soberana³. La soberanía es una cualidad que sólo se predica de la nación española. Las nacionalidades tienen únicamente derecho a la autonomía, pero no pueden autodeterminarse. La autodeterminación, entendida como la capacidad para decidir su estatus político interno y externo, es un derecho que acompaña a la nación española y del que se hallan excluidas las nacionalidades. En este sentido, la Constitución no es que no se pronuncie –sería una opción posible–, sino que expresamente prohíbe que las nacionalidades se autodeterminen. Como bien señaló Herrero de Miñón mientras se estaba debatiendo la Constitución en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, “al atribuir al pueblo español en su conjunto la soberanía nacional, [la Constitución] excluye toda posibilidad de separatismo legal, puesto que reconoce un solo sujeto de autodeterminación” –Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCD) nº 59, de 5 de mayo de 1978, 2025–. “La indisoluble unidad de la Nación española” imposibilita la concurrencia, en régimen de igualdad, de otras comunidades nacionales en el mismo ámbito territorial: por eso se podría afirmar que, mientras la unidad del Estado sí permite la pluralidad nacional en su seno, la de la nación la cercena de manera radical⁴.

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, se muestra muy tajante al respecto: “el pueblo de Cataluña no es (...) sujeto jurídico que entre en competencia con el titular de la soberanía nacional cuyo ejercicio ha permitido la instauración de la Constitución de la que trae causa el Estatuto (...). La expresión *pueblo de Cataluña* (...) [es] por entero distinta, conceptualmente, de (...) la expresión *pueblo español*, único titular de la soberanía nacional que está en el origen de la Constitución y de cuantas normas derivan de ella su validez” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 9). El FJ 12 añade: “la nación que aquí importa es única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación española”. Esto quiere decir que, pese a que en sentido sociológico o cultural sea corriente emplear el término nación para referirse a Catalunya o Euskadi, “en atención al sentido terminante del artículo 2 de la Constitución española ha de quedar (...) desprovista de alcance jurídico interpretativo la (...) mención del preámbulo a la realidad nacional de Cataluña y a la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la nación catalana, sin perjuicio de que en cualquier otro contexto que no sea el

³ De la Quadra-Salcedo opina que como durante los debates constituyentes no prosperó el uso del término nación para referirse a las Comunidades Autónomas, “empleándose en su lugar el término nacionalidad, sería un fraude a la voluntad constituyente y por tanto a la Constitución admitir que el empleo del término Nación es conforme con la Constitución” (2010, 22).

⁴ En este punto discrepo de la opinión de Ruipérez (1995, 118), para quien la unidad de la nación española podría ser compatible con el derecho de autodeterminación si no fuera por la concatenación de epítetos adjunta a la unidad nacional –indisoluble e indivisible–. Lo que conculca cualquier veleidad autodeterminista de las nacionalidades es la afirmación constitucional de la unidad nacional, no la redundancia que la adjetiva.

jurídico-constitucional la autorrepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tenga plena cabida en el Ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima” (FJ 12).

¿Qué consecuencias entraña la concepción nacional consagrada en la Constitución? La primera y más evidente es que nos hallamos ante una Constitución nacionalista, puesto que se fundamenta en la unidad indisoluble de la Nación española. El nacionalismo que defiende nuestra Constitución es el español. Esto significa que quienes en esta materia se autodenominan constitucionalistas se están diciendo nacionalistas españoles. Una segunda consecuencia es que los partidarios de las nacionalidades no deben ser llamados nacionalistas en sentido estricto, puesto que legalmente no están ondeando la bandera de ninguna nación.

Ahora bien, en España se produce una situación curiosa que merece cierta atención. Los defensores de la nación española no únicamente se autodefinen como constitucionalistas –término de amplias resonancias democráticas, máxime si lo relacionan con el patriotismo constitucional habermasiano– y rechazan para sí el apelativo de nacionalistas, sino que reservan este último vocablo –aderezándolo con calificativos antidemocráticos e incluso totalitarios– para los adalides de las nacionalidades. Lo cual nos sitúa ante la siguiente paradoja: la única nación oficial no produce nacionalistas, sino constitucionalistas –o, a lo sumo, patriotas–; por el contrario, a las nacionalidades no se les otorga reconocimiento nacional, pese a buscarlo, pero sus partidarios son denominados nacionalistas. Y de la peor clase: se trata de nacionalistas étnicos.

Para una adecuada comprensión de este último extremo se requiere saber que durante los debates constituyentes no sólo se manejaba la dicotomía *Nación/nacionalidades* para distinguir la nación española de las periféricas, sino que también se recurrió al par conceptual *nación política/nación cultural*. Pese a que el texto constitucional no acogió esta nomenclatura, la filosofía subyacente a la misma prendió e impregnó la obra de numerosos teóricos (De Blas 1984; Solozábal 1980; Peces-Barba 2010) hasta el punto de ser empleada por el mismísimo Tribunal Constitucional en la Sentencia acerca del *Estatut catalán* (STC 31/2010). Y es que, aunque los momentos constituyentes contribuyen decisivamente a forjar el imaginario colectivo jurídico-político e, incluso, moral, tampoco pueden barrer de un plumazo la historia y la tradición. En este sentido, que Catalunya, Euskadi y Galicia eran naciones, que una parte sustancial de los ciudadanos que allí residían consideraban que formaban parte de una comunidad nacional distinta a la española y que esa realidad era así percibida por muchos de los habitantes de otras regiones de España e, incluso, de otros países era un hecho sociológico que la Constitución no pudo borrar. Lo intentó al hablar de una única

nación, la española, distinta de las nacionalidades⁵, término ambiguo e inédito en el constitucionalismo comparado que fue introducido para contentar a los nacionalistas catalanes y vascos sin inquietar a los poderes fácticos. Aún así, el término nación referido a Catalunya, Euskadi y Galicia continuó usándose. Eso sí, como ya quedó reflejado en los debates constituyentes, se considera que la nación española es de tipo político (o cívico) y que las periféricas son naciones culturales (o étnicas). Veamos en qué consiste esta distinción.

En España se entiende por nación política aquella que cuenta con instancia estatal que la represente, mientras que se habla de nación cultural para aludir a las naciones sin Estado. Este criterio de clasificación de las naciones se basa en su distinto estatuto ontológico. Más aún, en España se considera que la nación política es la única que ostenta la soberanía; la nación cultural, en cambio, carece de atributos soberanos y, siguiendo la máxima *lo que hay debe ser*, se halla condenada a permanecer así *ad aeternum*. Al respecto, pueden ser citadas las siguientes palabras de Solozábal (1980, 276): “el *status* jurídico-constitucional de la nacionalidad no puede ser considerado la realización frustrada de la vocación nacional, esto es, su forma históricamente posible; ni, mucho menos, como un estadio intermedio o provisional hacia el destino estatal; sino como el marco organizacional adecuado en el que todas las posibilidades nacionales de la comunidad caben ser realizadas”. Esta argumentación incurre en una falacia naturalista al considerar que una coyuntura fáctica determinada –las naciones culturales no tienen Estado– ha de erigirse en criterio deóntico inapelable –dentro del marco constitucional, únicamente cabe un Estado-nación o nación política: España–.

Al margen de la utilidad teórica que pueda presentar el criterio ontológico⁶, lo cierto es que si lo que convierte en política a una nación es que cuenta con Estado que la represente no puede predicarse altura moral de la

⁵ El propio TC hace referencia a esta circunstancia en la STC 42/2014, de 25 de marzo (impugnación de la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Catalunya), al decir: “en tanto que realidad socio-histórica, Cataluña (y España toda) es anterior a la Constitución de 1978. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, el «pueblo de Cataluña» invocado por la Declaración integra, sin embargo, un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional (al igual que sucede con el conjunto del «pueblo español» del que, conforme al artículo 1.2 de la Constitución, «emanan todos los poderes del Estado»). Por tanto, en la Declaración impugnada la cualidad de «sujeto político y jurídico soberano» se reconoce a un sujeto creado jurídicamente en el marco de la Constitución en ejercicio del derecho a la autonomía reconocido y garantizado en el artículo 2 de la Constitución” (FJ 3).

⁶ En opinión de X. Bastida(2002, 267), “considerar que una nación es política porque tiene Estado y una nación es cultural porque carece de él equivale a la claudicación intelectual más absoluta. Más que investigación sobre la nación se pretende su sobreesimienta”. Y es que “esto no categoriza ni describe ningún proceso, a lo sumo reitera con un sinónimo la realidad. (...) Con esto no se diferencian dos tipos de nación: simplemente se dice que existen Estados con territorio y territorios que carecen de un Estado (de un Estado deseado)” (Bastida 2009, 267-268).

misma con respecto a la nación cultural. Ahora bien, la doctrina patria lo hace. ¿Cómo? Pues recurriendo a otro criterio distintivo que pone el acento en el tipo de discurso de construcción nacional empleado. Esta segunda teoría concibe la nación como una realidad performativa que encuentra su origen en los discursos de afirmación nacional. Las naciones políticas recurren a un discurso que hace hincapié en la voluntad de pertenencia de sus miembros al grupo nacional. Los factores objetivos que traten de objetivar esa voluntad (por ejemplo, la lengua) han de ser disponibles y presentar un tenor electivo⁷. Por el contrario, las naciones culturales emplean un discurso de construcción nacional que hace depender la condición de miembro de factores indisponibles para los individuos (por ejemplo, la raza). En esos casos, ni la cualidad nacional se encuentra abierta a cualquiera ni, incluso, es posible el abandono del grupo. Al proscribir la voluntad de los miembros del grupo en favor de los lazos que los ligan en una comunidad de raza y cultura de manera objetiva, la nación cultural se aleja de los postulados del liberalismo democrático, por lo que puede desembocar en interpretaciones autoritarias del hecho nacional. De este modo, sí cabría emitir un juicio moral favorable a las naciones políticas.

El nacionalismo español hegemónico toma lo que le interesa de cada versión teórica, las mezcla y acaba por desvirtuar la distinción. Así, se parte del criterio ontológico para decir que la nación española es política por tener Estado y, a continuación, se le adjudican de manera automática los caracteres típicos de la nación política de acuerdo con la teoría discursiva: tolerante, abierta, inclusiva, democrática, liberal y respetuosa de los derechos humanos. Por el contrario, de las naciones periféricas se dice que son culturales por no haber alcanzado la condición estatal y, en tanto que culturales, se las reputa intolerantes, cerradas, excluyentes, no democráticas, iliberales y vulneradoras de los derechos humanos (cfr. Peces-Barba 2010). Como mínimo, y sea cual sea el criterio de distinción elegido, habría que pedir coherencia en su seguimiento. Con el criterio ontológico se puede reducir a las naciones periféricas a una condición meramente cultural, pero no ganar la batalla moral; con el criterio discursivo, en cambio, nada garantiza de mano que España sea una nación política⁸ ni tampoco que no

⁷ Si la nación A se define principalmente con base en la lengua X que hablan sus miembros y deja que una persona que haya nacido en el seno de la nación B y cuyo idioma materno sea Y pueda integrarse en A (con el término integración me refiero a la adquisición de la condición nacional, no simplemente a la residencia legal) con tal de que aprenda la lengua X, podríamos decir que A es una nación política. La lengua sería en este caso un factor nacional de tipo electivo porque cabría su adquisición voluntaria.

⁸ Algunos autores que subrayan el tenor cultural de la nación española consagrada en la Constitución son X. Bastida (1998, 175) y Sádaba (cit. en Medem 2003, 150).

lo sean las naciones de la periferia⁹: para determinarlo es preciso diseccionar el discurso de afirmación nacional.

La sede de estudio adecuada para analizar la tipología del nacionalismo español hegemónico es la Constitución de 1978 y los debates constituyentes donde se discutió el artículo 2. Dos elementos conducen a suponer el carácter cultural o étnico del mismo. En primer lugar, el artículo 2 establece que el fundamento de la Constitución es la unidad de la nación española, y no al revés. Como ya explicó Reventós, diputado del Grupo Socialistes de Catalunya durante la legislatura constituyente, hay una importante diferencia entre decir “la Constitución fundamenta” y “la Constitución se fundamenta”. Mientras que la primera afirmación se refiere a que “es la Constitución la que decide democráticamente cómo va a ser la futura, la nueva unidad de España”, la segunda alude a “una realidad social y política previa, algo que Cánovas no hubiera vacilado en considerar como Constitución interna de España, y que es la base del nacionalismo místico de los iusnaturalistas” (DSCD nº 66, de 12 de mayo de 1978, 2299).

El segundo elemento que lleva a apuntar el carácter cultural del nacionalismo constitucional es la prohibición –y no mera omisión– del derecho de autodeterminación de las nacionalidades, así como la negación de la plurinacionalidad del Estado. Ambas cuestiones son incompatibles con la unidad de la nación española tal y como se concibe en la Constitución: una nación cuyos límites coinciden con los del Estado español. Más aún, la propia carta magna encomienda al ejército la salvaguarda de dicha unidad (artículo 8.1). Por esta razón, ante las demandas de autodeterminación que plantean las naciones periféricas el nacionalismo constitucional responde con una negativa tajante: en esto no hay diferencias entre el PP, el PSOE o UPyD. Un ejemplo lo hallamos en las intervenciones de los líderes parlamentarios de estas formaciones en el debate que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados con motivo de la solicitud de delegación de la competencia para convocar referendos que efectuó el *Parlament* de Catalunya (DSCD nº 192, de 8 de abril de 2014).

Estas tres formaciones políticas se apoyan en la literalidad de la Constitución que, con su redacción actual, no reconoce la plurinacionalidad del Estado ni, mucho menos, el derecho de autodeterminación de las nacionalidades. Bien es cierto que, con mayor o menor énfasis, todas aluden a –o, incluso, proponen– la reforma la Constitución como forma de revertir el curso inexorable de los acontecimientos. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la

⁹ A juicio de Lacasta-Zabalza, resulta impropio aplicar –tal y como acostumbra el nacionalismo antiseparatista español– a los nacionalistas de la periferia términos como “tribu, tribal, balcánico y atávico” (1999, 24) porque, al igual que *los Nadies* de Eduardo Galeano, “no usen banderas, sino pendones”.

modificación requiere accionar el procedimiento agravado del artículo 168 que, como bien ha señalado De Vega (1985, 148), constituye un mecanismo destinado a impedir la reforma constitucional, no a hacerla posible. Así, Rajoy se permitía sugerir: “la Constitución se empeña en prohibir obstinadamente ciertas cosas. (...) Esta es la realidad, salvo que se cambie la Constitución; y para cambiar la Constitución hay reglas que no se pueden saltar” (DSCD nº 192, de 8 de abril de 2014, 13). Y lo hacía porque es consciente de que el artículo 168 nunca se ha utilizado ni –cabe vaticinar– se empleará jamás. Pero incluso quienes proponen proyectos federales de reforma constitucional –PSOE y UPyD– no abandonan la idea unitaria de España. En este sentido, Pérez Rubalcaba decía: “tenemos un problema (...) serio de convivencia y hay dos posibilidades. Ustedes proponen: vamos a votar a ver si nos vamos, y nosotros proponemos: vamos a sentarnos, vamos a discutir y vamos a acordar *cómo* seguimos viviendo juntos; esa es la diferencia¹⁰” (21) –cursiva añadida–. Por su parte, Rosa Díez afirmaba: “hay que ir a una reforma federal (...), no para contentar a los nacionalistas, sino (...) a pesar de ellos, porque es una Constitución para toda España y para todos los españoles. (...) Ha de ser una Constitución que dé respuestas a los problemas de los ciudadanos y no a los problemas de las regiones, de los territorios” (64).

2. Segunda respuesta: varios *demoi*

Una segunda respuesta a la pregunta planteada al inicio adoptaría un tenor plural: en España hay más de un *nosotros*, existen varios *demoi* o, en otras palabras, se distingue una pluralidad de naciones. Esta es la opinión de los nacionalistas de la periferia y también de algunos nacionalistas españoles –Izquierda Unida (IU)¹¹, Podemos¹²–, pese a que, como ya expliqué, el nacionalismo español hegemónico no la comparta.

¹⁰ Lo cual no es una diferencia menor porque, si de verdad el PSOE defendiese una visión plurinacional de España en donde todas las naciones tuviesen la misma consideración –como el propio Pérez Rubalcaba parece sugerir en un momento anterior de su intervención (17)–, entonces diría: “vamos a acordar *si* seguimos viviendo juntos y, en caso de que decidamos hacerlo, entonces vamos a determinar *cómo*”.

¹¹ IU, Iniciativa per Catalunya Verds (ICV) y Esquerra Unida i Alternativa (EUiA) firmaron una declaración sobre el derecho a decidir y el modelo de Estado en donde decían: “tanto IU como ICV-EUiA han asumido, tradicionalmente, el principio del derecho a la autodeterminación de los pueblos, la defensa del carácter plurinacional y plurilingüe del Estado español y la construcción de una Europa social y federal” (2013, 1).

¹² El líder de Podemos, Pablo Iglesias, afirmaba en una entrevista reciente: “nos parece una cuestión de salud democrática que se pregunte a los catalanes qué quieren. Si a mí me preguntan qué quiero, pues contesto claramente que a mí me gustaría que los catalanes se queden, que podamos construir un país con ellos. Creo que puede existir una identidad en este país

La concepción plural de España responde mejor a la realidad sociológica que la concepción constitucional de España. Más aún, la cuestión nacional empezaría a solucionarse cuando se reconociese constitucionalmente la plurinacionalidad del Estado español.

La visión plurinacional y poliédrica de España no es nueva, sino que pueden hallarse muestras de la misma en diversos momentos históricos y en boca de personajes que provenían tanto de la periferias como de Madrid. Así, por ejemplo, el ejército catalán que el 11 de septiembre de 1714 (día nacional de Catalunya) fue vencido por las tropas del pretendiente Borbón al trono de España luchaba para defender una idea plural de España en contra de la monarquía borbónica que patrocinaba una concepción uninacional de España (Navarro 2014). Las palabras que el general Villaroel dirigió a sus tropas antes de la batalla son meridianas al respecto: “hoy es el día en que se han de acordar del valor y gloriosas acciones que en todos tiempos ha ejecutado nuestra nación. No diga la malicia o la envidia que no somos dignos de ser catalanes e hijos legítimos de nuestros mayores. Por nosotros y por la nación española peleamos” (cit. en Galisteo 2013, 631). La derrota le valió a Catalunya la pérdida de sus fueros. Dos siglos después (concretamente, el 27 de marzo de 1930), Azaña (2005, 88) decía: “yo concibo, pues, a España con una Cataluña gobernada por las instituciones que quiera darse mediante la manifestación libre de su propia voluntad. Unión de libres e iguales con el mismo rango (...). Si algún día dominara en Cataluña otra voluntad y resolviera ella remar sola en su navío, sería justo el permitirlo y nuestro deber consistiría en dejaros en paz, con el menor perjuicio posible para unos y otros, y deseáros buena suerte”.

¿Qué consecuencias entraña mantener una concepción nacional pluralista de España? El reconocimiento de la realidad plural española exigiría la reforma de la Constitución para que la legalidad se correspondiese más fielmente con la realidad sociológica. Así, se eliminaría el comienzo del artículo 2 –“la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible”–, y sería reescrito de forma que fuera compatible con la plurinacionalidad del Estado. Para ello convendría, o bien sustituir el término *nacionalidad* por *nación*, o emplear *nacionalidad* únicamente. Por ejemplo, el primer borrador del Anteproyecto de Constitución que se filtró a la prensa en noviembre de 1977 podría servir. Allí se decía: “la Constitución reconoce y la Monarquía garantiza el derecho a la autonomía de las diferentes nacionalidades y regiones que integran España, la unidad del Estado y la solidaridad entre sus pueblos”. Como cabe observar, las diferencias con el artículo 2 finalmente aprobado son más que notables. Para empezar, en el borrador se hablaba de

plurinacional en la que pueda sentirse cómoda mucha gente. Pero, ¿quién soy yo para imponer ese proyecto a los catalanes?” (cit. en Osuna 2014).

unidad del Estado, no de la nación, lo cual permite que exista variedad nacional en su seno; en segundo lugar, era la Constitución la que garantizaba esa unidad y no la unidad la que fundamentaba la Constitución; en tercer lugar, no se hacía distinción entre la nación española y las naciones periféricas, sino que todas se denominaban *nacionalidades* y se les otorgaba un mismo derecho de autonomía.

Convendría igualmente enmendar la redacción del artículo 1.2 y, en lugar de hablar de *soberanía nacional*, término con el que se quiso remachar la indisoluble unidad de la nación española¹³, sería mejor referirse a la *soberanía popular*, reconocida a todos los españoles o, como reza la Constitución actual, al *pueblo español*. Nótese sin embargo que el término *pueblo español* pasaría a ser entendido ahora, no como sinónimo de *nación española*, sino del conjunto de ciudadanos de nacionalidad española.

Ante las demandas de autodeterminación procedentes de alguna de las naciones periféricas, la respuesta dada por quienes conciben España de forma plural podría adoptar dos formas diferentes, según se reconozca o no que la autodeterminación es un derecho. Veamos cada una de ellas por separado.

2.1. La autodeterminación no es un derecho

En primer lugar, se puede defender que en España existen varias naciones, pero que no ostentan la titularidad del derecho de autodeterminación: la soberanía se hace residir así en el conjunto de los ciudadanos del Estado. Ahora bien, ante las demandas de autodeterminación efectuadas por una parte sustancial de los habitantes concentrados en una porción del territorio (por ejemplo, Catalunya), el gobierno habría de asumir la obligación que la Corte Suprema canadiense (*Reference re Secession of Quebec*, [1998], 2 S.C.R. 217) le imponía: abrir un proceso de negociación para llegar a un acuerdo que satisfaga a ambas partes¹⁴. El fundamento de tal obligación no es la existencia de un derecho

¹³ Martín Toval, diputado de Socialistas de Catalunya durante la legislatura constituyente, aseguraba que en la Constitución “*soberanía nacional* es tan sólo un concepto jurídico y se refiere a la nación en cuanto Estado o conjunto de ciudadanos unidos por obligaciones jurídicas, y es evidente que la soberanía nacional (...), si es atribuible a todo el pueblo español, es técnicamente soberanía del pueblo español y no soberanía nacional” (DSCD nº 64, de 11 de mayo de 1978, 2188). Si, finalmente, su enmienda tendente a la supresión del término *nacional* resultó rechazada fue porque se quiso evitar que “el día de mañana los exegetas (...) interpreten [la Constitución] en el sentido de que se había votado una soberanía que residía en los diversos pueblos de España” (Carro Martínez, DSCD nº 64, de 11 de mayo de 1978, 2192), esto es, para evitar que se cuestionase la unidad de la nación española.

¹⁴ El TC español alude a la autoridad del Dictamen de la Corte Suprema canadiense, aunque no saque todas las conclusiones debidas. Así, dice: “este Tribunal ha declarado que autonomía no es soberanía [STC 247/2007, FJ 4a)]. De esto se infiere que en el marco de la Constitución una Comunidad Autónoma no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación

de autodeterminación en favor de la nación minoritaria (en aquel caso, la quebequesa), sino el principio democrático que exige que el gobierno cuente con el consentimiento de los gobernados. Esta exigencia podría articularse en clave individualista o en clave nacionalista. Lo decisivo aquí, y la principal diferencia con la opción que analizaré a continuación, es que la autodeterminación no se concibe como un derecho, no se constitucionaliza, sino que, surgida la demanda de autodeterminación, se le busca una salida política sobre la base del principio democrático que fundamenta al Estado. Pero si la solicitud de autodeterminación no se produjera, la misma no aparecería en el debate público. Primero es la demanda y luego, el acuerdo de un procedimiento para ejercer la autodeterminación. En el siguiente supuesto, en cambio, primero es el derecho –constitucionalizado o no– y, posteriormente, su ejercicio de acuerdo con el procedimiento establecido.

2.2. *Un derecho de autodeterminación nacional*

Quienes conciben España en un sentido plural pueden ir un poco más allá y considerar la autodeterminación un derecho de las naciones –no sólo de la española– que componen el Estado. Además de las modificaciones ya sugeridas de los artículos 1.2 y 2, sería conveniente la regulación de un procedimiento –con carácter previo al surgimiento de la reclamación o *ad hoc*– para ejercer la autodeterminación. La propuesta que Euskadiko Ezkerra (EE) planteó durante los debates constituyentes representa un buen precedente. La enmienda incluía una nueva redacción del artículo 2, que pasaba a decir: “la Constitución se fundamenta en la plurinacionalidad del Estado español, la solidaridad entre sus pueblos, el derecho a la autonomía de las regiones que lo integran y el derecho de autodeterminación de estas últimas” (Letamendía, DSCD nº 66, de 12 de mayo de 1978, 2263). De manera concordante, desarrolló un Título VIII bis en el que se especificaba el procedimiento para ejercitar el derecho de autodeterminación¹⁵.

para decidir sobre su integración en España. Esta conclusión es del mismo tenor que la que formuló el Tribunal Supremo del Canadá en el pronunciamiento de 20 de agosto de 1998, en el que rechazó la adecuación de un proyecto unilateral de secesión por parte de una de sus provincias tanto a su Constitución como a los postulados del Derecho internacional” (STC 42/2014, FJ 3). Pero no es esa la única inferencia que ha de hacerse: de acuerdo con el alto tribunal canadiense, el Estado se halla igualmente obligado a negociar en caso de una demanda autodeterminista, extremo que no se menciona.

¹⁵ En ese Título VIII bis se manejaba un concepto amplio de autodeterminación, fundado en los dos Pactos de Derechos Humanos de 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que contemplaba tanto la vertiente interna como externa del derecho. Los requisitos para su ejercicio eran dos: la previa constitución del territorio en Comunidad Autónoma y la manifestación de la voluntad del mismo en sentido autodeterminista; todo ello siguiendo los procedimientos que la propia Constitución

Entender que la autodeterminación es un derecho cuya titularidad recae en la nación entraña varias consecuencias. En primer lugar, la decisión de autodeterminarse corresponde sólo a la nación de que se trata, sin tener en cuenta al resto del Estado. En palabras de Philpott, “un derecho a decidir si otro puede disfrutar de la autodeterminación ridiculizaría el concepto” (1995, 363). La negociación se abriría después de haberse celebrado el referéndum, para llegar a un acuerdo acerca de las condiciones particulares en las que se llevaría a cabo dicha autodeterminación. Esto quiere decir que si la nación opta por independizarse, en principio el Estado no podría oponerse a ello (salvo que la nación atentase contra los derechos humanos, la democracia o los principios del Estado de derecho). Tras esa decisión, ambas partes acordarían los términos en que dicha secesión se produciría (reparto de bienes y personal de la administración, nacionalidad, compensación por inversiones, moneda, mercado común, etcétera). En cambio, si la nación decide establecer una nueva relación jurídico-política con el Estado –por ejemplo, un régimen de libre asociación, un Estado federal o una confederación–, sería imprescindible que el resto de naciones del Estado consintiesen porque, en tal caso, el cambio afectaría a su propia autodeterminación. Una nación puede siempre elegir independizarse de manera unilateral porque eso sólo la implica a ella, pero no existe un derecho a decidir unilateralmente lo que incumbe también a otras. El símil de la pareja resulta ilustrativo: mientras que para casarse o iniciar una vida compartida se requiere el consentimiento de las dos partes, en el caso del divorcio o la separación basta con que una lo decida (al menos según la legislación española).

En segundo lugar, para arbitrar un procedimiento de autodeterminación es necesario delimitar al sujeto titular. En el caso español podría optarse por una de estas dos opciones. La primera consistiría en atribuir el derecho a las nacionalidades históricas que, en realidad, son las que han planteado seriamente demandas de autodeterminación. Así, junto a la nación española, se incluiría a la nación catalana, la nación vasca y la nación gallega –las que plebiscitaron estatutos de autonomía durante la II República–. Claro que esto plantearía al menos dos problemas. El primero se refiere a la delimitación de dichas naciones. Quizá no hubiera discusión en admitir la actual demarcación autonómica, pero

establecía al respecto (Títulos VIII y VIII bis). Transcurridos dos años desde la entrada en vigor del Estatuto de autonomía, la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma podría adoptar la iniciativa para consultar a la población correspondiente, mediante referéndum, acerca de si deseaba seguir formando parte del Estado español o, por el contrario, prefería separarse pacíficamente del mismo y constituir un Estado independiente. Para que se aprobase esta última opción sería preceptivo el voto afirmativo de la mayoría absoluta del censo electoral de cada provincia afectada. De no alcanzarse el quórum necesario en la Asamblea Legislativa para convocar el referéndum (propuesta a cargo de $\frac{1}{4}$ de los miembros y aprobación por mayoría absoluta) o si el cuerpo electoral no lo respaldase mayoritariamente, no cabría reiterar la propuesta hasta la siguiente legislatura autonómica y siempre que hubiesen transcurrido dos años desde la convocatoria anterior.

–y esto conduciría al segundo inconveniente– ¿qué pasaría con otras Comunidades Autónomas que también tienen rasgos culturales diferenciados –incluso lengua propia y cooficial– y que, en algunos casos, hasta son reclamadas como parte de una nación mayor incluida en otra región (piénsese en Comunitat Valenciana, Nafarroa o Illes Balears)?

Una segunda posibilidad sería reconocer el derecho de autodeterminación a todas las naciones que integran el Estado, sin mayor especificación. Habría que definir el concepto de nación, para lo cual se han ofrecido múltiples propuestas. Aún así, no todas sortean los inconvenientes que entrañaba la opción anterior. Una definición que lo hace es la siguiente: una nación es un grupo de personas que creen que natural o voluntariamente –depende de si hablamos de una nación cultural o política, siguiendo el criterio discursivo– forman una comunidad política singular y así son reconocidos por otros grupos semejantes. Por tanto, se requieren tres elementos para hablar de nación: creencia, voluntad (o hecho natural) y reconocimiento externo.

3. Las visiones sobre España y la cuestión de las nacionalidades

La comprensión unitaria de España no es capaz de solucionar la cuestión nacional que acompaña a nuestro Estado desde el comienzo de la Edad Moderna. Parece lógico que a una realidad sociológica plural le siga una respuesta jurídico-política del mismo tipo, pero, como ya señalé, la Constitución no lo es. Con un ejecutivo, un Parlamento y un Tribunal Constitucional más flexibles se podría quizá arbitrar una solución *ad hoc* que forzase la legalidad constitucional, puesto que la modificación de la carta magna se antoja una operación excesivamente difícil incluso para el supuesto ideal de que todos los partidos políticos y la mayoría del pueblo español estuviesen de acuerdo en ella. Esa respuesta particular implicaría la adopción de vías fácticas que, obviando la prohibición constitucional de autodeterminación de las naciones periféricas y la indivisible unidad de la nación española, procediesen a modificar materialmente la articulación territorial del Estado. Sería un comportamiento ilegal, aunque –con toda probabilidad– legítimo y sensato.

El argumento que esgrimen a menudo los partidarios del nacionalismo constitucional de que ningún Estado reconoce el derecho de autodeterminación en su legislación interna es parcialmente correcto si se refiere al segundo supuesto analizado en el apartado anterior (la autodeterminación concebida como un derecho), pero no si trata de justificar –como acostumbra– la posición inmovilista en materia de autodeterminación: aunque pocos Estados han

procedido a constitucionalizar el derecho de autodeterminación¹⁶, existen bastantes más que sí reconocen su pluralidad interna. Un buen ejemplo es el Reino Unido, citado con profusión tanto por defensores como por detractores de la consulta catalana. La principal diferencia que aleja los casos escocés y catalán no es, como muchas veces se ha aducido, que en el Reino Unido no exista una Constitución escrita –eso representa una eventualidad poco importante que, a lo sumo, hace que la reforma legislativa que permitió a los escoceses celebrar un referéndum independentista en septiembre de 2014 sea menos gravosa que la modificación del artículo 2 de la Constitución española–, sino la concepción nacional mantenida: plural allí y unitaria aquí. Esos son los “supuestos históricos y constitucionales [tan] distintos” (Rajoy, DSCD nº 192, de 8 de abril de 2014, 13) que separan Escocia de Catalunya en esta materia. En definitiva, una falta de voluntad política de solucionar la denominada cuestión nacional española. Y es que, incluso aunque se mantenga una visión unitaria de España, cabe interpretar la Constitución de una manera alternativa a como lo hace el gobierno, la mayoría del Congreso y el mismo TC. En el caso concreto del 9N, hay que decir que la Constitución no prohíbe la celebración de una consulta como la que pretendía el *Parlament* cuando acudió al Congreso de los Diputados, sino que incluso permite que la convoque este órgano autonómico si el gobierno decidiese delegarle la potestad para ello. Otra cosa es que la unidad de España, de acuerdo con la Constitución, sólo pueda ser puesta en cuestión a través de un referéndum en el que participe todo el pueblo español, puesto que ello implicaría la reforma del artículo 2 mediante el procedimiento hipergravado. Pero ambas cuestiones no se implican mutuamente.

La admisión constitucional de la pluralidad nacional impediría escudarse en la legalidad para desatender las peticiones ciudadanas. Como bien reconoció el Tribunal Supremo canadiense, la Constitución no constituye –al menos, no debería– una camisa de fuerza (*straitjacket*) que santifique de una vez y para siempre los contenidos allí sancionados, sino que la misma se halla sometida a la posibilidad de continua deliberación y cambio para adaptarse a las nuevas circunstancias históricas (Reference re Secession of Quebec, [1998], 2 S.C.R. 217, párrafo 150). No obstante, en España la exégesis constitucional tiende, por un lado, a una mitificación excesiva del texto y, por otro, a su fosilización, debido tanto a las dificultades como a la aversión que produce su reforma. Así, se ha llegado a acuñar el término *fundamentalismo constitucional* para aludir a este fenómeno (Velasco 2002, 38).

¹⁶ Alguno sí que hay: por ejemplo, Saint Kitts y Nevis, Etiopía y, parcialmente, el Reino Unido con respecto a Irlanda del Norte –digo parcialmente porque la autodeterminación que se reconoce en el Acuerdo de Viernes Santo permite a los norirlandeses elegir entre un número limitado de opciones: la integración en la República de Irlanda o el *statu quo*–.

Si se desea hallar acomodo legal a la concepción plural de España puede que la única manera de reformar la Constitución sea acudir a la vía sugerida por algunos autores para sortear el cerrojo que supone el artículo 168 (Requejo Pagés 1998, 107-108; Laporta 2004, 23; Punset 2012, 12): realizar una doble reforma accionando el artículo 167. En primer lugar, y como entre los contenidos protegidos por el artículo 168 no se encuentra él mismo, se modificaría ese precepto para que el Título Preliminar no estuviera bajo su égida; a continuación, habría que reformar los artículos 1.2 y 2 en un sentido pluralista.

Puede discutirse, no obstante, qué opción sería preferible de las dos que pueden adoptar los partidarios de la concepción plural de España: la obligación de que los representantes del Estado y de la nación negocien acerca de la autodeterminación cuando gran parte de la población de ese territorio lo solicite o la atribución a las naciones de un auténtico derecho de autodeterminación.

Es más probable que tanto los representantes políticos como los ciudadanos de la nación española –que son la mayoría de los habitantes de España– aceptasen la primera postura. Sin embargo, hay fuertes razones teóricas para preferir la segunda, particularmente en el caso español.

En primer lugar, porque en el ordenamiento internacional se regula la autodeterminación como un derecho. A pesar de que la doctrina mayoritaria lo configura como un derecho de las naciones-Estado que sólo excepcionalmente se otorga a naciones minoritarias que sufren graves vulneraciones de derechos humanos básicos para compensarles por su sufrimiento (*remedial right*), lo cierto es que es posible ensayar una interpretación más amplia del titular del derecho de autodeterminación sobre la base de la dicción literal de los Pactos de Derechos Humanos de 1966. En su común artículo 1 se reconoce el derecho de libre determinación a *todos los pueblos* sin excepción, exégesis que siguen algunos autores (entre otros, De Obieta 1985). De este modo, las naciones que integran España serían también titulares de ese derecho. En cualquier caso, nadie discute que, voluntariamente, un Estado pueda reconocer constitucionalmente o, simplemente, permitir el ejercicio del derecho de autodeterminación de cualquiera de sus pueblos constitutivos: y de eso estaríamos hablando en este supuesto.

En segundo lugar, el término *derecho* lleva asociada una carga semántica positiva que lo dota de una gran fuerza emotiva, moral y legitimadora. Si la autodeterminación de los pueblos se incluyese en nuestra Constitución, la opinión pública iría progresivamente evolucionando en un sentido menos centralista y, con el tiempo, el debate autodeterminista perdería tonos de dramatismo y ganaría en racionalidad y sosiego. La razón que explica este cambio radica en la fuerza santificante de la ley: si Hegel afirmaba que lo real es racional,

se podría añadir ahora que en nuestra sociedad se cree que lo legal –particularmente lo constitucional– es moral.

En tercer lugar, los derechos se configuran como límites al poder de la mayoría y en defensa del más débil. Con la constitucionalización del derecho de autodeterminación de todos los pueblos de España se contribuiría a aumentar el poder que tendrían las partes en una futura negociación. Porque con el diseño de la legislación actual, la balanza se decanta claramente en favor de la nación española y en detrimento de las periféricas.

Por último, para exigir lealtad y compromiso con el proyecto común a cada una de las partes constitutivas es necesario que las mismas hayan consentido expresamente formar parte de la empresa. En España eso no ha ocurrido jamás –el referéndum de aprobación de la Constitución no puede entenderse de ese modo–. La celebración de un proceso constituyente donde esta cuestión se debatiera libre y abiertamente –en 1978 no se hizo– podría solucionar este problema. Igualmente, con el reconocimiento del derecho de autodeterminación se evitarían posibles chantajes de cualquiera de las naciones periféricas sobre el resto del Estado, como a menudo se denuncia: de un lado, si alguna de las partes no estuviera a gusto en la unidad, sería libre de irse, pero, de otro, los que decidieran quedarse habrían de contribuir activamente al desarrollo común. Se podría decir que el otorgar a todas las naciones un derecho de autodeterminación las convertiría en mayores de edad y, por tanto, en partícipes y co-responsables del destino de España. Así, a ningún presidente autonómico se le oiría decir: “tenemos que engañar al Estado” (A. Mas, cit. en Perdigo 2014).

Bibliografía

AZAÑA, M. (2005), “Discurso de Barcelona de 27 de marzo de 1930”, *Sobre la autonomía política de Cataluña*. Madrid: Tecnos.

BASTIDA, X. (1998), *La nación española y el nacionalismo constitucional*. Barcelona: Ariel.

– (2002), “La Identidad Nacional y los Derechos Humanos”, en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *Identidades culturales y derechos humanos*. Madrid: Dykinson.

– (2009), “Nación y democracia. El nacionalismo constitucional español”, en FORCADELL, C., SAZ, I., SALOMÓN, P., (eds.), *Discursos de España en el siglo XX*. València: Universitat de València.

BLAS, A. de (1984), *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*. Madrid: Espasa-Calpe.

CAGIAO Y CONDE, J. (2013), “La opción federalista en la consulta”. *Publius & Brutus. Un blog para hablar de federalismo* 15 de diciembre. Disponible en <http://cartasfederalistas.blogspot.com.es/2013/12/la-opcion-federalista-en-la-consulta.html>.

GALISTEO, R. (2013), *Entre Castilla y Catalunya*. Madrid: Bubock.

IZQUIERDA UNIDA, INICIATIVA PER CATALUNYA VERDS, ESQUERRA UNIDA I ALTERNATIVA (2013), “Declaración de IU, ICV, EUiA sobre el derecho a decidir y el modelo de Estado”. Disponible en http://www.izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/Declaracion_IU_ICV_EUiA_DerechoDecidir_ModeloEstado.pdf.

LACASTA-ZABALZA, J.I. (1999), “Tiempos difíciles para el patriotismo constitucional español”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 2. Disponible en <http://www.uv.es/~afd/CEFD/2/Lacasta.html>.

LAPORTA, F. (2004), “Las dos vías para la reforma de la Constitución”, *Claves de Razón Práctica* 145.

MEDEM, J. (2003), *La pelota vasca, la piel contra la piedra*. Madrid: Aguilar.

NAVARRO, V. (2014), “El conflicto entre dos visiones de España”, *Público* 3 de septiembre. Disponible en <http://blogs.publico.es/vicenc-navarro/2014/09/03/el-conflicto-entre-dos-visiones-de-espana/>.

OBIETA, J. A. de (1985), *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*. Madrid: Tecnos.

OSUNA, O. (2014), “El cambio político es posible en España y Podemos será determinante (entrevista a Pablo Iglesias)”, *Nuevatribuna.es* 14 de septiembre. Disponible en <http://www.nuevatribuna.es/content/print/cambio-politico-espana-posible-y-podemos-sera-determinante/20140914120019107102>.

PECES-BARBA, G. (2010), “Los nacionalismos en España”, *El País* 23 de noviembre. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/11/23/opinion/1290466804_850215.html.

PERDIGÓ, J.M. (2014), “Mas: «Tenemos que engañar al Estado»”, *El Periódico* 26 de octubre. Disponible en <http://www.elperiodico.com/es/noticias/politica/mas-tenemos-enganar-estado-3633906>.

PHILPOTT, D. (1995), “In Defense of Self-Determination”, *Ethics* 105 (2). Disponible en http://nw18.american.edu/~dfagel/Philosophers/TOPICS/SelfDetermination/In%20Defense%20of%20Self-Determination_Phipott.pdf.

PUNSET, R. (2012), “La reforma de la Constitución. Aporías del cambio constitucional en el derecho español”, *Lección inaugural del Curso Académico 2012/2013 de la Universidad de Oviedo*.

QUADRA-SALCEDO, T. de la (2010), “Paisaje después de la batalla. La sentencia del TC sobre el Estatuto de Cataluña”, *Claves de Razón Práctica* 206.

REQUEJO PAGÉS, J.L. (1998), *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RUIPÉREZ, J. (1995), *Constitución y autodeterminación*. Madrid: Tecnos.

SOLOZÁBAL, J.J. (1980), “Nación, nacionalidades y autonomías en la Constitución de 1978. Algunos problemas de la organización territorial del Estado”, *Sistema* 38-39.

VEGA, P. de (1985), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

VELASCO, J.C. (2002), “Patriotismo constitucional y republicanismo”, *Claves de Razón Práctica* 125.

LA ESTRUCTURACIÓN DE LA DIVERSIDAD SOCIAL EN BÉLGICA: EL SISTEMA DE PILARIZACIÓN Y DEMOCRACIA CONSOCIATIVA

Pablo Latorre Rodríguez

PDI Facultad de Derecho

Universidad de Zaragoza

latorre_@unizar.es

pablo.latorre.rodriguez@gmail.com

1. La estructuración de la diversidad social en Bélgica: el sistema de pilarización y democracia consociativa

Uno de los principales fines (sino el principal) de todo sistema jurídico consiste en dotar de cohesión y estructura a la sociedad en la cual se incardina. En el marco de estas Jornadas sobre Derecho y Sociedad he creído conveniente aportar un punto de vista externo a nuestra realidad social española, el cual, sin embargo, nos puede ser de utilidad a la hora de extraer ideas y aprender lecciones que, tal vez un día, podamos importar. Es por ello que he acudido a la realidad belga y a la experiencia que este país nos puede brindar en cuanto a la estructuración y vertebración de una sociedad compleja y diversa como pocas en la Europa Occidental de hoy en día.

Para ello me he servido de un análisis somero del particular sistema allí utilizado y de sus herramientas, lo que se conoce como *pilarización*, el cual ha dado lugar a la creación de un modelo propio que denominaremos *democracia consociativa*. Pues bien, del examen y explicación de estos dos conceptos y de su plasmación concreta en políticas públicas, así como de un rápido repaso al tratamiento de la inmigración que allí se lleva a cabo, es de lo que versa este pequeño trabajo.

2. Repaso abreviado de la historia y la estructura político-territorial del Estado Belga

Simplemente a modo de prólogo, y puesto que me voy a encargar de tratar algunos aspectos de la realidad belga, creo que es indispensable explicar brevemente la historia y la estructura político-administrativa del Estado belga.

Bélgica nace como Estado independiente en 1830 tras la llamada Revolución Belga, separándose del Reino de los Países Bajos, el cual había sido creado a su vez tras la Paz de Viena (1815) como un Estado tapón para tratar de frenar las ansias expansionistas francesas que habían puesto patas arriba el Viejo Continente en los años precedentes. De este modo en 1830 se levantan las provincias del sur (de mayoría católica) con el fin de separarse del resto del Reino (de mayoría protestante). Con la decisiva ayuda francesa, y la aquiescencia anglo-germánica, el nuevo Estado deviene independiente en cuestión de unas pocas semanas, poniendo al frente a un monarca de origen alemán (Leopoldo I) por iniciativa británica para intentar contener así el empuje francés.

Así pues Bélgica ve la luz del mundo adoptando la forma de una monarquía parlamentaria (la cual permanecerá ininterrumpidamente al frente del nuevo Estado hasta nuestros días), independiente por completo del resto de Estados a los que había estado sujeta anteriormente, y fundamentando su identidad en dos puntales fácilmente identificables: una fuerte personalidad católica (por oposición al norte protestante) y una hegemonía cultural que pivota sobre la burguesía francófona predominante en la época (en detrimento de la parte flamenco-neerlandófona).

Se suceden así los distintos reinados de los monarcas durante todo el siglo XIX consolidándose el país como una potencia industrial de primer orden, y también (acorde al espíritu imperante en la época) en un imperio colonial que extiende su dominio sobre una notable parte del África Central rica en todo tipo de recursos materiales y naturales (el Congo Belga primero, incorporándose después de la Primera Guerra Mundial también a costa del extinto Imperio Alemán las actuales Ruanda y Burundi) lo que aumenta la riqueza nacional y le dota de una cierta posición de importancia europea e internacional. Esta parte de la historia colonial no se librarán tampoco de ser uno de los episodios más negros del colonialismo caracterizándose por ser de una brutalidad y dureza extremas.

Ya inmersos en el siglo XX y tras participar en las dos Guerras Mundiales, resulta invadida por Alemania en ambas ocasiones, aunque sale victoriosa siempre. A continuación se comienzan a llevar a cabo algunos cambios en la estructura político-territorial del país, que en origen se había configurado como un Estado unitario, para dar acomodo a las crecientes demandas flamencas, quienes hasta entonces habían resultado marginados por el poder central y por la más influyente parte francoparlante del país.

Progresivamente se va produciendo un cambio desde un país donde el poder se encontraba fuertemente centralizado política y administrativamente, hasta un Estado federal en el cual existen unas entidades subestatales federadas

con amplísimas atribuciones y un gobierno central menguante que cada vez reúne menos atributos de poder en sus manos.

Hay que tener en cuenta que este proceso se desarrolla a la vez que la economía valona, basada en la minería y en la industria pesada, entraba en decadencia, y la economía de Flandes despegaba y se convertía de este modo en la locomotora del país, pasando a depender en buena parte el sector francófono del norte flamenco.

Todo esto se realiza a través de varias reformas constitucionales, partiendo de la original de 1831 hasta llegar a la última de 1993 (entró en vigor en febrero de 1994: *Constitution belge, texte coordonné du 17 février 1994*), pasando por la decisiva reforma del Estado emprendida en 1970. Pero por no aburrir con todas ellas, y dado el hecho que esto pretende ser simplemente un mero prólogo introductorio, nos ceñiremos a la última reforma 1993 y al tipo de Estado resultante de ella.

La Constitución de 1993 (la última reforma hasta el momento, aunque bien es cierto que la Constitución vigente se modificó en el año 2012: *Reforma de la Constitución belga de 19 de julio de 2012*) consagra el federalismo como forma de organización política, territorial y administrativa. Esta Constitución, conjuntamente con la Ley de 16 de julio de 1993 (*Loi ordinaire visant à achever la structure fédérale de l'Etat du 16 juillet 1993*) crean una estructura política ingenieril según la cual se establecen distintas entidades y cuerpos federales que suponen la puesta en marcha de un sistema pionero en Europa y también en el mundo. Trata de aunar y reconocer a la vez todas las sensibilidades culturales, nacionales, y territorios dentro del mismo Estado, demostrando un gran ingenio y creatividad, pero no siempre pudiendo decir lo mismo respecto a su eficiencia.

Pues bien, el artículo primero de la Constitución de Bélgica instauro este peculiar sistema compuesto por comunidades y regiones¹. Explicada de manera sucinta la actual estructura político-institucional sería la siguiente: existe un gobierno central que retiene muy pocas competencias propias, existen tres regiones (Flandes, Valonia y la Región Bruselas-Capital) y existen tres comunidades (flamenca, francesa y germanófona). Cada una de estas entidades, tanto Regiones como Comunidades, poseen su propio gobierno y parlamento. Las Comunidades tienen atribuidas las competencias en materias de educación y cultura. Y las Regiones, nacen de la distribución del poder político-territorial (a su vez existen también diez provincias), no tienen un reparto competencial de forma simétrica (es decir, Bruselas Capital tiene competencias que Valonia no posee; aunque tampoco voy a entrar ahora en esta cuestión a fondo se trata

¹ Art. 1 Constitution belge: “La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions”.

sencillamente de hacer un esbozo a grandes rasgos) pero controlan el resto de las competencias típicas de un Estado, salvo las imprescindibles como puedan ser las relaciones exteriores, la seguridad social común o la defensa (y aún todo esto, podría cambiar pronto). Flandes es de habla neerlandesa, Valonia de habla francesa (salvo la pequeña comunidad germanófono al Este) y Bruselas es oficialmente bilingüe en francés y flamenco, pero hay una clara predominancia francesa en la práctica.

Por lo tanto, observamos cómo la diversidad presente en el país es francamente manifiesta, y que la estructura que funciona actualmente es un sistema que ha sido establecido para intentar acomodar de la mejor manera posible a toda esta amalgama de pluralidad heterogénea. Sin embargo, y por señalar los puntos negativos, la mala noticia es que tal vez en el camino perseguido por este afán de dar cabida a toda la diferencia, se ha perdido la referencia por lo común, y en ocasiones se ha llegado a construir un país con escasos elementos de Estado compartidos (por ejemplo, existen incluso partidos políticos diferenciados por Regiones. Esto es, hay familias de partidos, no partidos belgas a nivel estatal) que tal vez hayan conducido a esta ambición demasiado lejos, desembocado un callejón sin salida, en un camino sin retorno². Pero antes de llegar a esta posible conclusión, primero veamos como se ha llegado hasta aquí.

3. El sistema de pilarización y el modelo de democracia consociativa belgas

Desde su nacimiento como Estado independiente, Bélgica ha tenido que lidiar con la diversidad cultural y religiosa existente en su seno. Surgida como resultado de las revoluciones románticas y nacionalistas que incendiaron Europa en 1830, el recién nacido Estado tratará de dar acomodo a las distintas concepciones filosófico-políticas que habitaban en él. Como bien señala Ringelheim, “la Constitución belga de 1831 es el fruto de un compromiso histórico entre las corrientes católicas y libre-pensadoras” (Ringelheim 2011, 52-53). A esta tensión católico-laica hay que sumar la ya mencionada entre flamencos y

² El ejemplo más claro de la clara situación de inestabilidad e ingobernabilidad que esto puede llegar a causar fue cuando tras las elecciones legislativas de junio de 2010 se tardó 541 días en poder formar gobierno. Es decir, casi dos años de vacío de poder, batiendo todos los records que hasta entonces se habían dado en los cuales el Estado carecía de un gobierno electo y se regía por un gobierno interino. Vid. http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2011/12/111206_ultnot_belgica_gobierno_ar.shtml

francófonos, y entre las familias socialista y liberal, sin olvidarnos tampoco de las minorías religiosas presentes desde el inicio (judíos, protestantes, anglicanos) ni de las que años después irán llegando como consecuencia de la inmigración (musulmanes, ortodoxos, etc.).

Por ello, para conjugar todo este pluralismo, se establece un sistema de contrapesos y equilibrios llamado *pilarización*, y un tablero de juego al que se le da el nombre de *democracia consociativa* (Dumont 2011, 168). Además esto se combinará a partir de la segunda mitad del siglo XX con una organización territorial en clave federal o confederal con el objetivo de aliviar las reivindicaciones nacionalistas/regionalistas y que, como hemos explicado más arriba, conducirá a una insólita estructura estatal en la cual no voy a profundizar más pero que estará presente como telón de fondo en todas las políticas que analicemos.

Los conceptos antes apuntados de *democracia consociativa* y *pilarización* aluden al modelo diseñado en la política belga para tratar de crear un escenario de coexistencia entre las distintas opciones cultural-religiosas y político-filosóficas, basado en el establecimiento de unos contrapesos entre estas distintas visiones metafísicas: Católica, Protestante, Socialista, Liberal (Christians 2010, 823), para crear un equilibrio entre ellas y que no predomine ninguna sobre otra.

La pilarización o sistema de pilares (*piliers* en francés, *zuilen* en flamenco) en palabras de Dumont es el “sistema de redes, separadas y paralelas, de organizaciones particulares fundadas sobre una identidad ideológica o religiosa común, que actúan en los diferentes dominios sociales, y que están reconocidas y subvencionadas por los poderes públicos ya que suponen una actuación social de utilidad pública, estando además vinculadas (más próxima o lejanamente) con un partido o tendencia política” (Dumont 2011, 162). Es decir, se trataría de un conglomerado social con estructura de malla, red, o más gráficamente pilares, que vertebra la sociedad ya que se encarga de proporcionar los servicios básicos como educación, sanidad, o programas asistenciales, donde cada uno de estos pilares corresponderían a cada una de las distintas familias o mundos en los que se divide el espectro filosófico-político. Como señala Christians, “la homogeneidad de estos mundos y su fuerza como instituciones les ha permitido asegurar la efectividad de sus modelos y perspectivas” (Christians 2010, 823), consolidando de esta manera una particular organización del andamiaje político-institucional en un país tan diverso como Bélgica, dotándolo de este modo de una personalidad característica.

En consecuencia, este sistema de pilares es el que constituye la llamada *democracia consociativa*. Hughes Dumont la describe como el modo de regulación de los conflictos propios de una sociedad segmentada en mundos

distintos y paralelos, como si fuesen compartimentos estancos, sobre la base de una búsqueda constante de acuerdos y compromisos con el horizonte de conseguir un consenso que no incluya un ganador claro, ni tampoco una parte perdedora (Dumont 2011, 173). El pacto como norma, por tanto, de un sistema de gobierno para tratar de gestionar así una realidad tan fragmentada y plural que siendo de otra manera lo que se lograría sería la imposición de las tesis de una de las varias minorías que laten en el seno de esta sociedad tan rica.

Una suerte de obsesión por el acuerdo como método de convivencia, como regla que se aplica de forma sistemática y que guía (o debería hacerlo) todas las acciones de la autoridad para impedir la imposición de la *Weltanschauung* o cosmovisión de ninguna de estas *familias* al conjunto de la comunidad. Para que no haya una única manera buena de ser ciudadano belga, sino varias. Para que se pueda llegar al mismo punto desde diversos caminos. Nadie gana, nadie pierde: pero a la postre todos acaban ganando. En eso consiste esta democracia consociativa.

Pues bien, este sistema socio-político no ha sido ajeno a los avatares histórico-sociales sufridos a lo largo de estos dos últimos siglos, y se ha ido adaptando a los cambios que se sucedían en la propia sociedad belga. Es decir, se han ido incorporando como nuevos pilares las cosmovisiones que aunque ya estaban presentes han crecido en importancia e influencia, como la laicidad (*laïcité*); las que han llegado de otras partes del orbe y que suponen universos imposibles de ignorar hoy en día, como el islam; o las que han surgido como consecuencia del progreso humano, como el ecologismo. Se añaden, pues, estas *nuevas familias* a las ya clásicas del siglo XIX protestante, católica, socialista y liberal, demostrando que el sistema no es estático e invariable, sino que tiene una capacidad de desarrollo y que puede evolucionar absorbiendo las nuevas corrientes e integrándolas en su estructura como nuevos pilares que ayuden a sostener la estructura societal.

Y por otro lado esta pilarización y, su producto, la *democracia consociativa* han llegado a crear una especie de muralla, de cortafuegos o rompeolas en palabras de Christians (Christians 2010, 823), que ha impedido la penetración de tendencias como el neo-liberalismo, la globalización radical, o la influencia de los mercados en la democracia y en el proceder de los gobiernos. Si bien es cierto que aunque esto ha sido así durante años, como veremos más adelante, esta situación también ha comenzado a cambiar y estas perturbaciones se han ido filtrando paulatinamente y han hecho mella en el sistema tradicional, abocándolo así al desafío de tener que buscar nuevas fórmulas y alternativas para poder continuar resultando eficaz en su misión de contener, esto es dar cobijo y amparo, y acomodar, esto es dar reconocimiento y participación, a las distintas ramas de las que se compone la sociedad haciéndoles actores del devenir del país.

4. Plasmaciones concretas en el Derecho público del sistema de pilarización-democracia consociativa

El espíritu del sistema socio-político-institucional que constituyen la *democracia consociativa* y la estructura de pilarización cristaliza en distintas políticas públicas, textos legislativos, e instituciones.

La influencia de la pilarización se puede notar claramente en el régimen de reconocimiento de las confesiones religiosas en Bélgica (ya establecido desde la Constitución de 1831) que se caracteriza por la separación Iglesia-Estado y la consagración de la libertad religiosa, pero también por el reconocimiento de determinados cultos y su financiación por parte del Estado, de lo cual nos encargaremos más exhaustivamente en un próximo apartado.

Asimismo, tanto el Pacto Escolar de 1958, como el Pacto Cultural de 1973, son un claro producto de esta esencia que está en permanente búsqueda del consenso. El primero de ellos consiste en el acuerdo que pone fin a las *guerras escolares* de los años 50. Por guerras escolares se conocieron los enfrentamientos entre las corrientes laica y socialista de un lado, y clerical y democristiana de otro, por hacerse con el control de la educación en el país, que terminaron con una solución de compromiso típicamente belga, como hemos visto, llamada *Pacto Escolar de 1958* que se plasmó en ley en 1959 por la que se modificaban varias disposiciones relativas a la educación como la libertad de elección de los padres respecto a la educación para sus hijos o la gratuidad de la enseñanza sea cual sea el modelo escogido (católico o el estatal) (*Loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions de la législation de l'enseignement*). Esta solución no satisface por completo a ninguna de las dos partes, pero garantiza la *paz escolar*, así que, como he explicado antes, supone un ejemplo obvio de lo que simboliza la democracia consociativa: nadie gana para que todos ganen.

También el llamado *Pacto Cultural de 1973* supone otro arquetipo de este tipo de acuerdos. Pacto Cultural es el nombre vulgar por el que se conoce a la Ley de 16 de julio de 1973 que garantiza la protección de las tendencias ideológicas y filosóficas (*Loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques*), cuyo objetivo es el establecimiento de un marco de respeto y amparo en el cual tengan cabida las diferentes posturas políticas y morales representativas de las grandes *familias* a las que antes hacíamos referencia, y que vendría a apuntalar el propio sistema del que es resultado, que por entonces ya mostraba muestras de agotamiento y necesidad de reajuste. Este pacto aspira a una distribución equilibrada en la gestión de los servicios públicos y a un reparto equitativo del espacio público que a la vez pueda ser compartido

entre todos ellos. De su vigencia actual, tal vez más virtual que real, así como de su pertinencia o actualización me ocuparé más adelante.

En este rápido repaso no hay que olvidar que el derecho a la cultura en Bélgica está consagrado en la propia Constitución del país en su artículo 23.5 (*le droit à l'épanouissement culturel et social*), de tal manera que constituye otra muestra donde se puede ver el claro reflejo de este sistema, como analiza Romainville en numerosos escritos (Romainville 2012).

En el plano legislativo referente al tratamiento de la inmigración el punto de inflexión lo marca la ley de 15 de diciembre de 1980 “*sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*” que supone una serie de políticas de envergadura respecto al tratamiento a la inmigración, la cual tiene un efecto alterador de la sociedad belga dejando su huella de pluralidad cultural que añadirá más elementos al ya de por sí variado espectro socio-político del país. Posteriormente llegarán otras leyes fundamentales como la de 30 de julio de 1981 que lucha contra el racismo y la intolerancia (*Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*), o la de 15 de febrero de 1993 (*Loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*) que crea el *Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme* (herramienta fundamental por la labor que ha desempeñado y continúa haciendo). La Ley antidiscriminación de 25 de febrero de 2003 (*Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février créant un centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*) y la de 10 de mayo de 2007 (*Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination*) que constituyen otro paso más en el desarrollo de la política antidiscriminación y en pro de un acomodamiento de la diversidad creciente desde la óptica belga.

Además de estas leyes antidiscriminatorias y dedicadas al tratamiento de la inmigración que organizan estos asuntos desde un plano global, hay otro conjunto de normas que se encargan de regular aspectos más concretos y no tan genéricos en lo relativo a su interacción con el fenómeno migratorio (educación y empleo, por ejemplo). Y desde el punto de vista territorial, las distintas administraciones regionales flamenca y francófona impondrán su propia visión particular de la circunstancia y sus derivaciones.

4.1 Pacto Cultural

El Profesor constitucionalista belga Hughes Dumont se pregunta, en su fabuloso artículo “*Le modèle de la loi du Pacte Culturel a-t-il encore une pertinence*”

aujourd'hui?" (Dumont 2011, 167-204), acerca de la vitalidad, la vigencia y hasta sobre la pérdida de motivos de este acuerdo que ya ha cumplido los cuarenta años.

Sigamos pues a Dumont en su chequeo de la salud del Pacto Cultural de 1973, pero primero detengámonos brevemente en los avances y ventajas que el Pacto supuso para ponernos en situación.

Cómo ya he dejado dicho más arriba, el conocido como Pacto Cultural de 1973 no es otra cosa más que el nombre de pila de la Ley de 16 de julio de 1973 que garantiza la protección de las tendencias ideológicas y filosóficas (*Loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques*), cuyo fin consistía en ofrecer un escenario que sirva, por un lado de acogida a todas las posiciones religiosas, filosóficas, morales, y culturales presentes en el Estado, y por otro lado no se contenta únicamente con servir de marco de acogida, sino que también aspira a proporcionar protección a todas ellas y la libertad necesaria para que puedan desarrollar las manifestaciones de sus creencias abiertamente en el espacio público. El Pacto Cultural establece de esta manera un modelo estatal de gestión del pluralismo, basado en el *estilo belga* el cual he descrito anteriormente.

Pero para Dumont, este modelo nace viciado desde el principio (Dumont 2011, 167-168) ya que acarrea un defecto estructural: la desmesurada politización de los actores sociales. Cuando hablamos de politización entiéndase no sólo como referencia a los partidos políticos, sino que también me refiero a una excesiva institucionalización, por así decirlo, de las corrientes de pensamiento y confesionales (partidos políticos, Iglesias). Es decir, tiende a actuar (por tanto, beneficia mayoritariamente) sobre aquellos los cuales exteriorizan sus creencias desde la estructura de una organización institucionalizada, restando pues libertad y digamos frescura a las manifestaciones filosófico-culturales (Dumont 2011, 168).

Este pluralismo a la belga, como lo llama Martens (2011, 211), peca, pues, como el propio autor mantiene, de otorgar protección a quien se inscribe en este andamiaje y de desamparar al que va por libre o al que pueda compartir aspectos de diversas tendencias sin necesidad de incardinarse en una única. Lo que esto acaba provocando es una rigidez del modelo que causa un agarrotamiento del sistema, aún cuando en origen este método se desarrolló para evitar que ninguna de las diferentes tendencias se encontrase excluida del espacio público así como para evitar el monopolio o la presencia desmesurada de algunas de ellas, impidiendo de este modo que ninguna de ellas marcara en solitario el ritmo político del país.

Aunque la Ley de 16 de Julio de 1973 que garantiza la protección de las tendencias ideológicas y filosóficas está erigida sobre el principio de

proporcionalidad y se han creado organismos como la *Commission nationale permanente du pacte culturel*³ para velar por su buen funcionamiento y cumplimiento de sus cometidos, siempre ha habido dos ópticas desde las que enfocar esta ley. La que busca una neutralidad de tipo francés en la cual ninguna de las culturas destaque sobre las otras y se haya de mantener una cierta asepsia estatal, y la otra en la que sobre la base de lo anterior se fomente el pluralismo y la exteriorización de la diversidad. Ajustándose esta segunda interpretación mucho más al modelo típicamente belga, bien es cierto que con el tiempo y el cambio de las circunstancias este modelo se ha visto algo desfasado y requerido de un oportuno *aggiornamento*.

Como causas principales de este desfase destacaremos, tal y como hace el autor belga, las de condición política y las de condición jurídica. Dentro de las causas de carácter político deberemos tener en cuenta la evolución política del país a la que ya he hecho referencia en apartados anteriores en lo relativo a los choques entre flamencos y valones, tanto a nivel de las Comunidades (progresiva descentralización del Estado belga cada vez más acentuada), como a nivel electoral con la ruptura de los partidos de carácter estatal y su transformación en partidos flamencos o francófonos, y con el cambio en las tendencias de voto (perdiendo fuerza los partidos tradicionales e irrumpiendo con energía nuevas formaciones) lo que ha provocado una transformación del panorama electoral que también tiene un reflejo en la sociedad.

En lo referente a las causas de carácter jurídico, se hace imprescindible aludir a la propia transformación de la estructura del Estado consecuencia directa de los cambios políticos, y de cómo ha afectado al reparto de competencias entre el poder central y los nuevos organismos de decisión (Gobiernos y Parlamentos de las Comunidades y Regiones), y por otra parte la aparición de nuevos instrumentos de carácter legislativo que vienen a actualizar (e incluso a sustituir en algunos casos) las antiguas herramientas de tratamiento de la pluralidad. Estos instrumentos serían la Ley de 15 de febrero de 2003 de lucha contra la discriminación (*Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*), y la Ley 10 de mayo de 2007 de lucha contra ciertas formas de discriminación (*Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination*), que aspiran a crear un nuevo marco de políticas de inclusión y que a continuación pasamos analizar con más precisión.

³ Organismo formado por 26 miembros, 13 elegidos por el Parlamento de la Comunidad francesa, y otros 13 elegidos por el Parlamento de la Comunidad flamenca.

4.2. Tratamiento de la inmigración

Realizaremos ahora una somera descripción, a modo de fases históricas, de las políticas de tratamiento inmigración en Bélgica, y sobre todo de cómo éstos han ido evolucionando a lo largo de las décadas de manera paralela a cómo lo hacía el modelo de pilarización y la sociedad belga en su conjunto.

Al principio de todo este proceso migratorio no se pensaba que los inmigrantes fuesen a permanecer en el país, sino que se veía la inmigración como un fenómeno circunstancial y de una duración temporal –se les considera muy gráficamente *aves de paso* (Adam 2011, 254). Difícilmente se contemplaba la posibilidad del establecimiento definitivo de estos nuevos residentes, a esto ayudaba decisivamente que no se tenía la concepción de Bélgica como un país de inmigrantes como podía ser Estados Unidos, Australia, o, en menor medida, Argentina.

Pero, a pesar de esta percepción, había que gestionar de alguna forma desde los poderes públicos estas nuevas circunstancias. Siguiendo a Martinello y Rea (2013, 45-49), podemos establecer cuatro fases diferenciadas en las políticas de integración belgas.

La primera de ellas correspondería a todo el periodo anterior a la Ley de 15 de diciembre de 1980 *sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*.

En esta fase, se trata de políticas que buscan favorecer la acogida y cierta integración de los nuevos residentes, y algunas otras de carácter asistencial como cursos de alfabetización, de lengua autóctona, o de asesoría jurídica. Estas medidas se empiezan a implementar a principios de los años 60 (destacadamente en la provincia de Lieja y otras provincias francófonas valonas a partir de 1964).

Estamos hablando, por tanto, de que las políticas implementadas no son lo que hoy interpretaríamos como políticas de integración, sino que se trata más bien de políticas de acogida. El objeto de las mismas no son los *inmigrantes*, sino los *trabajadores inmigrantes* (Adam 2011, 254).

La segunda fase comienza con la aprobación y entrada en vigor de la citada ley de 1980. Esta norma supondrá una serie de garantías legales para los inmigrantes, y sobre todo establece procedimientos de apelación a los tribunales para impugnar cualquier acción tomada en contra de la legalidad de su estancia; pero no se les otorga el derecho de voto.

No obstante, este avance no impide que ante la situación de crisis económica (1973 y 1979) y de aumento de paro, la presencia de los inmigrantes

sea percibida como la culpable de la situación. Una vez ya se tiene asumida la permanencia de su estancia en el país y el no retorno a sus países de origen, en 1984 se reforma el Código de la Nacionalidad Belga de 1932 (*Code de la nationalité belge, 28 Juin 1984*) que instauro el principio de *ius soli* simplificando el proceso de naturalización y por tanto la posibilidad de devenir belga. Así pues, el número de extranjeros se reduce considerablemente, y los nacionalizados belgas aumentan. Aún así, no basta con esta modificación legal sino que además hay que acreditar una *voluntad de integración* respondiendo a un cuestionario.

La tercera fase comienza con la instauración de una de las herramientas que más trabajarán para lograr la integración de los inmigrantes: el *Commissariat royal à la politique des immigrés* en 1989, que en 1993 se transformará en el *Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*.

En las etapas anteriores la inmigración era un asunto que afectaba mayoritariamente a la región valona y a Bruselas, pero en los años 90 comienza a notarse también en Flandes, lo que provoca un aumento electoral de la extrema derecha. Para contrarrestar esto, los diferentes gobiernos proceden a desarrollar unas políticas sociales basadas en discriminaciones positivas que abarquen los campos de la política laboral, y sobre todo la política educativa con la creación de las zonas de educación prioritarias (ZEP).

Durante esta época, la diversidad cultural derivada de la inmigración se considera como una cuestión fundamentalmente de integración social básica y no tanto como un problema planteado en coordenadas cultural-identitarias. Esto significa que los poderes públicos pondrán el énfasis en cuestiones como la educación, el trabajo o la vivienda, y darán respuesta institucional a la cuestión a través de las leyes antirracismo y antidiscriminación, a las que enseguida me referiré.

En la década siguiente, y como consecuencia de la nueva reforma del Estado en clave federal y descentralizadora, también se separarán las políticas públicas destinadas a gestionar la inmigración en dos: las desarrolladas por la región flamenca, y las que se emprendan en las regiones francófonas (Valonia y Bruselas Capital).

Flandes opta por una política de integración a la holandesa (llamada *inburgering*) consistente en exigir un conocimiento de lengua flamenca-neerlandesa y de las leyes e instituciones del país, a la vez que se incentiva la conservación y el desarrollo de la identidad de origen en el hogar pensando de esta manera que se contribuye a un mejor asentimiento en la sociedad de acogida.

Por su parte en la zona francófona, no se dan políticas específicas enfocadas a la inmigración, sino que se produce una orientación indirecta en base

a criterios sociales y no por razón del origen. Consisten en poner en marcha zonas de acción prioritaria o discriminaciones positivas.

No obstante, y de forma más general, hay que tener en cuenta que en esta década se puede observar un claro cambio en el modelo de integración. La atención ya no se pone en la vertiente social integradora, sino que a raíz de los sucesos geo-políticos de principios de los 2000 (auge de la globalización, consolidación de los EEUU como única superpotencia y consiguiente visión unipolar del mundo, atentados del 11 de septiembre, guerras de Afganistán e Irak) toma fuerza la idea del *culture-clash* y el enfoque ahora se hace desde un paradigma más centrado en la identidad, la diferencia entre culturas, y la demanda de reconocimiento de la diversidad.

5. ¿Despilarización?

Tal y como he dejado apuntado anteriormente, los cambios que se producen en la sociedad occidental a lo largo del siglo XX y lo que llevamos de siglo XXI, especialmente en las últimas décadas, han contribuido a provocar que este sistema característico de Bélgica, instaurado para servir como cortafuegos con el fin de preservar una sociedad estable, vaya mutando progresivamente.

En principio esta mutación se intentaba realizar de manera que integrase cada una de las nuevas cosmovisiones en forma de nuevos pilares. Es decir, de un modo controlado por el sistema. Pero posteriormente el propio sistema se ve alterado ya que no es inmune a los embates de los trastornos político-institucionales que acontecen (globalización, inmigración, aturdimiento institucional), pudiéndose llegar así a hablar de una desvertebración del sistema de pilares o *despilarización* (Christians 2010, 824).

Pese a que con anterioridad hayamos podido dar la sensación de que la integración de estas nuevas familias-culturas se llevaba a cabo de manera natural y no traumática, la verdad es que ha supuesto un reto de dificultad notable y aún no resuelto en algunos casos. Pero no es la aparición y posterior integración de estas nuevas cosmovisiones la única causa que provoca la despilarización (Ringelheim 2011, 58), sino que no hay que olvidar el desmoronamiento de los pilares tradicionales, su pérdida de peso electoral y ciudadano, y la progresiva difuminación de sus líneas de identidad características, es decir la creciente confusión entre las fronteras de unos pilares con otros (Dumont 2011, 182).

El régimen de la pilarización había creado una esfera social en la que encontraban acomodo las distintas tendencias, la pluralidad podía ser manifestada sin que ningún modo de vida se impusiese sobre los demás, y el

espacio público se constituía en un entorno nítidamente estructurado donde el Estado actuaba como garante y proveedor de estas relaciones (Christians 2010, 831).

El proceso de despilarización ha añadido complejidad a la sencillez con la que nos manejábamos hasta ahora. Ya no se pueden distinguir con claridad los bordes que definían lo, hasta hace poco, estable. La gestión de la diversidad ha devenido mucho más complicada y embrollada perdiendo la simplicidad y esquematicidad que caracterizaba al sistema. El Estado se ha despistado de su papel de árbitro-benefactor que otorgaba equilibrio desde una posición de autoridad.

Este fenómeno podría llevar al país hacia otro tipo de pluralismo más abierto y *autogestionado*, o por el contrario podría desembocar en un nuevo modelo, tal vez no ingobernable, pero sí de bastante más difícil gestión.

No obstante, y tal y como indica Christians (Christians 2010, 838), el modelo belga de gestión de la diversidad todavía se muestra confiado en su aptitud de hacer frente a estos nuevos desafíos con convicción en su capacidad de adaptación y de promover nuevas maneras que garanticen una administración equilibrada y equitativa de la diversidad cultural haciendo gala de creatividad e ingenio. Todo esto se concreta en algunas propuestas que he tenido ocasión de estudiar más en profundidad y que, lamentablemente, por las limitaciones tanto de espacio como de temática que se proponían para esta comunicación me ha sido imposible verter en la misma; confiando, sin embargo, en tener la oportunidad de cristalizarlas posteriormente en un trabajo más amplio y completo que éste.

6. Conclusiones

Bélgica ha encontrado un sistema eficaz de hacer frente a los problemas y conflictos típicos que surgen en una sociedad tan plural y diversa como es la suya. Mediante el establecimiento de un modelo basado en el pacto y el consenso entre las distintas (y muchas veces enfrentadas) cosmovisiones, se ha conseguido implantar una estructura de respeto y colaboración que ha permitido llegar a acuerdos sobre los denominados *asuntos de Estado*, dejando de lado la intransigencia y los enfrentamientos sectarios que muchas veces no logramos superar en latitudes más meridionales.

En cierta manera, no es que estemos hablando de un modelo propio como tal, pero sí que se ha creado un modelo que consiste en un fiel reflejo de su idiosincrasia *nacional* (si así se puede denominar): orígenes y pensamientos

diversos, modos distintos de entender la vida, que obvian sus diferencias para llegar a un compromiso sobre los temas de mayor importancia general. Siendo que además este tipo *know-how* ha ido calando progresivamente en otros aspectos de la realidad belga llegando a impregnar los propios cimientos de la sociedad, y encontrándose, por tanto, esta obsesión por el pacto en la génesis de las principales políticas públicas llevadas a cabo en el país sobre temas fundamentales como educación o inmigración.

No obstante, no pretendo retratar esta realidad como idílica ni plantear este sistema como la panacea a algunos de nuestros problemas. De hecho he relatado también algunos fallos de los que adolece este sistema, amén del perceptible resquebrajamiento del mismo y la incertidumbre respecto a su continuidad. Así pues, más allá de presentar esta experiencia belga como ideal, lo que sí que me atreveré a proponer es un estudio de la misma: llegaremos así a la conclusión (al menos yo lo he hecho) de que su atenta observación nos puede servir como una buena receta contra la intolerancia y el sectarismo de los que demasiadas veces nos vemos aquejados en nuestra sociedad y que nos impide desarrollar todo el potencial que atesoramos.

Bibliografía

Libros y artículos

ADAM, I. (2011), “Une approche différenciée de la diversité? Les politiques d’intégration des personnes issues de l’immigration en Flandre”, en RINGELHEIM, J. (ed), *Wallonie et à Bruxelles (1980-2006). Le droit et la diversité culturelle*. Bruxelles: Bruylant.

CHRISTIANS, L-L. (2010), “Sustainable management of religious diversity: An overview of the Belgian model and its prospects for success”, en FOBLETS, M-C., GAUDREAULT-DESBIENS, J-F., DUNDES RENTELN, A. (eds.), *Cultural Diversity and the Law. States responses from around the world*. Bruxelles: Éditions Yvon Blais.

DUMONT, H. (2011), “Le modèle de la loi du Pacte culturel a-t-il encore une pertinence aujourd’hui?”, en RINGELHEIM, J. (ed.), *Le droit et la diversité culturelle*. Bruxelles: Bruylant.

MARTENS, P. (2011), “Le communitarisme, le multiculturalisme, le nationalisme et l’universalisme en Belgique à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle”, en RINGELHEIM, J. (ed.), *Le droit et la diversité culturelle*. Bruxelles: Bruylant.

MARTINELLO, M., REA, A. (2013), *Une breve histoire de l'immigration en Belgique*. Bruxelles : Fédération Wallonie-Bruxelles.

RINGELHEIM, J. (2011), "Le droit et la diversité culturelle : cartographie d'un champ en construction", en RINGELHEIM, J. (ed.), *Le droit et la diversité culturelle*. Bruxelles: Bruylant.

ROMAINVILLE, C (2012), "Le droit à la culture & la législation relative aux centres culturelles", *Repères politiques culturelles* n°1 Mai 2012. Observatoire des politiques culturelles, Fédération Wallonie-Bruxelles.

Legislación

Constitution belge, Texte coordonné du 17 février 1994. (Reforma de la Constitución belga de 19 de julio de 2012).

Code de la nationalité belge 1984.

Loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques.

Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

Loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

Loi du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février créant un centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

LAS MEDIDAS DE EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EUROPEOS DE ETNIA GITANA EN FRANCIA: UNA RELECTURA DESDE LAS FUNCIONES DEL DERECHO

Encarnación La Spina¹

Institut de Drets Humans/LabexMed DICE – UMR 7318

Universitat de València/Université Aix-en-Provence

encarnacion.laspina@uv.es

Durante la última década, las razones de orden público, seguridad o salud pública y la posible suspensión de la permeabilidad de las fronteras internas del espacio Schengen han sido protagonistas recurrentes de numerosas tensiones y fricciones a nivel intraeuropeo. Tras el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo 2008 sin duda la búsqueda de soluciones a estas tensiones internas ha adquirido una mayor dimensión comunitaria dado el alcance de los cinco compromisos básicos asumidos por los Estados miembros en el marco de la llamada política migratoria común². Especialmente en lo referente a la admisión de la inmigración en base a las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro; la lucha contra la inmigración irregular garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito; la eficacia de los controles fronterizos; la construcción de la Europa del asilo y por último, la cooperación global con los países de origen y de tránsito con el propósito de favorecer las sinergias entre las migraciones y el desarrollo (Bascherini 2008).

Sin duda, entre estos diferentes ejes de acción comunitaria, la lucha contra la inmigración irregular por medio de los mecanismos de expulsión o retorno *voluntario* ha sido un aspecto prioritario del proceso de europeización *interna* de las políticas migratorias (Guild et al 2009). De ahí que precisamente haya sido a

¹ Investigador Doctor. Institut de Drets Humans. Universitat de València y también investigador postdoctoral invitado programa Fernand Braudel-IFER (International Fellowships for Experienced Researchers) y la Comisión europea (Programme Action Marie Curie_COFUND-7^{ème} PCRD) en el LabexMed, CERIC, DICE – UMR 7318 Université Aix-en-Provence, reference 10-LABX-0090. Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Derechos Humanos, sociedades multiculturales y conflictos*, DER 2012-31771, Proyecto Consolider Ingenio 2008-00007 “El tiempo de los derechos”, financiado por el Ministerio de Educación.

² Pacto europeo sobre Inmigración y Asilo de la Unión Europea aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 15 de octubre de 2008. Nº doc. 13440/08 ASIM 72 Bruselas 24 septiembre 2008. Programa de Estocolmo— Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE 2010/C 115/01) ap. 6.1.

partir de este momento cuando los Estados miembros ya desprovistos de su exclusivo dominio normativo sobre el régimen de infracciones y sanciones han debido hacer frente a la correlativa exigencia de respetar las obligaciones derivadas del Derecho comunitario así como equilibrar la compatibilidad de sus políticas con el estándar internacional de los derechos humanos que implica la pertenencia a la Unión Europea.

Este proceso ha sido mediáticamente más notorio en el caso de Francia especialmente a la hora de resolver a nivel interno las deficiencias derivadas de la transposición de las nuevas directrices comunitarias sobre la libertad de circulación y residencia de ciudadanos comunitarios. Una transposición que ha tenido un fuerte impacto en la gestión normativa de las situaciones de conflicto derivadas del asentamiento y entrada de ciudadanos europeos de etnia gitana en Francia donde se calcula que habitan entre 5.000 y 20.000 gitanos europeos. La actuación gubernamental ante esta realidad se ha materializado en fuertes medidas de control y retención administrativas por medio del recrudecimiento de las sanciones contra los extranjeros así como la preferencia de procesos acelerados de expulsión tanto desde la perspectiva interna como externa ignorando así las desigualdades o el origen de los conflictos sociales existentes.

1. Una retrospectiva sobre la adopción de los mecanismos de expulsión de ciudadanos europeos de etnia gitana en Francia

A partir de los tratados de adhesión, una gran parte de los *Rom* y gitanos que se encuentran en Europa (*Council d'Europe* 2010, 2) proceden de una docena de Estados integrados en la Unión Europea como Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, República Checa hasta Rumania y Bulgaria (Aubien 2004, 127 y 138)³. En principio si bien en el caso de los ciudadanos búlgaros y rumanos *Rom* son ciudadanos europeos, la aplicación de los periodos de adhesión transitorios a la Unión Europea ha supuesto para los mismos una primera exclusión temporal de la libertad de circulación y el acceso a derechos derivados de la ciudadanía europea⁴. No obstante, la discrecionalidad de los Estados miembros a la hora de aplicar las medidas nacionales de acceso al mercado de trabajo principalmente no ha sido la única intervención prevista para los ciudadanos búlgaros o rumanos

³ En Europa se calcula que hay 10 de los 12 millones de *Rom* y gitanos presentes en el mundo.

⁴ Vid, en este sentido: STJCE de 11 de diciembre de 2008, asunto Comisión c. Bélgica, as. C-239/08; STJCE de 4 de diciembre de 2008, asunto Comisión c. Luxemburgo, as. C-223/08, las dos referidas a la falta de adaptación de la normativa interna a las previsiones de la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumania.

(O’Nions 2007, 19 y 23)⁵ sino también han sido destinatarios directos en Francia de las primeras medidas de *alejamiento del territorio* por razones orden público (Condinanzi et al. 2007) que se llevaron a cabo con ocasión de la dudosa transposición de la Directiva 2004/38/CE⁶. La transposición auspició la frenética firma de acuerdos de retorno voluntario *versus* repatriación y también la implementación de relevantes modificaciones legislativas promoviendo así una técnica de control social *imperfecta, represiva y preventiva* para frenar la entrada, la estancia y salida de ciudadanos búlgaros y rumanos de etnia gitana en situación irregular.

En este contexto, el tratamiento jurídico dado a la expulsión de los ciudadanos europeos de etnia gitana en Francia⁷ ejemplifica así cuáles pueden ser las posibilidades y riesgos derivados de actuar amplias derogaciones internas al principio fundamental de la libertad de circulación y residencia fijado en la Directiva 2004/38/CE. No en vano, esta Directiva establece el reconocimiento de un derecho de residencia por un período no superior a tres meses a todos los ciudadanos de la Unión Europea (y los miembros de la familia) “sin más condición o trámite que la posesión de un carné de identidad o un pasaporte válido” (artículo 6). Mientras que se supedita el reconocimiento del derecho de residencia durante un período superior a los tres meses a que los beneficiarios sean ciudadanos de la Unión Europea y los miembros de la familia cumplan algunas de las siguientes categorías: a) empleados y contratistas independientes, b) estudiantes matriculados en un curso de educación superior en el país de acogida con recursos suficientes, de modo que no puedan convertirse en una carga para el sistema de asistencia social del Estado de acogida, con seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos, c) que no tienen alguno de los requisitos anteriores, pero que tienen tanto los recursos económicos suficientes como un seguro de salud (artículo 7).

Sin embargo, los problemas de aplicación interna de la Directiva 2004/38/CE se han derivado mayormente respecto al alcance teórico-práctico de la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea que hasta entonces habían

⁵ Unas medidas que ya eran plenamente operativas desde el 2006 superando así el periodo de cinco años previsto con una prórroga de dos años más hasta el 1 de enero de 2014.

⁶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) Nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOUE, L158, 30 de octubre 2004).

⁷ El término romaní o Roms se utiliza en documentos del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, como un término general que se refiere a los grupos de personas más o menos unidos por algunas de las características culturales, como los sinti, los viajeros, Kale, Gens du voyage, etc., ya sea sedentaria o no, se estima que alrededor del 80% de los gitanos son sedentarios (SEC (2010) 400).

quedado protegidos sin excepciones bajo las pautas interpretativas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸. El punto de partida de la evolución normativa tiene como base el artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE que permitía limitar a los Estados miembros de forma proporcionada y no discriminatoria la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia ante amenazas graves del orden público, seguridad y salud pública. Así pues, una de las disposiciones claves de la Directiva era si la libre apreciación de los Estados miembros podría ser compatible con las restricciones al derecho de libre circulación por razones de orden público, de seguridad pública o salud pública. Una consecuencia jurídica que no tardaría en tener como supuesto de hecho *ad hoc* la situación de gitanos romaníes que vivían en situación irregular en Francia por estar presuntamente implicados en actividades ilícitas, con condenas o antecedentes penales, generadores de conflicto social. En definitiva, por ser considerados una amenaza para el orden público y la seguridad dado que la mayoría vivía en asentamientos ilegales o campamentos sin condiciones mínimas de habitabilidad, sin recursos suficientes, con altos índices de criminalidad fruto de comportamientos antisociales como *robos reiterados y mendicidad agresiva*.

Bajo estas restricciones a la libertad de circulación se llevó a cabo por primera vez una deportación interna masiva en el territorio de la Unión Europea dirigida no solamente a inmigrantes extracomunitarios sino incluso a ciudadanos europeos, aún habiendo sido ya numerosas y graves las persecuciones de los gitanos en la historia europea (Marchand 2001). Por ello, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea acusaron directamente a Francia de violar normas comunitarias al articular una política peligrosamente parecida a la *limpieza étnica*⁹. Ahora bien, la actuación del gobierno galo ante las expulsiones colectivas

⁸ Vid. sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners* (2/74, *Rec.*, pág. 631), apdos. 42 y 43; sentencia de 26 de febrero de 1975 *Bonsignore c. Ciudad de Colonia* (67/74, *Rec.*, pág. 307), apdo. 6; sentencia de 8 de abril de 1976, *Royer* (48/75, *Rec.*, pág. 497).

⁹ Las posiciones de la Comisión Europea han sido varias; fundamentalmente: el MEMO/10/384, de 25 de agosto de 2010; comunicados de prensa IP/10/1097 y IP/10/1207, de 7 de septiembre de 2009, de 29 septiembre de 2010, el SPEECH/10/428 el 14 de septiembre de 2010, más recientemente, el MEMO/10/205, de 19 de octubre de 2010. En las posiciones tomadas, y el debate en el Parlamento Europeo, cfr. la Resolución, de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población romaní en Europa y la violación de la ley sobre la libertad de circulación y de la discusión sobre las declaraciones de la Comisión, de 29 de septiembre de 2010 (resumen en el comunicado de prensa de la situación de los *Roms*), disponible en www.europarl.europa.eu/news/public/default_it.htm. Referencias e indicaciones recientes sobre el tema de los romaníes en la Unión Europea se encuentran en el documento de los *Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la situación de los romaníes ciudadanos comunitarios que residen en otros Estados miembros de la UE*, 2010, Ronche; en el MEMO, de 9 de noviembre de 2009, disponible en <http://fra.europa.eu>, en los diversos documentos mencionados en *L'Union européenne et les Roms*, en www.ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=518&langId=es, especialmente la Comunicación de la Comisión COM (2010) 133, de 14 de abril de 2010, la integración social y económica de los gitanos en Europa. En las últimas iniciativas del Consejo de Europa sobre el tema, cfr. la Declaración de

sin duda la más mediatizada aunque no la única – recuérdese al efecto Italia (Nascimbene 2011, 1-2) – se desarrolló en dos momentos diferentes y con dos grados de intensidad.

Primero, el gobierno de Sarkozy legitimó mediante una circular ministerial proceder al desmantelamiento a la fuerza por medio de un *proceso de retorno voluntario* de los campamentos donde vivían los gitanos en Francia¹⁰. Sólo en los primeros 15 días tras la aprobación de la medida, las fuerzas de seguridad levantaron más de 40 asentamientos de los más de 600 existentes en todo el país. Y, segundo, más tarde, el nuevo gobierno socialista, bajo la autoridad del presidente François Hollande no tardaría en dar continuidad a tales medidas entre agosto 2012 y la primavera de 2014 con la evacuación de unas miles de personas de dos campamentos gitanos en las afueras de Lille, en el norte de Francia junto a la deportación de unos 250 ciudadanos rumanos desde Lyon (Legros y Vitale 2011, 5). Los poblados estaban instalados en terrenos públicos, propiedad del Ayuntamiento de Lille, cerca de Lyon, por lo que la policía tras una denuncia de unos vecinos evacuó a un grupo de unos 60 gitanos, que habían sido desalojados tres días antes de una casa ocupada. En este caso, según las autoridades ministeriales francesas no fue una expulsión masiva sino *repatriaciones decididas “case by case” por irregularidades*.

La trascendencia de ambas situaciones de conflicto a nivel normativo fue tardía pues no sería hasta la reforma del marco normativo de extranjería previsto en el *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* desarrollado por el *Décret 2007-371*, de 21 de marzo de 2007¹¹ cuando la ley de extranjería haría una mención más completa al régimen propio de la situación de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (art. L 121-1). Tal y como advierte Martín y Pérez Nanclares (2011, 19) el legislador francés optó por ser extraordinariamente fiel en su formulación a lo dispuesto en la Directiva cuando establece el límite del citado artículo 14.1 pero en menor medida lo sería “a la hora de reproducir la

Estrasburgo, de 20 de octubre de 2010 y las iniciativas propuestas en el contexto http://www.coe.int/t/dc/files/events/2010_high_level_meeting_roma/default_FR.asp.

¹⁰ Vid. *Circulaire n° NOR INT/D/06/0014/C du Ministère de l'Intérieur et de l'aménagement du territoire du 22 décembre 2006 sur les modalités d'admission au séjour et d'éloignement des Roumains et des Bulgares*. Un proceso de retorno por el que se habían expulsado a 25 gitanos búlgaros y rumanos al día, alcanzando en cifras un número total de deportados anuales cercano a 9.000. En los primeros 15 días tras la aprobación de la medida, las fuerzas de seguridad levantaron más de 40 asentamientos de los más de 600 existentes en todo el país. Las autoridades francesas anunciaron en Noviembre 2010 que en los primeros 10 meses 13241 ciudadanos rumanos y búlgaros habían sido expulsados.

¹¹ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)*, como modificado por el *Décret n° 2007-371 du 21 mars 2007 relatif au droit de séjour en France des citoyens de l'Union européenne, des ressortissants des autres Etats parties à l'Espace économique européen et de la Confédération suisse ainsi que des membres de leur famille*. (JORF 22 mars 2007).

previsión del artículo 14.3 de la Directiva en el sentido de que el recurso al sistema de asistencia social no puede en ningún caso conllevar la expulsión”. En efecto precisamente es respecto a las medidas de expulsión de ciudadanos de la Unión europea por motivos de orden público y seguridad pública en casos de residencia superior a tres meses donde se plantean mayores controversias a nivel interno. El artículo L. 511-3-1 plantea la posibilidad de que la autoridad administrativa podrá mediante resolución motivada requerir el abandono del territorio francés a un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o la Confederación Suiza o un familiar de este cuando constate una de las siguientes situaciones:

1) Si ya no se justifica ningún derecho de residencia conforme a lo dispuesto por los artículos L. 121-1, L. 121-3 o L. 121-4-1;

2) Si el hecho de residir constituye un abuso de derecho si se pretende renovar para estancias de menos de tres meses con el fin de permanecer en el territorio cuando los requisitos para una estancia de más de tres meses no se cumplen. También constituye un abuso el hecho de vivir en Francia con el objetivo fundamental de beneficiarse de asistencia social;

3) O bien que, durante el período de tres meses a partir de la entrada en Francia, su comportamiento constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad francesa (Chen et al. 2010; Vandendriessche 2010; GISTI 2008).

Respecto a este supuesto, como garantía procesal la autoridad administrativa deberá tener en cuenta todas las circunstancias de su situación, incluyendo la duración de la estancia de la persona en Francia, la edad, el estado de situación de salud, familiar y económica, su integración social y cultural así como la intensidad de sus vínculos con su país de origen. Y, en la puesta en marcha de la medida el extranjero tiene que cumplir con la obligación de abandonar el territorio francés, en un plazo que, salvo en casos de emergencia, no deberá ser inferior a treinta días a partir de la fecha de notificación. Sólo en casos excepcionales, la autoridad administrativa podrá conceder un plazo para la salida voluntaria de treinta días.

Por lo tanto, la legislación francesa no recoge la exigencia irrenunciable de que, por añadidura, la expulsión debe realizarse en todo caso de manera individual y jamás de forma colectiva, aspecto éste que será clave para la correcta aplicación de la Directiva. En cambio, sí prevé que si la estancia supera los tres meses de duración ya no bastará con poseer un documento válido de identidad, sino que el Estado de acogida podría exigirles que dispongan “para sí y para los miembros de su familia, de *recursos suficientes* para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de su

residencia, así como un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida” [art. 7.1.b) Directiva].

En definitiva, atendiendo al periodo de estancia es posible expulsar a un ciudadano comunitario presente desde más de tres meses en Francia si su comportamiento *constituye una amenaza para el orden público*. Pero el Derecho comunitario, cuyo derecho francés debe garantizar la transposición, precisa que “la conducta de la persona implicada debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (artículo 27 Directiva).

Así los problemas derivan de la aplicación práctica del gobierno francés que por medio de circulares interministeriales e internas ha permitido preferentemente la apertura de un procedimiento de expulsión masivo muy alejado de meras *repatriaciones decididas caso por caso por irregularidades* en la medida en que *la obligación de abandonar el territorio francés (OQTF)* se presenta a menudo como un documento estereotipado, ya impreso, distribuido colectivamente que procede de modo perentorio a la expulsión (Iliolopolou 2011, 1035; Chassin 2010). No en vano, la circular del Ministerio del Interior de 5 de agosto de 2010¹² que fue objeto de controversia junto a otra circular anterior del mismo Ministerio de 24 de junio de 2010 y de 9 de agosto de 2010 sobre los problemas fundamentales que plantean los asentamientos ilegales, hace también referencia explícita a la cuestión de la integración de los colectivos ocupantes, además de aludir a la seguridad, la salud y la práctica de actividades delictivas con una referencia explícita a los *Rom* en numerosas ocasiones¹³.

E incluso con anterioridad a la adhesión de Rumanía y Bulgaria a la Unión el 1 de enero de 2007, la Comisión europea ya había detectado la existencia de circulares del Ministerio del Interior francés que ponían en el punto de mira de las expulsiones a los gitanos procedentes de esos países (miembros de pleno derecho de la Unión) haciendo una interpretación de las normas nacionales que podrían suponer una violación de reglas básicas de los tratados constitutivos. Por ejemplo, la Circular de 10 de julio de 2007 preveía la expulsión forzada de aquellos *gens de voyage*¹⁴, ciudadanos franceses de etnia gitana que ocupasen terrenos de forma ilegal yendo así más allá en su aplicación de lo previsto en la Ley de 5 de

¹² Vid. Circulaire du Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, *Évacuation des campements illicites*, IOC/K/10/17881], París, 5 de agosto de 2010, http://ovh.softdom.com/Circulaire_du5a0%C3%BBt_2010.pdf.

¹³ Vid. *Circulaire du Ministère de l'intérieur, IOC/K/1016329/J du 24 juin 2010 relative à la lutte contre les campements illicites, Circulaire du Ministère de l'Intérieur IOC/K/21288/J du 9 août 2010 relative à l'évacuation des campements illicites.*

¹⁴ Vid. *Circulaire du Ministère de l'Intérieur n°NOR INT/D/07/00080/C du 10 juillet 2007, adressée aux préfets de police, préfets de région, et préfets de département concernant la procédure de mise en demeure et d'évacuation forcée des occupants illicites d'un terrain.*

julio de 2000 que regulaba la acogida de esos *gens de voyage* y hacía una interpretación excesivamente amplia de la Ley de 5 de marzo que regulaba la prevención de la delincuencia; leyes núm. 2000/614 y núm. 2007/297, respectivamente¹⁵. Un aspecto corregido torpemente en la nueva Circular del Ministerio del Interior de 13 de septiembre 2010 para no contravenir la decisión del *Conseil d'État* que procedería a sustituir toda referencia expresa a ese colectivo por una alusión genérica a “toda instalación ilegal, sean cuales sean los ocupantes”¹⁶ que sin embargo no fue un obstáculo para los nuevos desalojos de agosto 2012 y posteriores (*Human Rights Watch* 2011; Lhernould 2010).

2. El alcance de las medidas de expulsión desde un análisis de las funciones del derecho

Tras recordar el alcance y las implicaciones jurídicas que han conllevado las medidas de expulsión de ciudadanos romaníes en Francia en esta sede sería conveniente tratar de someter el tratamiento de esta situación de conflicto en la sociedad francesa desde un análisis funcional del Derecho. No en vano, la sociología del derecho tiene como objeto de estudio: los nexos estructurales, orígenes, funciones, relaciones del sistema jurídico con otros elementos del sistema social en su conjunto y con otros sistemas jurídicos así como la relación entre previsiones normativas jurídicas, acciones y comportamientos, así como los procesos decisorios que conducen a definir socialmente acciones y comportamientos como lícitos o ilícitos (Ferrari 2006, 45). Básicamente, ahondar en esta perspectiva valorativa que se propone persigue evaluar ante la situación descrita si las normas jurídicas adoptadas actúan o han actuado como instrumentos para alcanzar los fines de Estado y como incentivos para que los ciudadanos se ajusten o no a la voluntad institucional en su sentido más básico relacionado con la cohesión social (Atienza 2001, 152-153).

Tanto los funcionalistas como los conflictualistas coinciden en caracterizar el derecho como un sistema complejo de control social. Una de las funciones principales del derecho es cumplir con la función pacificadora y garantizar el orden y la tranquilidad máxime si la existencia de conflictos y de comportamientos derivados no es del todo eliminable y el control social no deja de ser un ideal que se puede alcanzar en diferentes grados. Por ello, en primer

¹⁵ Vid. *Loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 (dite Loi Besson II) relative à l'accueil et à l'habitat des Gens du Voyage* NOR: EQUX9900036L; *Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, NOR: INTX0600091L.

¹⁶ Vid. *Circulaire 13 septembre 2010* que sí fue validada con el *Arrêt n° 343387 du Conseil d'Etat du 7 avril 2011*.

lugar se advierte que una de las funciones del derecho que se han puesto en peligro es el control social en su sentido más básico relacionado con la paz y las seguridades sociales. A tal efecto son dos los mecanismos generales para obtener esta finalidad: la regulación y la integración. Por tanto, es necesaria una lectura de ambas dimensiones para advertir posibles menoscabos en la actuación y justificación llevadas a cabo a la hora de establecer las medidas de expulsión de ciudadanos europeos de etnia gitana en Francia. Por ello, la cuestión preliminar a considerar a la luz del caso francés expuesto es si la estructura normativa ha tenido éxito para obtener la conducta deseada en cada caso a los destinatarios de las mismas: los ciudadanos europeos *Rom* y si ha resuelto el conflicto fijando reglas de conducta o al contrario tanto el control por parte del poder público como la conducta de las autoridades lo han dinamitado. Esto es, se trata de reflexionar si el Derecho desempeña “una función integradora irénica, portadora de paz o por el contrario desempeña una función polemógena” es decir fomenta los conflictos en lugar de calmarlos, atenúa las desigualdades sociales o más bien consagra y refuerza la estratificación existente, absorbe o rechaza los conceptos y valores de sistemas normativos colaterales es decir convive con estos sistemas o los combate (Ferrari 2006, 45-48).

Respecto a la función regulativa, si bien sí se han fijado reglas de conducta para regular el comportamiento de los ciudadanos, preferentemente se ha hecho por medio de normas prohibitivas de actos como los presuntamente realizados por los sujetos detenidos y expulsados, así como por las sanciones correspondientes. Sin embargo, el problema radica en que las autoridades competentes han cometido irregularidades graves en el proceso de aplicación de esta normativa. Esto es, es tanto en el control de las instituciones que monopolizan la coerción como al no definir suficientemente los límites del marco de acción de poder por parte del gobierno francés. Un ejemplo claro de ello es el incumplimiento por parte de las autoridades gubernamentales francesas de la normativa internacional en materia de derechos humanos (la prohibición de expulsiones colectivas, el derecho a un proceso justo y a las garantías debidas que generalmente persiguen este resultado, como ahora el derecho a la defensa por medio de un abogado, o bien el derecho a no ser retenido o detenido sin ninguna acusación concreta). De ahí que pese a la existencia de reglas de conducta no se ha conseguido disminuir el índice de supuesta criminalidad que crea alarma social y las estructuras jurídicas están resultando claramente ineficientes para asegurar condiciones mínimas de convivencia a gran parte de la población que sufre las consecuencias pero que también afectan a estos ciudadanos europeos romaníes expulsados. En este sentido, el ordenamiento jurídico tampoco está llevando a cabo una función distributiva adecuada y las políticas locales están siendo muy determinadas por las exigencias del orden público, la seguridad,

generando así la pérdida de capacidad de control por parte especialmente del gobierno local que es indispensable para ejercer esta función.

De igual modo, respecto a la función integradora social si bien es una cuestión pacífica a nivel doctrinal que el derecho puede contribuir a hacer menos frecuentes los conflictos sociales (De Lucas 2012), en general, cuando se da una situación de conflicto que la regulación normativa trata de evitar, la coacción se considera un instrumento central para alcanzar estos resultados vinculados a la integración. No parece extraño pues que las técnicas de control social predominantes al efecto hayan sido las basadas en la represión de los comportamientos que se aparten de las prescripciones jurídicas precisamente por medio de la amenaza de sanciones jurídicas negativas. Estas normas jurídicas están representadas de manera paradigmática por un tipo de sanciones: las medidas de expulsión aquellas mayormente dirigidas a disminuir rápidamente los elementos potenciales del conflicto aligerando así la preocupación central instalada en la sociedad.

Si las medidas sancionatorias son abiertamente preferentes tras un examen de las medidas adoptadas por el gobierno francés es evidente que no es posible atribuirle la voluntad de promocionar la posibilidad de establecer un punto de encuentro entre los intereses contrapuestos o pretensiones, en este caso la sociedad francesa y la ubicación de los campamentos de la minoría Rom. Al contrario, lejos de aportar soluciones al conflicto social existente, la regulación normativa propuesta agudiza su reincidencia en el tiempo. No en vano, mientras la intervención del derecho debería resultar clave para resolver el conflicto y restituir el equilibrio inicial, el férreo sistema jurídico implementado no consigue pese a su ejemplar contundencia lo que la regulación normativa trata de evitar (Solanes 2013, 75). De hecho, tales medidas comprendían la tipificación de la inmigración ilegal como delito con penas que van desde los seis meses a los cuatro años de prisión hasta la expulsión de inmigrantes de forma simplificada, más rápida y sin garantías legales con el propósito de castigar delitos de microcriminalidad como la mendicidad agresiva o robos reiterados atribuidas *directa e indirectamente* a ciudadanos de la etnia gitana (*European Union Agency for Fundamental Rights 2009, 7*)¹⁷.

De igual modo, aunque también existen otras técnicas de control social, la búsqueda de una única vía excluye o descarta la capacidad de resolución del conflicto de la vía promocional. Una técnica que permite el recurso al estímulo, la recompensa, la propaganda que desde otro eje de acción podría potenciar la adhesión a valores comunes y la imposición de comportamientos considerados

¹⁷ Resolución 1760 (2010) de 7 de octubre de 2010, *Recent rise in national security discourse in Europe: the case of Roma*.

deseables para el conjunto social (Bobbio 1990, 264-266). La activación de mecanismos alternativos de consenso e integración ni tan siquiera es considerada en caso de fracaso de las sanciones jurídicas negativas y menos de forma complementaria para reducir los daños colaterales que podrían derivar de la necesidad de recorrer de forma continuada a los mecanismos de expulsión. Evidentemente, a simple vista por parte del gobierno galo hay menos interés en recurrir a técnicas de control social promocional. Básicamente porque es una técnica de control que conlleva la implementación de las medidas específicas que garanticen el acceso de las personas gitanas a la educación, el empleo, la salud y la vivienda e implica la emergencia de poner en marcha las diferentes *Estrategias Nacionales de Inclusión de la Población Gitana*¹⁸. Máxime si actuar en base a tales medidas sería consecuente con el firme compromiso europeo para la inclusión social de la minoría étnica más importante de Europa. De hecho, durante el clímax de las medidas de expulsión, el 5 de abril de 2011 la Comisión Europea publicó la Comunicación sobre el *Marco de la Unión Europea para las Estrategias Nacionales de Inclusión de la Población Gitana hasta 2020*, estableciendo así por primera vez un marco común para el desarrollo de medidas y políticas en el ámbito nacional a partir de enfoques, objetivos y ámbitos de trabajo compartidos por todos los Estados miembros de la Unión Europea. Si bien Francia se mostró dispuesta a levantar algunas de las restricciones impuestas a los ciudadanos rumanos y búlgaros para trabajar en su territorio¹⁹ su acción represiva se muestra insuficiente para poner freno a la discriminación contra esta comunidad y mucho menos para guardar cierta coherencia con el Derecho de la Unión Europea.

De igual modo, también la actuación del gobierno galo pone en cuestión la seguridad jurídica que es una función esencial del derecho en los Estados democráticos habida cuenta de su interrelación con las nociones de certeza y previsibilidad. Son elementos vinculados también a la justicia formal que implica: la generalidad de las normas (las normas disponen una conducta debida para una clase general de sujetos y no van dirigidas a personas singulares), que es una exigencia del principio de igualdad formal y que exige también decidir todos los casos con propiedades relevantes de la misma forma; la abstracción de las normas (exige que las normas regulan una clase o categoría de acciones), que garantiza la

¹⁸ Vid. Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico. (DO n° L 180 de 19/07/2000 p. 0022 - 0026) En Francia, el plan aprobado antes del 31 de diciembre 2011 Disponible en http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_france_strategy_en.pdf.

¹⁹ La existencia de disposiciones transitorias para los ciudadanos rumanos y búlgaros presentes en Francia por trabajo (para el que, durante siete años a partir del 1.01.2007, es obligatorio poseer un permiso de trabajo, al menos por un cierto número actividades, antes de la entrada en Francia, la disposición transitoria servir Italia también, pero por un período más corto, hasta el 31.12.2010, y por un margen muy limitado de actividades) contrasta en varios aspectos con el derecho la Unión Europea.

seguridad y previsibilidad de las conductas; que las normas sean claras y se expresen en un lenguaje comprensible, por ejemplo la existencia de numerosos conceptos indeterminados *amenaza grave para al seguridad y el orden público*, *robos reiterados* y *mendicidad agresiva* no cumpliría este requisito pudiendo recaer en la condena cierta arbitrariedad institucional. La vinculación de los poderes públicos a las normas, esto es, que el Estado y todas sus autoridades cumplan las normas y las hagan cumplir, no excluye la normativa internacional y comunitaria que les obliga a hacerlo correctamente, de modo proporcional y sin efectos discriminatorios.

Y, en otro orden de cosas, la función de legitimación del poder, valora el derecho desde el éxito de una estructura institucional para conseguir la aceptación por parte de sus destinatarios (Díaz 1998). La legitimación es un término descriptivo y designa la aceptación del sistema (jurídico-político) por parte de sus miembros, quiénes ven en sus normas y reglas pautas adecuadas de comportamiento (Garzón 1987). Obviamente, esta política férrea de expulsión de los ciudadanos de etnia gitana fue el primer momento aceptada por una mayoría de ciudadanos franceses que ha respaldado los respectivos gobiernos y hace expresa referencia a un valor compartido y exigido por la sociedad que pudiera ser la beneficiaria directa de la normativa. De ahí que se hayan utilizado diferentes tipos de excusas para legitimar, su creación y posterior endurecimiento, todas ellas vinculadas a los estereotipos de la etnia gitana, los índices de criminalidad, las cuestiones de salubridad que impiden la convivencia en la zona, la presión social y las denuncias de los vecinos. No obstante ello, cabe advertir que pese a la aceptación mayoritaria de la ciudadanía, ello no equivale a predicar la legitimidad del sistema jurídico francés en el sentido de normas moralmente justificadas. Se puede negar la justicia de normas que imponen sanciones excesivamente rigurosas y desproporcionadas penalizando acciones nimias o cuestionables: por ejemplo la mendicidad. Todas ellas son claramente discriminatorias o negadoras de los derechos humanos básicos máxime si las medidas adoptadas por las autoridades francesas tenían el propósito o el efecto de dirigirse a una minoría étnica específica pero sin tratar a todos los ciudadanos de la Unión Europea de la misma manera.

Obviamente frente a la escasa fuerza de las reacciones institucionales, desde el punto de vista del análisis funcional del derecho se plantean interrogantes sobre si las expulsiones podrían vulnerar esta noción mínima de justicia dado que en el derecho interno hay una formulación abstracta de las normas de la Directiva que desoye las pautas interpretativas de los órganos jurisdiccionales supranacionales (Nascimbene 2011, 6). De hecho, según la Comisión Europea presenta importantes defectos: la seguridad jurídica y, en general de la justicia formal en cuanto hay de un lado evidencias claras de varias

violaciones de la legalidad comunitaria e internacional vigente, el principio de legalidad y jerarquía normativa, las actuaciones arbitrarias y coactivas por parte de la policía, la violación de la igualdad formal, la ausencia de garantías procesales, etc. Y, de otro lado, no cabe duda que estas medidas también tienen claros defectos de justicia material porque se han vulnerado permanentemente los derechos humanos de los ciudadanos europeos romaníes: discriminándolos respecto a otros ciudadanos europeos, privándoles de sus posesiones, limitando su libertad de circulación, procediendo a expulsiones sin garantías jurídicas de un proceso debido, etc.

Al efecto, basta hacer una breve revisión de cómo la falta de límites en la acción de las medidas de expulsión ha dejado sin efecto dos instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito regional europeo vinculantes para ambos países:

a) La Convención europea de derechos humanos prohíbe las expulsiones que vulneran los derechos fundamentales (en particular aquellas previstas por los artículos 2, 3, 8) y el Protocolo n. 4 (art. 4) hace en su tenor literal una prohibición expresa de las expulsiones colectivas en base a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo emanada al respecto. Son raras las ocasiones en las que el Tribunal de Estrasburgo ha condenado un Estado por la violación del Convenio Europeo por incumplir la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros. Una de ellas ha sido en el caso de ciudadanos romaníes y eslovacos expulsados de Bélgica, otro en el caso del desalojo forzoso de varias familias gitanas de Francia a principios de 2013 y otra en Italia en relación a ciudadanos extracomunitarios romaníes de Bosnia y Herzegovina en 2005, aunque tras la solicitud formulada por el Tribunal, conforme a la Regla 39, de suspender provisionalmente la expulsión del demandante, Italia accedió a la concesión de un permiso de residencia²⁰.

b) La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (en particular en el art. 19) prevé la prohibición de expulsiones colectivas así como que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. La interpretación del principio de proporcionalidad por parte de la jurisprudencia de Luxemburgo respecto a las razones aducidas abiertamente por ambos Estados por motivos de orden público, seguridad pública, sanidad pública nunca invocables para *finés económicos* (art. 27, par. 1),

²⁰ Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Čonka contra Bélgica, solicitud N.º 51564/99, Sentencia de 5 de mayo de 2002. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Winterstein y otros contra Francia (solicitud. 27013/07), de 17 de octubre de 2013, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sulejmanović y otros y Sejđovic y Sulejmanovic contra Italia, Aplicaciones Nos. 57574/00 y 57575/00, Sentencia de 8 de noviembre de 2002.

implica que la expulsión “no puede ser el efecto automático de una condena penal, debiendo ser valorada, en el caso concreto la conducta personal e individual. Debe ser una amenaza actual y suficientemente grave para perjudicar un interés fundamental de la sociedad, por lo que están prohibidas las expulsiones motivadas por razones al margen del caso individual y por motivos de prevención general” (art. 27, par. 2)²¹. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo precisa los discretos llamamientos de la Comisión Europea sobre la discrecionalidad reservada a los Estados, legisladores nacionales y autoridades administrativas a la hora de regular la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea.

Estas mismas pautas de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no pueden ser ignoradas por el órgano jurisdiccional nacional que puede plantear una cuestión judicial previa con arreglo al artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, según el cual se garantiza la aplicación uniforme de la ley derivada de las directivas comunitarias en todos los países fuera de la Unión Europea. El Tribunal de Luxemburgo de acuerdo con el principio general en los Tratados constitutivos y el Derecho comunitario establece respecto a la ciudadanía de la Unión Europea, a saber, la libertad de circulación, residencia y establecimiento de ciudadanos comunitarios y sus familiares inmigrantes, que la posibilidad de aducir ciertos límites como *motivos graves de orden público* o *motivos imperiosos de seguridad pública* siempre deben ser configurados como excepciones que deben ser evaluados caso por caso. Las medidas de expulsión forzada de los ciudadanos de la Unión Europea cuando no se basan en razones imperiosas de la seguridad pública, no deben dar lugar a cualquier prohibición de reingreso porque entraría en conflicto con el principio de libertad de circulación establecido por la Directiva 2004/38/CE, con algunas excepciones bien definidas que aporta. De igual modo, advierte de la necesidad de adopción de medidas cautelares según el artículo 28 en la medida en que implica la toma en consideración de varios factores a la hora de proceder a la expulsión: la duración de la residencia, la edad, el estado de salud, la situación económica, la integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y los vínculos con el país de origen.

²¹ Por ejemplo, la STJCE de 10 de julio de 2008, asunto Gheorghe Jipa, as. C-33/07, ap. 26 y 27. De hecho, el Tribunal de Justicia tuvo que interpretar los artículos 18 del Tratado de la Comunidad Europea y el artículo 27 de la Directiva 2004/38, a fin de evaluar si se oponen a una normativa nacional que restringe el derecho de un nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro, en particular que ya ha sido repatriado de este último Estado miembro, ya que era *ilegal*.

Ésta ha sido también la línea de actuación de los Tribunales franceses²² que ante la acción gubernamental han precisado y acotado los límites de las modalidades de ejercicio de la discrecionalidad administrativa (Atak 2011, 205), llegando incluso el 19 de mayo de 2008, el *Conseil d'État* a anular la disposición que preveía que los rumanos y búlgaros podían ser objeto de una obligación de abandonar el territorio si eran una carga *déraisonable* para el sistema social francés aunque tal medida nunca había sido prevista por la ley²³. Por consiguiente, han circunscrito de forma tajante la utilización de la expulsión por motivos de seguridad pública o por motivos imperativos de seguridad en los casos en los que la valoración haya sido efectuada en una base rigurosamente individual y de conformidad con las previsiones de la Directiva 2004/38/CE.

3. A modo de conclusión

La aplicación de mecanismos de expulsión en Francia durante el periodo 2006-2014 plantea dudas razonables sobre la necesidad de articular o no mayores límites al amplio margen de discrecionalidad de los Estados para evitar así contradicciones con los principios de la Unión Europea recogidos en el artículo 6.2 del tratado constitutivo. De un lado, la actuación de las instituciones europeas se mantiene excesivamente cautelosa con la soberanía estatal por lo que nada una grave amenaza para los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos por motivo de su pertenencia a una minoría étnica. Y, de otro lado, pese a existir unas pautas jurisprudenciales precisas desde los dos órganos jurisdiccionales supranacionales que vigilan el cumplimiento del estándar europeo de derechos humanos, la inacción de mecanismos contundentes contra Francia ha puesto en evidencia una vez más el débil potencial aleccionador del sistema regional europeo respecto a alguno de sus Estados miembros. Tales contradicciones en el ámbito comunitario muestran incapacidad para frenar la discrecionalidad de los Estados miembros y luchar contra las discriminaciones que subyacen a la

²² Vid. entre otras *Conseil d'État*, 3 sous-section, 29 mars 2006, *Préfet de la Seine-Saint Denis Mlle Alina Y.*, No 268267, inédit au recueil Lebon; *Cour Administrative d'Appel de Bordeaux*, Juge des reconduites à la frontière, 19 décembre 2006, *M.Casian X Préfet de la Haute-Garonne*, No 06BX02197, inédit au Recueil Lebon; *Cour Administrative d'Appel de Bordeaux*, Juge des reconduites à la frontière, 19 décembre 2006, *Mme Anastasian X Préfet de la Haute-Garonne*, No 06BX02201, inédit au recueil Lebon.

²³ Vid. *Conseil d'État* 19 mai 2008, *SOS Racisme, Ligue des droits de l'homme* 2008, 1027, *Laetitia Van Eeckhout*, *Le Conseil d'État annule en partie la circulaire sur les Roumains et Bulgares*, *Le Monde*, 20.5.2008. También en concreto sobre la situación estricta de las "gens de voyage" *Cons. constit.* n° 2010-13 QPC du 09 juillet 2010 *M. Balta et M. Opra - CPDH* 12 juillet 2010), (*Cour EDH*, Dec. 4e Sect. 1er février 2011, *Sharon Horie c. Royaume-Uni*, Req. n° 31845/10 [CPDH] ; *Comité européen des droits sociaux*, Décl. recevabilité, 25 janvier 2011, *Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c. France*, n° 63/2010 – ADL du 2 février 2011).

portabilidad o reversibilidad del nexo comunitario. De ahí la vigencia de la célebre máxima *orwelliana* por la que parafraseando todos los ciudadanos europeos son iguales, pero *malheureusement* algunos son más iguales que otros es más que evidente en el episodio anecdótico de las expulsiones masivas de los ciudadanos rumanos y búlgaros de etnia gitana.

Desde la relectura propuesta de análisis de las funciones del derecho, la teoría sociológica que mejor parece representar las medidas de expulsión de ciudadanos europeos de etnia gitana adoptadas por Francia es el funcionalismo, al concebir la sociedad francesa como una unidad orgánica formada por diferentes elementos en equilibrio que se coordinan e integran entre sí. Desde esta perspectiva, la entrada y asentamiento de Roms en el país se interpreta como un elemento extraño y externo al organismo que genera una disfunción que se debe corregir desde dentro del sistema. El derecho es concebido como remedio para mantener el equilibrio y la integración social, pero en tal intervención se generan mecanismos que exclusivamente contribuyen a expulsar o reprimir los factores que minan la estabilidad social del sistema. Las instituciones y normas jurídicas son los elementos con los que sistema combate en apariencia la *enfermedad social* que se genera con la afluencia de la mendicidad agresiva, la criminalidad organizada, pues todas ellas se conciben como una fuente de conflicto que solo precisa ser atajada con vehemencia por su emergente alarma social. Sin embargo, analizando la regulación normativa dispuesta para evitar la situación de conflicto, la ineficacia de la intervención coercitiva del derecho por medio de las medidas de expulsión adoptadas por Francia alerta de una falta de adecuación o sintonía de la regulación normativa de extranjería con el equilibrio y cohesión social necesarios para combatir la exclusión social de las minorías no deseadas. Sin duda, desde una perspectiva valorativa la eficacia de tales medidas estrictamente punitivas es a todas luces insuficiente para afrontar situaciones de conflicto a corto y largo plazo pues ignoran las desigualdades sociales así como consagran y refuerzan la estratificación social existente.

Bibliografía

ATAK, I. (2011), *L'européanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains. Une étude des politiques des renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*. Bruxelles: Bruyillant.

ATIENZA, M. (2001), *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.

AUBIN, E. (2004), "Territoires et sécurité: La sécurité pourquoi la sécurité pour qui?", en DROBENKO, B., *Territoires et minorités: la situation des gens du voyage*. Limoges: Pulim, pp. 125-144.

BASCHERINI, G. (2008), "Las políticas migratorias en Europa: una visión comparada", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, pp. 49-100.

BOBBIO, N. (1990), *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate.

CHASSIN, C. A. (2010), "Le droit et la protection des Roms", *CRDF*, núm. 8, pp. 135-146.

CONDINANZI, M., LANG, A., NASCIMBENE, B. (2007), *Citizenship of the Union and freedom of movement of persons*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

COUNCIL EUROPE (2010), *Human rights of Roma and travellers in Europe*, Strasbourg: Publishing Editions.

CURIE, S. (2008), *Migration, work and citizenship in the enlarged European Union*. Farnham: Burlington, Ashgate.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2009), *The situation of Rome EU citizens moving to and setting in other EU Member States*, Viena.

GARZÓN VALDÉS, E. (1987), *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GISTI, Groupe d'information et de soutien des inmigrés (2008): *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*. París: La Découverte.

GUILD, E., GROENENDIJK, K., CARRERA, S. (2009), *Illiberal liberal states: immigration, citizenship, and integration in the EU*. Farnham; Burlington, Ashgate, VT.

DE LUCAS, J. (2012), "Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración", en VVAA, *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*. Bilbao: Eurobask, pp. 11-92.

DÍAZ, E. (1998), *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus.

FERRARI, V. (2006), *Derecho y sociedad. Elementos de la sociología del derecho*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

HUMAN RIGHTS WATCH (2011), *Le respect par la France de la Directive européenne relative à la liberté de circulation et l'éloignement de ressortissants européens appartenant à la communauté Rom*.

ILIOPOULOU, A. (2011), “Le temps des gitans: à propos de la libre circulation des Roms dans l’Union”, *Jurisclasseur*, vol. 21, núm. 1, pp. 5-10.

LEGROS, O., VITALE, T. (2011), “Les migrants roms dans les villes françaises et italiennes: mobilités, regulations et marginalités”, *Géocarrefour* [en línea], 86/1, pp. 3-14, Disponible en <http://geocarrefour.revues.org/8220>.

LHERNOULD, J. P. (2010), “L’éloignement des Roms et la directive 2004/38 relative au droit de séjour des citoyens de l’UE”, *Droit social*, núm. 11, pp. 1024-1036.

MARCHAND, A. (2001), *La protection des droits des tsiganes dans l’Europe d’aujourd’hui*. Paris: L’Harmattan.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2011), “Reflexiones a propósito de algunos riesgos para el adecuado cumplimiento del Derecho de la Unión Europea: sobre las repercusiones de la expulsión de gitanos de Francia”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 31, núm. 92, pp. 11-40.

NASCIMBENE, B. (2010), “La disputa sui Rom e i diritti dei cittadini dell’Unione Europea”, *Istituti Affari Internazionali*, 10-19, pp. 1-6.

O’NIONS, H. (2007), *Minority Rights protection in International Law. The Roma of Europe*. Farnham: Burlington, Ashgate.

SOLANES CORELLA, A. (2013), “Human rights and Conflicts in European Multicultural societies”, *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. 1, pp. 70-100.

TCHEN, V., RENAULT-MALITGNAT, F. (2010), *Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile*, Paris: Litec-Lexis Nexis.

VANDENDRIESSCHE, X. (2010), *Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile comment. et annot.* Paris: Dalloz.

REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA A EXTRANJEROS EN ESPAÑA A PARTIR DEL REAL DECRETO LEY 16/ 2012 Y SUS REPERCUSIONES JURÍDICAS Y JUDICIALES

Saray Noguer Solanas

*Universidad de Zaragoza
noguersolanas@gmail.com*

1. Introducción

Desde finales del siglo XX hasta la actualidad, España ha experimentado una transformación radical en lo que a movimientos migratorios se refiere. De ser un país de emigrantes, ha pasado a ser un país de inmigración, multiplicando el volumen de flujos recibidos. En efecto, si en 1998 el número de extranjeros superaba los 600.000, en 2014¹ se sitúa en 5 millones, representando un 10'7% de la población.

Por otra parte, hasta los años noventa del siglo pasado la mayoría de los extranjeros que llegaban a España lo hacían para disfrutar de la jubilación. Sin embargo, los cambios sociales, económicos y políticos, entre ellos, una economía expansiva que requería de mano de obra, así como los efectos de la globalización y la integración europea, propiciaron un punto de inflexión. De este modo, a la migración de retiro o jubilación, constituida por nacionales del norte de Europa mayores de 50 años, se le añade en mayor número la migración laboral o económica, esto es, jóvenes en edad activa provenientes, principalmente, de Europa del Este, América del Sur y el norte de África.

Esta distinción nos permite advertir, en un primer momento, que tanto las diferencias en edad, como en nivel socioeconómico y habilidades lingüísticas tienen una repercusión directa en el uso o utilización de los servicios sanitarios públicos. De hecho, si tenemos en cuenta la edad media de los cinco orígenes mayoritarios de los extranjeros en España², salvo Reino Unido, el resto oscila sobre los 30 años, muy por debajo de la edad media de los nacionales españoles (43 años).

¹ Los datos del Padrón Continuo para 2014 todavía son provisionales.

² Según los datos provisionales del Padrón Continuo a fecha de 1 de enero de 2014, los orígenes mayoritarios de los extranjeros en España son Rumanía, Marruecos, Reino Unido, Ecuador y China, con 795.513, 771.427, 297.299, 218.189 y 185.250 nacionales, respectivamente.

Por ello, según la investigación realizada en el Centro de Salud de San Pablo, Zaragoza, de las más de 5,2 millones de citas analizadas en 2008, la frecuencia de visitas anuales a la Atención Primaria es casi el doble en autóctonos (11,1) que en inmigrantes (6,4), y dicho patrón incluso se incrementa en el gasto farmacéutico, de tal manera que los inmigrantes realizan un gasto anual (81 €) que representa el 34% del realizado por los autóctonos (236 €).

En el mismo sentido se pronuncia otro estudio desde la perspectiva del gasto público, que concluye que “el colectivo de inmigrantes en España, debido a su perfil demográfico, más joven y con mayor tasa de masculinidad, registra un gasto sanitario por persona menor que la media de la población en su conjunto” (Blanco 2010, 104). Es más, añade que “de acuerdo con los cálculos realizados, los inmigrantes gastarían por persona entre un 69% y un 77% del gasto medio del conjunto de la población en el año 2007” (Blanco 2010, 104).

2. La regulación jurídica y el régimen de derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en España

2.1. Regulación jurídica

Conforme a la Constitución Española (CE) en su artículo 149.1.2ª, corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. Asimismo, de la lectura conjunta de los artículos 11 y 13 CE, sobre la nacionalidad y las libertades de que gozan los extranjeros, y el 81 CE sobre materias de ley orgánica, resulta que el régimen jurídico relativo a la situación de los extranjeros en España exige el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, de tal manera que para su aprobación es necesario el parecer favorable de la mayoría del Congreso (art. 81.2.CE).

No obstante, en virtud de los artículos 93 a 96 sobre tratados internacionales, la normativa debe ajustarse a los compromisos asumidos por España en la esfera internacional. Entre ellos, destacan los asumidos en el seno de la Unión Europea, y en especial, el derecho a la libre circulación y residencia reconocido tanto a nacionales de los Estados miembros, como a nacionales de terceros países con residencia legal en el territorio de un Estado miembro. Algunas disposiciones que lo garantizan son los artículos 20.2.a) y 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Así las cosas, la primera norma que regula la situación de los extranjeros tras la aprobación de la CE de 1978 es la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (derogada por la LO 4/2000), en cuyo preámbulo se destacaba su relevancia, expresando que “nuestro ordenamiento jurídico ha carecido, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, de una norma que, con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería, en sí misma y en sus aspectos más importantes”.

En el año 2000, se aprueba la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LO 4/2000), hoy vigente aunque con multitud de modificaciones³. En ella se dispone, entre otras cuestiones, los derechos, libertades y garantías jurídicas que se reconocen a los extranjeros, el régimen de entrada y salida del territorio español, y las infracciones y sanciones en materia de extranjería. Esta ley orgánica debe entenderse en relación con la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en materia del padrón municipal, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, entre otras.

Respecto al régimen jurídico aplicable a los extranjeros, éstos pueden encontrarse en dos situaciones (ex arts. 29 y ss. de la LO 4/2000): estancia o residencia, siendo la segunda temporal o permanente. La estancia se autoriza por un tiempo no superior a noventa días; la residencia temporal, por un período inferior a cinco años, y la permanente tiene carácter indefinido. Estas situaciones vendrán acompañadas de su correspondiente autorización administrativa, que también se exige para el desarrollo de cualquier actividad lucrativa (art. 36). Sensu contrario, quienes carezcan de la autorización, no hayan solicitado su prórroga, o bien ésta haya caducado, o en definitiva, hayan incurrido en alguna de las situaciones descritas como infracción grave en el art.53.1 LO 4/2000, se encuentran en el país en una situación administrativa irregular, susceptibles, por tanto, bien de ser multados a tenor de lo dispuesto en el art. 55, bien de ser expulsados del territorio español ex art. 57 LO 4/2000.

³ La LO 4/2000 ha sido modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 1/2003, de 29 de septiembre; 14/2003, de 20 de noviembre; 2/2009, de 11 de diciembre; 10/2011, de 27 de julio; y 4/2013, de 28 de junio.

2.2. Derechos fundamentales y libertades públicas

Sobre los derechos reconocidos a los extranjeros y la posibilidad de negar su titularidad a quienes carezcan de autorización administrativa –razón por la cual la normativa sobre extranjería ha sido sometida a diversas modificaciones–, conviene traer a colación lo suscrito por el Tribunal Constitucional: “... como se deduce de los pronunciamientos de este Tribunal, existen derechos que, en tanto que inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros; igualmente existen derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el 13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros y, finalmente, un tercer grupo serían aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.” (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 2)

Por consiguiente, en el primer grupo o división de derechos se encuentran aquellos inherentes a la dignidad humana, reconocidos a todas las personas al margen de su situación administrativa, y que, si bien pueden ser limitados por razón de seguridad pública y orden público, prevención de delitos y/o la protección de derechos y libertades ajenos, no pueden ser vaciados de contenido. Entre estos derechos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y moral, y a la tutela judicial efectiva, así como el derecho a la reunión y manifestación pacífica (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 6), el derecho de asociación (STC 236/2007, FJ 7), el derecho a la educación (STC 236/2007, FJ 8), que incluye también el acceso al sistema de becas y ayudas y a la enseñanza no obligatoria, el derecho a la libertad sindical, que comprende la afiliación a sindicatos (STC 236/2007, FJ 9) y el derecho a huelga (STC 259/2007, de 19 de diciembre, FJ 7). Este grupo no constituye una lista cerrada, sino que el Tribunal Constitucional reconoce que deberá utilizarse como criterio interpretativo la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales (STC 236/2007, FJ 2).

El segundo grupo se refiere a los derechos políticos (art. 23 CE), en concreto, al derecho de sufragio activo y pasivo, cuya titularidad y ejercicio se circunscribe a los nacionales y a algunos extranjeros en virtud de convenios internacionales (véase los ciudadanos comunitarios en los comicios municipales en virtud del art. 176 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, LOREG).

Por último, el tercer grupo lo constituyen aquellos derechos cuyas condiciones para el ejercicio por parte de los extranjeros pueden ser modulados por el legislador. Entiéndase incluidos en este grupo el derecho al trabajo, el

derecho a la salud y el derecho a recibir prestaciones por desempleo (STC 236/2007, FJ 4). En este punto es necesario advertir que el derecho a la salud se reconoce a los extranjeros residentes en las mismas condiciones que a los españoles (art.1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), de tal manera que la inscripción en el Padrón Municipal acredita la residencia, y por tanto, el acceso al sistema sanitario, entre otros servicios públicos.

3. Reformas legislativas en materia de asistencia sanitaria

3.1. Antecedentes

El derecho a la salud, materializado en la asistencia sanitaria gratuita dentro del Sistema Nacional de Salud, se reconocía a los extranjeros residentes en las mismas condiciones que los nacionales⁴, y dicha residencia, al menos hasta 2012, no se refería a las autorizaciones administrativas correspondientes, sino a la mera inscripción en el padrón municipal. Esta cuestión es importante puesto que, de facto, la cobertura sanitaria se convertía en universal y los extranjeros, al margen de su situación administrativa, podían acceder a la Atención Primaria y con ello se aseguraba la prevención y detección temprana de cualquier dolencia, enfermedad o infección.

Sin embargo, el Tribunal de Cuentas (TCu) en su informe de 2012⁵ ha puesto en evidencia diversas cuestiones, entre ellas, un uso indebido por parte de nacionales de Estados miembros, en especial de pensionistas de nacionalidad alemana y belga, de la Tarjeta Sanitaria Europea. La citada tarjeta permite al ciudadano ser atendido en cualquier Estado miembro durante una estancia temporal, y sin embargo, el Tribunal ha detectado supuestos en los que los titulares “permanecen largas temporadas en España sin residir legalmente en nuestro país” (pág. 141 del Informe). En concreto, relata el caso de un ciudadano belga residente en Málaga por el cual se han emitido 216 facturas por valor de 22.241,36 euros. Subraya también el Tribunal que ciudadanos asegurados en Francia y Portugal acuden a provincias limítrofes deliberadamente para ser atendidos en hospitales españoles. Ilustra este supuesto el Hospital Materno-Infantil de Badajoz, de cuyas facturas emitidas el 70% correspondían a servicios

⁴ Como consecuencia del RD-ley 16/2012, la redacción del artículo 12 de la LO 4/2000 queda como sigue: “Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.”

⁵ Informe nº 937 del Tribunal de Cuentas de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la Seguridad Social, aprobado el 29 de marzo de 2012.

prestados a titulares de la Tarjeta Sanitaria emitida en Portugal (pág. 38 del Informe).

Asimismo el Tribunal de Cuentas revela deficiencias en el intercambio de información entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y los Servicios de Salud de las diferentes Comunidades Autónomas, así como una mala o defectuosa gestión por parte del Instituto Nacional de Seguridad Social en la facturación a los Estados origen de los gastos ocasionados por titulares de la Tarjeta Sanitaria Europea.

Es más, la defectuosa gestión por parte del ente público le llevó a aceptar facturas de servicios sanitarios odontológicos realizados a asegurados a cargo de la Seguridad Social española, toda vez que esa prestación no está incluida en el sistema sanitario público español. En concreto, el Informe eleva a más de 3.000 las facturas abonadas a Alemania, Francia, Bélgica, Dinamarca y Eslovaquia, cuyo coste total ascendió a 274.786,91€ (pág.161 del Informe).

3.2. El real decreto-ley 16/2012 y las disposiciones posteriores en materia de asistencia sanitaria

Un mes después de la publicación del informe nº 937 del TCu, referido ad supra, el Gobierno de España aprobó el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. En su preámbulo se urge a la adopción de medidas urgentes que garanticen la viabilidad del Sistema Nacional de Salud, toda vez que se encuentra en “una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación”. Asimismo añade: “los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público muestran que la sanidad pública no puede obviar por más tiempo de una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad”. En la misma línea, se aprobó el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

En virtud de estas disposiciones normativas, la condición de asegurado, entendida en términos de universalidad en relación a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, pasa a vincularse a la condición de cotizante o afiliado a la Seguridad Social, apartando del sistema gratuito a jóvenes mayores de 26 años que no hayan cotizado y a personas con

una discapacidad menor al 65%⁶ y cuyo patrimonio sea superior a cien mil euros, y a inmigrantes en situación irregular⁷. En cualquier caso, a quienes carecen de residencia se les asegura la asistencia gratuita de urgencias, y a las extranjeras embarazadas, la asistencia médica en el embarazo, el parto y el postparto. A los extranjeros menores de edad, sea cual fuere su situación administrativa, se les reconoce el acceso al sistema sanitario español en las mismas condiciones que los nacionales.

Asimismo, el Real Decreto-ley 16/2012 modifica en su disposición final quinta el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁸. Dicho artículo se refiere a la residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y reconoce el derecho a la residencia en el territorio español en cuatro circunstancias conforme al nuevo artículo 7.1 del RD 240/2007:

“a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o

b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o

c) Está matriculado en un centro público o privado (...) y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente (...) que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia, o

d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).”

⁶ Arts 2 y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

⁷ Conforme al artículo 1 del Real Decreto-ley 16/2012, que modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en materia de la condición de asegurado.

⁸ Esta modificación encuentra su justificación en la transposición de la DIRECTIVA 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

Es decir, a los ciudadanos comunitarios o de países parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se les exige para la estancia superior a los tres meses, bien que coticen a la Seguridad Social (a través del Régimen General o de Autónomos), o bien que hayan suscrito un seguro privado de salud y dispongan de medios para su subsistencia.

Una vez definida la condición de asegurado y beneficiario, se dispone el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. El RD 576/2013 tiene por objeto establecer los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria (ex. art. 1), convenio éste que será suscrito por quienes no teniendo la condición de asegurado ni beneficiario, cumplan las condiciones establecidas en el art.3, a saber:

“a) Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.

b) Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción.

c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.”

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria permitirá acceder al suscriptor (único imbuido con la capacidad de instar el procedimiento para su solicitud, art.4.1), mediante el pago de la contraprestación económica, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, en las mismas condiciones que los asegurados o beneficiarios. La prestación económica a abonar, detallada en el art. 6.1, variará en función de si el suscriptor tiene o no más de 65 años: de ser más joven su cuota mensual será de 60 euros; mientras que si supera la edad, ascenderá a 157 euros. En el párrafo siguiente se indica que la cuota podrá ser agravada por las comunidades autónomas toda vez que incorporen otras prestaciones. En cualquier caso, las cuotas están sujetas a revisión por el Ministerio de Sanidad. Las causas de

extinción del convenio especial se enumeran en el artículo 7 del RD 576/2013, entre las que se incluyen, el fallecimiento o la voluntad del interesado, la pérdida de los requisitos para su suscripción y el impago de las cuotas⁹.

Por último, en la DF 4ª del RD 576/ 2013 se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. Concretamente se les otorga nueva redacción a las DA 4ª y 5ª, así como se incluye una 8ª. En las nuevas redacciones se amplía la prestación sanitaria a los solicitantes de protección internacional y a las víctimas de trata de seres humanos en período de restablecimiento y reflexión, si bien en el RD 1192/2012 sólo se les reconocía “los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades”.

La Disposición Adicional 8ª por su parte se refiere a extranjeros menores de edad y mujeres embarazadas, ambos en una situación administrativa irregular. A estos se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a las personas aseguradas, “siendo el tipo de aportación del usuario para las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que la exijan el correspondiente a los asegurados en activo.”

4. Las repercusiones jurídicas y judiciales

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, trajo consigo la modificación de la condición de asegurado; la división de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en cartera común básica, suplementaria y de servicios accesorios, éstas dos últimas con aportación del usuario; una serie de medidas sobre la prestación farmacéutica que incluye, entre otros, la aportación del usuario en la prestación farmacéutica ambulatoria en función del nivel de renta, así como otras medidas en materia de recursos humanos.

Las Comunidades autónomas reaccionaron ante estos cambios legislativos de forma diferente. De hecho, las nuevas disposiciones no se aplican de igual manera en todos los territorios, como así lo atestigua Médicos del Mundo¹⁰. Por ejemplo, la Comunidad de Madrid, a fecha de 27 de agosto de 2012, envió unas instrucciones a sus centros del Servicio Madrileño de Salud informando sobre cómo debía prestarse la asistencia sanitaria a quienes carecen de la condición de

⁹ Respecto al convenio especial, se reitera lo indicado en la Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio, por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, previsto en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio.

¹⁰ Disponible en <http://www.medicosdelmundo.org/derechoacurar/mapa-semaforo/>

asegurado o beneficiario¹¹, así como la gestión de la facturación y la posibilidad del usuario de suscribir un convenio especial.

Sin embargo, por su parte, la Junta de Andalucía emitió, a fecha de 6 de junio de 2013, unas instrucciones de la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del Servicio Andaluz de Salud sobre el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía a personas extranjeras en situación irregular y sin recursos¹². Más aún, para entonces el Parlamento de Navarra ya había presentado un recurso de inconstitucionalidad¹³ admitido a trámite a fecha de 16 de julio de 2012.

En esta línea, el Tribunal Constitucional (TC) se pronunció sobre la cobertura a los inmigrantes en situación irregular en el Auto 239/2012, de 12 de diciembre, por un conflicto competencial entre el Gobierno Central y el País Vasco, comunidad autónoma que había aprobado un decreto¹⁴ conforme al cual se ampliaba la cobertura sanitaria dispuesta en el RD-ley 16/2012, de 20 de abril. Así las cosas, el TC entendía que su fallo exigía la ponderación de diversos intereses generales: de un lado, el beneficio económico asociado al ahorro, y de otro, la preservación del derecho a la salud consagrado en el artículo 43 CE, entendido no sólo desde la perspectiva individual relacionada con el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sino también por la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles, como lo es la Salud Pública.

“Teniendo en cuenta (...) la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.” (ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5)

¹¹Disponible en http://yosisanidaduniversal.net/media/blogs/materiales/Instrucciones_Asistencia_Sanitaria_no_Asegurado_Beneficiario.pdf

¹²Disponible en http://www.sevillaacoge.org/documentos/instrucciones_sanidad.pdf.

¹³ Recurso de inconstitucionalidad n.º 4123-2012, contra el art. 1. Uno y, por conexión, 1. Dos; 2. Dos, Tres y Cinco; 4. Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

¹⁴ Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

A la espera de la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Navarra, se aprobó la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. Contra esta Ley foral se presentó recurso de inconstitucionalidad y se solicitó su suspensión ante el TC. Una vez suspendida la norma, el Gobierno de Navarra presentó alegaciones con el objetivo de levantar provisionalmente la suspensión. Esto es, se reprodujo una situación similar a la originada por la aprobación del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En consecuencia, el Tribunal Constitucional vuelve a pronunciarse sobre la asistencia sanitaria a inmigrantes en situación irregular, esta vez a través del Auto 114/2014, de 8 de abril.

El Gobierno de Navarra entiende que el mantenimiento de la suspensión de la norma “acarrea graves perjuicios al interés público y a terceros, ya que el colectivo al que primordialmente se dirige la Ley Foral impugnada, los extranjeros o inmigrantes irregulares mayores de edad de nulos o escasos recursos económicos, quedaría sin prestación sanitaria alguna”. Asimismo invoca el FJ 5 del Auto 239/2012 para justificar el levantamiento de su suspensión, ya que de no hacerlo podrían producirse perjuicios irreparables a las personas a las que se dirige la norma.

El Abogado del Estado, por su parte, alega que la eficacia de los preceptos impugnados produce un incremento del gasto sustancial, y estima, según datos del Ministerio de Sanidad y del Servicio Navarro de Salud, que la carga económica ascendería a una cantidad superior a los 17’7 millones de euros anuales. Que este monto, a su vez, pone en peligro el cumplimiento de las obligaciones de España con la Unión Europea en términos de déficit público y trae a colación el informe nº 937 del Tribunal de Cuentas, ya mencionado ad supra. Insiste en que, tras dos años desde la aprobación del RD-ley 16/2012, de 20 de abril, se ha venido garantizando la prestación sanitaria a todas las personas, y que su introducción ha permitido facturar a terceros países por la asistencia prestada.

Sobre el detalle económico que realiza el Abogado del Estado, el FJ 6 reprocha no haber considerado el gasto que los destinatarios de la Ley Foral, a la postre, los inmigrantes en situación irregular sin recursos, puedan ocasionar si son atendidos por otras vías. Esto es, no se ha tenido en cuenta lo afirmado en el citado ATC 239/2012, FJ 5, de que pueda “darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias”.

“En consecuencia, los datos aportados sobre la falta de incidencia negativa relevante en la salud de la población en los dos últimos años y las diferentes maneras en las que se puede otorgar asistencia sanitaria a los destinatarios de la Ley Foral 8/2013 si se mantiene la suspensión de la Ley, no sirven para desvirtuar la ponderación que realizamos en el ATC 239/2012, FJ 5, de acuerdo con la cual entendemos ahora justificado el levantamiento de la suspensión de la vigencia del artículo único de la Ley Foral 8/2013 referido a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.” (ATC 114/2014, de 8 de abril, FJ 8).

5. Conclusiones

En primer lugar, la población inmigrante residente en España, fuese o no con autorización administrativa, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, podía acceder al sistema sanitario público mediante la mera inscripción en el Padrón Municipal de la localidad donde se hallase. A través de la emisión de la tarjeta sanitaria, estas personas tenían acceso a la Atención Primaria y Especializada en las mismas condiciones que cualquier nacional.

Sin embargo, en un contexto de dificultades económicas y al albur del informe del Tribunal de Cuentas en el que se pone en evidencia tanto un uso cuestionable de la Tarjeta Sanitaria Europea como la gestión de la facturación, el Gobierno de España reacciona aprobando el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

El Real Decreto-ley reposa su extraordinaria y urgente necesidad (requisito indispensable en virtud del art. 86 de la CE) en la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. En términos generales, transforma un derecho universal en una suerte de seguro sanitario del que son beneficiarios tanto quienes cotizan o cobran una pensión de la Seguridad Social, como cónyuges, hermanos e hijos menores de 26 años.

En lo que estrictamente nos acontece, esto es, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros, introduce dos medidas. La primera es excluir el derecho a la tarjeta sanitaria por la mera inscripción en el padrón municipal, de tal manera que, a partir de entonces, se requiere permiso residencia para poder acceder al sistema público. La segunda novedad se dirige a la ciudadanía comunitaria, a quienes, para una residencia superior a 3 meses, se les exige bien cotización a la Seguridad Social, bien la suscripción de un seguro privado y

capacidad económica para su sostenimiento, con el fin último de evitar el denominado *turismo sanitario*.

Respecto a la exclusión de los extranjeros en situación irregular, dos Comunidades Autónomas han aprobado disposiciones legislativas con el objeto de ampliar la cobertura sanitaria a todas las personas residentes en el territorio, al margen de su situación administrativa. En ambos casos se sustanció un recurso de inconstitucionalidad, una suspensión de la eficacia y su posterior levantamiento. En sendos autos del Tribunal Constitucional se plantea la ponderación de los intereses individuales y colectivos de una parte, y de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Por tanto, de una parte, el derecho a la salud y a la Salud Pública, y de otro, el posible perjuicio que conllevaría no atender a esas personas, o de atenderlas, las consecuencias, en este caso económicas, que de ello se deriven. Si bien es cierto que en el primer auto la Abogacía del Estado no determina el coste o el ahorro derivado de la exclusión de este colectivo, en el segundo calcula una cuantía y defiende que su financiación impediría cumplir con las obligaciones en materia de déficit público. El Tribunal, sin embargo, entiende que el derecho a la salud junto al de la integridad física prevalecen en este supuesto, aun cuando exista un ahorro abstracto.

En definitiva, el resultado de estos dos años es la exclusión de los inmigrantes en situación irregular del Sistema Nacional de Salud, aunque no, de los sistemas autonómicos vasco y navarro que en, *stricto sensu*, son los únicos que ofrecen cobertura legal sanitaria a estas personas. En el resto del país, en teoría, sólo pueden acceder al servicio de urgencias, salvo en el caso de menores y mujeres embarazadas. Lo destacable del asunto es que en ningún caso el Tribunal de Cuentas en su informe apostaba por restringir la cobertura sanitaria, es más, sus conclusiones más incisivas se dirigían a la Administración tanto nacional como autonómica en su faceta de gestores públicos.

Bibliografía

BLANCO MORENO, A., THUISSARD VASALLO, I. J. (2010), “Gasto sanitario e inmigración: una mirada en clave de integración”, *Revista de Presupuesto y Gasto Público*, nº 61, Instituto de Estudios Fiscales, Secretaría General de Presupuestos y Gastos, pp 93-132.

FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES (2012), Secretaría General de Inmigración y Emigración. “El nuevo marco legal y la salud de los inmigrantes”. Aprobado en Pleno de 7 de junio de 2012. Madrid: Ministerio

de Empleo y Seguridad Social. Disponible en http://www.foroinmigracion.es/es/MANDATO-FORO-2010-2013/DocumentosAprobados/Informes/Doc._Nx_8_Informe_monografico_NUEVO_MARCO_LEGAL_Y_SALUD_INMIGRANTES.pdf

INE, Principales series de población desde 1998. Población y variación interanual

- (2013), “España en cifras”, Capítulo 1: Población. Disponible en http://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2013/files/assets/basic-html/index.html#1

- (2014), Cifras de Población a 1 de enero de 2014, Estadística de Migraciones 2013, Datos Provisionales, nota de prensa de 30 de junio de 2014.

GIMENO FELIU, L.A., LASHERAS BARRIO, M. (2008), “Estudio de la frecuentación en Atención Primaria y del patrón de consumo farmacéutico según el origen de los pacientes (inmigrantes vs autóctonos)”. Disponible en http://www.rtve.es/contenidos/documentos/estudio_sanidad_zaragoza.PDF.

GÓNZALEZ ENRÍQUEZ, C. (2012), *La atención sanitaria a los inmigrantes irregulares: una comparación europea*. Madrid: Real Instituto Elcano. Disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari53-2012

MOYA MALAPEIRA, D., VIÑAS FERRER, A. (2012), “El empadronamiento de las personas extranjeras: algunas reflexiones a partir de las distintas prácticas administrativas municipales”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº extra 100, Ejemplar dedicado a Migraciones internacionales, pp. 87-112.

EL VELO DE ESTRASBURGO. DISCRECIONALIDAD ESTATAL E INTEGRACIÓN

Fernando Arlettaz

Universidad de Zaragoza
fernandoarlettaz@yahoo.com.ar

1. Introducción

Hace unos meses la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso *S. A. S. c/Francia*. En ella declaró que la prohibición de ocultar el rostro en el espacio público, adoptada por Francia en 2010, no era contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Aunque la prohibición francesa estaba redactada en términos genéricos (prohibía cualquier ocultamiento del rostro en los espacios públicos) era evidente que su objetivo era prohibir el uso del velo integral musulmán. De hecho, la medida se enmarcaba en una larga historia de conflictos entre la República francesa y el Islam. Por otra parte, no era la primera vez que el Tribunal Europeo se pronunciaba sobre el velo islámico, ni sobre las prendas religiosas en general.

En este trabajo presentamos la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el uso de prendas con carácter religioso (apartado 2). Luego repasamos los principales argumentos de la sentencia *S. A. S.* (apartado 3). Finalmente, evaluamos qué implicancias tiene esta sentencia, en el contexto de la jurisprudencia europea, en relación con la posibilidad de los Estados de exigir ciertas formas de integración ciudadana (apartado 3).

2. Los precedentes europeos sobre prendas religiosas

En los últimos años el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió varias demandas relativas al velo islámico. En todos esos casos la demanda provenía de una mujer musulmana que se quejaba de que la prohibición de usarlo en algún contexto más o menos específico (la escuela, la universidad, el espacio público en general) violaba sus derechos al amparo del Convenio. En todos los casos el Tribunal dijo que las prohibiciones eran legítimas y que por lo tanto no

había violación de los derechos del Convenio. En los casos relativos a otras prendas religiosas, en cambio, las decisiones fueron más variadas.

En *Dahlab* la Corte declaró inadmisibile la demanda de una maestra suiza que se había convertido al Islam y pretendía utilizar el pañuelo islámico en su ámbito laboral¹. La normativa vigente establecía que los maestros debían someterse al principio de laicidad del Estado y las autoridades educativas habían considerado que el uso del velo era una forma de manifestar públicamente adhesión a una tradición religiosa que vulneraba este principio.

La Corte aceptó que la prohibición del uso del velo era una interferencia con la libertad religiosa de la señora Dahlab, pero sostuvo que estaba justificada en los términos del Convenio. Como es sabido, la justificación de una injerencia en la libertad religiosa requiere que se den tres circunstancias: que la medida esté basada en ley, que persiga una finalidad legítima y que sea *necesaria en una sociedad democrática*, es decir, que se proporcional a la finalidad perseguida. La Corte dio los tres requisitos por cumplidos. La finalidad legítima perseguida era, a juicio de la Corte, la protección de los derechos y libertades de terceros, del orden público y de la seguridad pública. Y existía proporcionalidad porque la prohibición era necesaria para evitar que los alumnos sufrieran el efecto *proselitista* del uso del velo por parte de su maestra. Y porque el uso del velo sería incompatible con la igualdad de género y, más genéricamente, con el mensaje de tolerancia que cualquier maestro debe transmitir.

El argumento del efecto proselitista es bastante sólido, aunque la Corte parece olvidarlo en otros casos, como cuando dice que un crucifijo (símbolo religioso cristiano, no musulmán) colgado en un aula no afecta a los alumnos². Pero que el uso libre y voluntario de un pañuelo sea contrario a la igualdad de género y al respeto de la diferencia es una afirmación poco sostenible.

Unos años más tarde, la Corte se enfrentó a otro caso de prohibición del pañuelo islámico. Aquí la reclamante era una alumna universitaria turca que, por las disposiciones reglamentarias de la universidad, se había visto impedida de usar el pañuelo islámico. La primera instancia del Tribunal aceptó que la prohibición era legítima³. La Gran Sala del Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia⁴. La finalidad legítima encontrada fue la protección de los derechos y libertades de terceros y la protección del orden público. Y a criterio de la Corte la medida era proporcionada porque se basaba en los principios de

¹ TEDH: *Dahlab c/Suiza* (15/02/2001), decisión de inadmisibilidad.

² TEDH: *Lautsi c/Italia* (18/03/2011), Gran Sala. Aunque, todo sea dicho, el criterio de la primera instancia había sido diferente. TEDH: *Lautsi c/Italia* (03/11/2009).

³ TEDH: *Leyla Sahin c/Turquía* (29/06/2004).

⁴ TEDH: *Leyla Sahin c/Turquía* (10/11/2005), Gran Sala.

laicidad (principio constitucional de Turquía digno de protección) e igualdad. Además, dijo la Corte, debía tenerse en cuenta que los Estados tienen en este campo un importante margen de apreciación, ya que no existe un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa acerca de la prohibición del pañuelo.

No se ve muy bien cómo la laicidad *del Estado* puede verse afectada por el acto de *un particular*. Aunque la protección de un principio constitucional como el que está aquí en juego puede ser una finalidad legítima a la luz del Convenio (porque entra dentro del orden público) la medida no parece proporcionada a ese fin. Y respecto de la idea de igualdad, extraña aplicación es la que hace el Tribunal para proteger la igualdad incluso en contra del criterio de la persona supuestamente protegida. El Tribunal adopta aquí una posición paternalista (Joppke 2010, 4-6; Marshall 2008, 189; Lyon y Spini 2004, 341), incompatible con una concepción liberal de los derechos (Arlettaz 2013).

En el asunto *Köse*, y también contra Turquía, la Corte convalidó una prohibición semejante pero referida a las escuelas secundarias⁵. Además de sostener que no había interferencia con el derecho a la educación ni con el derecho de los padres a educar a sus hijos en sus propias creencias, la Corte dijo que no había apariencia de violación de la libertad religiosa, y declaró la demanda inadmisibile.

Un poco después, se planteó un problema semejante respecto de la expulsión de dos alumnas de escuelas secundarias francesas por negarse a retirarse el velo durante las clases de educación física y deportiva (casos *Kervanci* y *Dogru*)⁶. La cuestión del uso del velo islámico en los establecimientos educativos franceses tiene una larga historia que se remonta a los años 80 del pasado siglo (Arlettaz 2012a). La Corte volvió a convalidar la disposición del Estado, tanto sobre la base del principio constitucional de laicidad como sobre la necesidad del mantenimiento de condiciones de seguridad e higiene durante la práctica deportiva. La interferencia estaba prevista por la ley en los términos del Convenio y perseguía una finalidad legítima (proteger derechos y libertades de terceros y proteger el orden público). Respecto de la proporcionalidad de la medida, nuevamente la Corte se refirió al margen de apreciación de los Estados.

En relación con el argumento de laicidad vale lo dicho más arriba. Y respecto de la necesidad de resguardar las condiciones de seguridad en ciertas prácticas (como el deporte escolar), la medida adoptada es desproporcionada. Porque no es necesario para ello prohibir con carácter general el velo en las escuelas: alcanza con exigir que sea retirado durante la práctica de los deportes.

⁵ TEDH: *Köse y otros c/Turquía* (24/01/2006), decisión de inadmisibilidad.

⁶ TEDH: *Kervanci c/Francia* (08/12/2008). TEDH: *Dogru c/Francia* (08/12/2008).

Los casos que hemos visto hasta el momento estaban referidos al ámbito educativo y al velo islámico, ya sea respecto de su uso por parte de las profesoras ya sea por parte de las alumnas. En el caso *Phull*, en cambio, la Corte fue preguntada acerca de la legitimidad de los controles aeroportuarios que obligaban a los hombres *sikhs* a retirarse los turbantes. La Corte admitió que la medida estaba basada en la ley, perseguía finalidades legítimas y era necesaria en una sociedad democrática, ya que los controles de seguridad en los aeropuertos son necesarios en el interés de la seguridad pública y que las medidas adoptadas para implementarlos caían dentro del margen de apreciación del Estado demandado, particularmente teniendo en cuenta que sólo se recurría a la medida ocasionalmente⁷.

En *El Morsli* el Tribunal se refirió a la obligación de retirarse el velo a la entrada de un lugar público, en el caso un consulado, para pasar los controles de seguridad. La Corte aceptó que la medida estaba basada en la ley y que tenía la finalidad legítima de proteger la seguridad pública y el orden público. Por los mismos motivos que en el caso *Phull*, la Corte consideró que la medida cumplía con el requisito de *necesidad en una sociedad democrática*⁸.

Hay una diferencia sustantiva entre los casos referidos al ámbito educativo y estos dos últimos. En efecto, en los casos referidos al ámbito educativo las prohibiciones estatales estaban normalmente asociadas a una comprensión fuerte de la ciudadanía como ámbito en el que los ciudadanos se despojan de sus afiliaciones particulares. En razón del carácter divisivo y conflictivo de las diferencias religiosas, la mejor manera de fomentar una lealtad única y compartida por encima de las identidades particulares sería hacer que las creencias permanezcan recluidas en el ámbito de lo privado. En cambio, en los dos últimos las razones para la prohibición del turbante o del velo estaban vinculadas a un concepto estricto de seguridad y orden público. Se trataba, en efecto, de retirar momentáneamente las prendas para permitir un control de la persona que estaba ingresando a un establecimiento público. Las razones de seguridad también estaban presentes, al menos parcialmente, en los casos *Dogru* y *Kervanci*, ya que aquí la prohibición del uso del velo en la escuela estaba específicamente referida a la clase de educación física. Sin embargo, teniendo en

⁷ TEDH: *Phull c/Francia* (11/01/2005), decisión de inadmisibilidad. Al resolver de este modo la Corte seguía un precedente en el que la Comisión había declarado legítima la obligación del uso del casco por los motociclistas, aunque interfiriera con la prescripción religiosa de uso del turbante por los *sikhs*. ComisiónEDH: *X. c/Reino Unido* (12/07/1978).

⁸ TEDH: *El Morsli v. France*, (04/03/2008), decisión de inadmisibilidad. La Comisión había aceptado que era legítimo que una Universidad se negara a entregar un diploma si la persona que decía ser su titular aparecía en su fotografía del pasaporte con la cabeza cubierta por un velo. El caso se acercaba así a las consideraciones de estricto orden público presentes en el caso *El Morsli*. ComisiónEDH: *Karaduman c/Turquía* (03/05/1993).

cuenta el énfasis puesto por el Tribunal en el concepto de laicidad, y sus antecedentes en otros casos, es de pensar que la Corte de Estrasburgo habría convalidado una prohibición general del velo en las escuelas francesas tal como lo había hecho en el caso *Köse* respecto de Turquía.

También, y en otro aspecto, se puede hablar de una diferencia entre el primer caso y los otros cuatro. La sentencia de *Dahlab*, en efecto, estaba referida al uso del velo por parte de una maestra en una escuela pública. Tratándose de un agente del Estado en el ejercicio de sus funciones su actividad puede imputarse al Estado, lo que no sucede en los demás casos, en los que se trataba de actos de particulares.

Sólo en *Ahmet Arslan* el Tribunal declaró ilegítima la prohibición del uso de una prenda religiosa. El Tribunal abordó la demanda de un grupo de personas que habían sido condenadas por contravenir la disposición que prohibía ir con la cabeza cubierta en lugares públicos⁹. Los demandantes se habían reunido delante de una mezquita para participar de un acto religioso y llevaban la cabeza cubierta por un turbante. La Corte admitió que la prohibición de llevar esas vestimentas en el ámbito público perseguía finalidades legítimas (la protección de la seguridad pública, del orden público y de los derechos y libertades de terceros). Respecto de la previsión legal, la Corte juzgó innecesario pronunciarse, en razón de que consideraba de todos modos que la prohibición era ilegítima por no ser necesaria en una sociedad democrática¹⁰.

Un elemento de gran trascendencia es que la Corte reconoció que las personas sancionadas eran simples particulares, es decir, que no se trataba de representantes del Estado. Esto así, la Corte distinguió expresamente este caso de otros que involucran a funcionarios públicos (entre los que mencionó expresamente el caso *Dahlab*) y señaló que estos funcionarios pueden tener un deber de discreción en el ejercicio de sus funciones, lo que no cabe exigir a los simples particulares.

La Corte también indicó que el caso no era relativo a un establecimiento público, en el que la libertad de manifestar las propias creencias puede ser limitada en razón de la neutralidad estatal. Aquí la diferencia se señalaba expresamente con el caso *Sahin*. Finalmente, a juicio de la Corte, tampoco había en el caso una evidente afectación de la seguridad pública o del orden público.

La cuestión de los símbolos religiosos volvió a aparecer recientemente en la jurisprudencia, esta vez en relación con símbolos religiosos cristianos. En *Eweida y otros* se abordaron dos situaciones paralelas relativas al uso de símbolos

⁹ TEDH: *Ahmet Arslan y otros c/Turquía* (23/02/2010).

¹⁰ TEDH: *Ahmet Arslan y otros c/Turquía* (23/02/2010).

religiosos visibles por parte de trabajadores en el ámbito de sus actividades laborales¹¹. La primera demandante, la señora Eweida, era cristiana copta y estaba empleada en una compañía aérea. Eweida decidió llevar de modo visible un crucifijo colgado a su pecho y la compañía exigió que lo llevara debajo del uniforme. Aunque la interferencia con la libertad religiosa provenía de la conducta de un particular (la compañía aérea para la que trabajaba Eweida), esta podía dar lugar a la responsabilidad del Estado en caso de que no se hubiesen adoptado las medidas necesarias para resguardar la libertad religiosa de la señora Eweida. Por eso la pregunta planteada por el Tribunal fue si la libertad religiosa de Eweida había sido suficientemente garantizada por el Estado demandado. Y en lugar de aplicar el clásico test de tres partes (legalidad, finalidad legítima, necesidad en una sociedad democrática) para evaluar la legitimidad de la medida, el Tribunal se centró en un test de proporcionalidad (Temperman 2013, 94-95). El Tribunal halló una violación de la libertad religiosa. El Tribunal sostuvo que la injerencia no estaba justificada, ya que no se había encontrado un equilibrio adecuado entre la protección de las creencias religiosas de la empleada y la protección de la imagen comercial del empleador. El Estado habría dado demasiado peso a la imagen corporativa de la empresa (cuya protección es en sí misma un objetivo legítimo) por encima del derecho fundamental de la empleada.

La segunda demandante del mismo caso, la señora Chaplin, era una cristiana practicante que estaba empleada como enfermera en un hospital público. Llevaba un crucifijo colgado en su pecho. Cuando el hospital cambió sus uniformes, adoptando un uniforme con escote V, su crucifijo se tornó visible. A diferencia del caso de la señora Eweida, la interferencia con la libertad de la señora Chaplin se originaba directamente en un acto estatal. Por ello, se utilizó el test tripartito (legalidad, finalidad legítima, necesidad de la medida en una sociedad democrática) para analizar la legitimidad de la interferencia (Temperman 2013, 94-95). La Corte admitió que la restricción de la libertad religiosa de la señora Chaplin tenía una finalidad legítima: la protección de la salud y la seguridad de ella misma y de los pacientes del hospital. Respecto de la necesidad de la medida en una sociedad democrática, dijo la Corte que la protección de la salud y de la seguridad en un servicio hospitalario es más importante que la protección de la imagen de una compañía comercial (como en el supuesto de la señora Eweida) y que por lo tanto el equilibrio encontrado por las autoridades internas era satisfactorio.

¹¹ TEDH: *Eweida y otros c/Reino Unido* (15/01/2013).

3. S. A. S. c/Francia

El caso más reciente del Tribunal Europeo en relación con el velo islámico es *S. A. S. c/Francia*¹². Aquí el Tribunal tocó por primera vez el tema de una prohibición *general* del uso del velo. En los casos anteriores, en efecto, las prohibiciones eran parciales (prohibición en las escuelas, en las universidades, en relación con los funcionarios públicos, etc.). El caso que ahora nos ocupa, en cambio, se refería a la prohibición general ordenada por Francia en relación con el ocultamiento del rostro en el espacio público. En 2011 Francia había aprobado una ley que prohibía con carácter general cualquier forma de ocultamiento del rostro en el espacio público. Era claro que la prohibición se dirigía a impedir el uso del velo integral (*burka, niqab*) en tal espacio, aunque formalmente la norma tenía un carácter de generalidad.

La demandante, una mujer musulmana nacida en Pakistán pero de nacionalidad francesa, alegaba que la prohibición de ocultar el rostro en los espacios públicos le impedía el uso del velo integral. La mujer decía ser una musulmana practicante que usaba *burka* y *niqab* en razón de su fe, cultura y convicciones personales y sin ninguna presión familiar. La mujer aclaraba, sin embargo, que su uso de las prendas no era sistemático (por ejemplo, no las usaba cuando iba al médico o cuando se encontraba con amigos en lugares públicos). Sin embargo, alegaba que la ley le impedía decidir por ella misma cuándo usarlas y cuándo no.

La discusión sustantiva se situó en la posible violación del derecho a la vida privada y del derecho a manifestar la religión. Estaba claro que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal las elecciones relativas a la apariencia física (por ejemplo, el pelo o la vestimenta), ya sea en lugares públicos o en lugares privados, tienen que ver con la expresión de la propia personalidad y por ende caen dentro de la noción de vida privada. También que dado que lo que se prohibía a la mujer era usar una vestimenta requerida por su religión, se suscitaba una cuestión sobre la libertad de manifestar la propia religión o creencias. La prohibición colocaba a la mujer en un dilema: o bien cumplía con la ley, y entonces violaba sus convicciones religiosas; o bien satisfacía su conciencia y violaba la ley.

La interferencia con la vida privada y la libertad de expresar las propias creencias estaba *prevista por la ley* en los términos del Convenio. En cuanto a la finalidad legítima perseguida por la medida, Francia alegaba una doble finalidad:

¹² TEDH: *S. A. S. c/ Francia* (01/07/2014), Gran Sala. Dado que la competencia de la Gran Sala se abrió en razón de un reenvío realizado por una sala de primera instancia, no hay sentencia de primera instancia en el caso.

la protección de la seguridad pública y la protección del conjunto de valores mínimos que son necesarios en una sociedad abierta y democrática. La Corte se vio obligada a reconocer que el recurso a la seguridad pública por el gobierno francés como justificación de la ley había sido puramente incidental. Y aunque aceptó que la protección de la seguridad pública era uno de los fines perseguidos por la ley, dijo que la medida no era proporcionada a ese objetivo y que, por ende, no podía considerarse *necesaria en una sociedad democrática*. No resulta proporcionado pedir a alguien que abandone totalmente un elemento central de su identidad que considera importante y que es una manifestación de su religión, en la medida en que el objetivo legal puede alcanzarse con una simple obligación de mostrar el rostro e identificarse cuando exista un riesgo concreto para las personas o la propiedad, o cuando las circunstancias particulares muestren la existencia de un riesgo de fraude de identidad. Hasta aquí el razonamiento de la Corte resulta aceptable.

La segunda finalidad invocada por Francia se desglosaba en tres valores: el respeto de la igualdad entre el hombre y la mujer, el respeto de la dignidad humana y el respeto por los estándares mínimos de la vida en sociedad. Para la Corte, el objetivo de promover la igualdad entre el hombre y la mujer puede justificar la interferencia con ciertos derechos y libertades y la promoción de la igualdad de género es un objetivo fundamental de los Estados miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, un Estado no puede invocar la igualdad de género para prohibir una práctica defendida por las propias mujeres que, en teoría, son las destinatarias de tal protección. Esto implicaría admitir que los individuos pueden ser protegidos frente a sí mismos, lo que no es aceptable. La Corte parece revisar así algunas afirmaciones hechas en casos anteriores, en los que se había deslizado hacia posiciones paternalistas. Tampoco la dignidad humana puede justificar una prohibición general del ocultamiento del rostro, ya que el uso de la prenda en cuestión es el resultado de una elección personal.

En cambio, la Corte sí consideró que el respeto por los estándares mínimos de la vida en sociedad puede ser comprendido en la finalidad legítima de la protección de los derechos y libertades de los demás. En cuanto a la proporcionalidad de la medida para garantizar este fin, la Corte señaló que si bien la prohibición era amplia, la ley no afectaba la posibilidad de utilizar *cualquier* vestimenta, con o sin connotación religiosa, que *no tuviera el efecto* de ocultar el rostro. Y aunque la medida podía afectar particularmente a las mujeres musulmanas que quisieran usar el velo, la prohibición no estaba redactada en términos de prohibición de una prenda con connotación religiosa. Aunque la prohibición restringía el pluralismo, la Corte aceptó el argumento del gobierno sobre que la prohibición tenía por finalidad garantizar la comunicación entre las

personas, que es una condición no sólo del pluralismo, sino más genéricamente de la tolerancia.

La Corte sostuvo además que debía acordar a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación. Esto es particularmente cierto, dijo la Corte, desde el momento en que no existe un consenso entre los países del Consejo de Europa sobre la prohibición del ocultamiento del rostro en el espacio público. En consecuencia, la prohibición debía ser vista como proporcionada y *necesaria en una sociedad democrática*.

A nuestro juicio la Corte cometió dos graves errores respecto del argumento de los estándares mínimos de comunicación social. El primero es que, contrariamente a lo que sostuvo la Corte, sí hay un consenso europeo en la materia. De los miembros del Consejo de Europa, sólo dos países tienen una prohibición general del ocultamiento del rostro: Francia y Bélgica. Y no vale decir, como dijo la Corte para sortear el escollo que significaba la evidente posición minoritaria de Francia en relación con la prohibición del ocultamiento del rostro, que muchos países no tienen prohibición porque en ellos el velo no es un problema. Porque esto implica suponer que una no prohibición da apoyo a la prohibición francesa, lo que es bastante anodino. En consecuencia, el margen de apreciación nacional debía ser bastante menor del que confiere, muy generosamente, la Corte.

El segundo error es todavía más grave: es la admisión por parte de la Corte de que la protección de los estándares mínimos de comunicación social equivale a la protección de los derechos y libertades de terceros. Para llegar a esta conclusión habría que admitir que los terceros tienen un derecho a entrar en comunicación con sus conciudadanos incluso en contra de la voluntad de estos. Siguiendo esta línea de razonamiento, sería perfectamente legítima una disposición que me obligara a saludar a todos los vecinos de mi edificio cada vez que los encuentro en la escalera, porque si no los saludo estoy afectando su derecho a entrar en comunicación conmigo, incluso si yo no tengo ningún interés en desearles un buen día. Lo que, evidentemente, resulta absurdo.

4. A modo de conclusión: margen de discrecionalidad e integración

Dos enseñanzas pueden extraerse de la sentencia del Tribunal Europeo que acabamos de resumir, y de su ubicación en el contexto general de la jurisprudencia del Tribunal.

La primera es que el Tribunal sigue siendo bastante benévolo con las prohibiciones que afectan la posibilidad de expresar públicamente la propia

pertenencia religiosa. Dicho inversamente: el grado de protección que el Tribunal otorga a la expresión pública de las creencias religiosas es bajo.

Es verdad que hay casos en los que la prohibición puede justificarse fácilmente por razones de seguridad pública (casos *Phull*, *El Morsli* y la señora Chaplin en *Eweida*). Sin embargo, las prohibiciones que se estudiaban en estos casos tenían alcance *puntual*. La sustancia de la posición del Tribunal tiene que buscarse en aquellos casos referidos a prohibiciones *generales* en relación con el uso de prendas con sentido religioso: *Sahin*, *Köse*, *Kervanci*, *Dogru*, *Ahmet Arslan* y, por supuesto, *S. A. S.* Lo que nos enseñan estos casos es que una prohibición general pasa de modo relativamente fácil el control europeo.

Por supuesto, hay algunas *situaciones particulares* de aplicación de las normas en las que incluso el Tribunal Europeo tiene que admitir que el Estado va demasiado lejos. Pero esto no cuestiona la legitimidad genérica de la prohibición. Así, en *Ahmet Arslan* el Tribunal no declaró que la prohibición de llevar la cabeza cubierta en lugares públicos fuera contraria al Convenio. Dijo que la aplicación de una sanción por llevar la cabeza cubierta *delante de una mezquita* y por las personas *que iban a participar en actividades religiosas* era contraria al Convenio. Algo bastante más limitado, por cierto.

En la mayoría de los casos que hemos visto, la prohibición que el Tribunal declaró legítima afectaba a la comunidad musulmana. Quizá el Tribunal tenga prejuicios contra algunas corrientes religiosas. O quizá no. La diferencia entre, por ejemplo, *S. A. S.* y *Eweida* no era solo que en el primer caso la demandante era musulmana y en el segundo cristiana. También era que en el primer caso la prohibición venía de una autoridad pública y en el segundo de un particular, de modo que la responsabilidad del Estado era sólo indirecta (no garantizar la libertad religiosa de la señora Eweida frente a su empleador). Saber hasta qué punto el Tribunal favorece más a unas corrientes religiosas que a otras exige un trabajo muy extenso que no podemos hacer aquí.

Lo que sí podemos hacer aquí es afirmar que el Tribunal es muy generoso con el margen de apreciación estatal. Esto sucede no sólo en relación con las prendas religiosas, sino más generalmente con cualquier restricción a la libertad religiosa (Arlettaz 2012b; Arlettaz 2014). El Tribunal usa demasiado ampliamente la *doctrina del margen de apreciación nacional* para no cuestionar las decisiones estatales.

La segunda enseñanza tiene que ver con la opción política en materia de ciudadanía que el Tribunal convalida en *S. A. S.* Hablando de modo muy general, es posible decir que hay dos formas de entender la integración de los individuos en el cuerpo político (Arlettaz 2012c). Un modelo de integración cívica supone que el conjunto de normas y valores en los que se realiza la integración son

aquellos vinculados al mantenimiento de un sistema de libertades. Este tipo de integración exige el respeto a las libertades ajenas, así como de las decisiones de la autoridad pública legítimamente democrática. Este modelo de integración puede identificarse con las exigencias de una propuesta liberal. De lo que se trata es de garantizar iguales cotas de libertad para los individuos, para que cada uno lleve adelante su propio proyecto de vida (su propio ideal de lo que es la *vida buena*) con la menor injerencia estatal posible. Lo único que el Estado liberal exige a las diferentes concepciones sobre lo bueno es que respeten las (mínimas) exigencias de la concepción compartida sobre lo justo.

El modelo de integración cultural va más allá del mínimo respeto a las libertades ajenas y a la autoridad pública, exigido por el modelo de integración cívica. Es el modelo de incorporación del individuo a las tradiciones y modos de vida de la comunidad en la que reside. En el concepto amplio de tradiciones y modos de vida pueden incluirse la lengua, las costumbres, ciertos valores estéticos y las creencias religiosas, por nombrar los elementos más significativos.

La prohibición del ocultamiento del rostro en el espacio público aprobada por Francia, y convalidada por Estrasburgo, implica una exigencia de integración cultural. La ley francesa tiene un genérico artículo 1 (“nadie puede, en el espacio público, llevar una vestimenta destinada a ocultar su rostro”) seguido por un igualmente amplio artículo 2.II que reconoce una multitud de excepciones (la prohibición no se aplica si la vestimenta “está prescrita o autorizada por disposiciones legislativas o reglamentarias, si está justificada por razones de salud o por motivos profesionales, o si se inscribe en el marco de prácticas deportivas, de fiestas o de manifestaciones artísticas o tradicionales”). La ley quiere prohibir el velo integral. Pero como no es capaz de confesarlo (porque esto implicaría una ley que no tiene carácter general, sino particular, algo impensable en la República de iguales) dice que se prohíbe toda vestimenta destinada a cubrir el rostro. En el artículo siguiente demuestra, sin embargo, que en realidad su interés no está en la prohibición de toda vestimenta, sino sólo de algunas. Y excluye del ámbito de la prohibición un amplio conjunto de vestimentas, entre ellas las que se inscriben en el marco de “manifestaciones [...] tradicionales”. ¿No es el velo integral acaso una manifestación tradicional de las musulmanas, o al menos de algunas de ellas?

Hay todavía más. En el sitio web de la Asamblea Nacional francesa puede encontrarse un cuadro explicativo del contenido de la ley¹³. En este cuadro, para comprender el contenido de la excepción de las manifestaciones tradicionales se recurre al ejemplo de... ¡las procesiones religiosas! Resulta así que la prohibición cubre algunas manifestaciones religiosas o, al menos, claramente tradicionales

¹³ http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/dissimulation_visage_espace_public.asp

como el *burka*. Pero no cubre otras manifestaciones tradicionales y religiosas, como las procesiones (católicas, no musulmanas).

En definitiva lo que dice la ley es que se aceptan ciertas tradiciones, pero no se aceptan otras. Impone reglas de integración cultural. El Tribunal Europeo, falseando el espíritu liberal del Convenio, ha dicho que exigir esta integración es legítimo.

Bibliografía

ARLETTAZ, F. (2012a), “El velo islámico en Francia: de la opinión del Consejo de Estado de 1989 a la decisión del Consejo Constitucional de 2010”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 30, pp. 311-327.

– (2012b), “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político”, *Derechos y Libertades*, 27, pp. 209-240.

– (2012c), “Ciudades y convivencia: ¿integración cívica o integración cultural?”, en *Las paces de cada día*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, pp. 109-118.

– (2013), “Paternalismo jurídico y convicciones religiosas”, *Ius et praxis*, 19 (1), pp. 223-254.

– (2014), *Religión, libertades, Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona: Icaria – Fundación Seminario de Investigación para la Paz.

JOPPKE, C. (2010), *Veil. Mirror of Identity*. Londres: Polity Press.

LYON, D.; SPINI, D. (2004): “Unveiling the Headscarf Debate”, *Feminist Legal Studies*, 12, 2004.

MARSHALL, J. (2008), “Women's Right to Autonomy and Identity in European Human Rights Law: Manifesting One's Religion”, *Res Publica*, 14-3.

TEMPERMAN, J. (2013), “Of Crosses and Homophobia: The European Court of Human Rights on which Manifestations of Religion One May Bring to Work”, *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2, 2013, pp. 94-95.

LA ALTERIDAD DE LOS CUERPOS EN EL DERECHO: CONSTRUCCIÓN DEL SUJETO JURÍDICO TRANSGÉNERO

Liván Soto González¹

*Facultad de Derecho
Universidad de Granada
livansg@correo.ugr.es*

"[...] He tenido conciencia de mi ser. Ojalá hubiese sido anatómicamente "normal" así podría ir a nadar. Si fuese `normal´ ya no tendría ninguna razón para ocultarme detrás de mi ropa. Podría ir a nadar sin ropa; ¡¡me encantaría mucho hacer eso!! Pero no, soy un mutante, el monstruo de Frankenstein. Ahora siento lo mismo que hace unos días pero había olvidado, el sentimiento de que me odio, físicamente...".

Filia Vistima (Enero, 1993).

"El monstruo es, en el fondo, la casuística necesaria que el desorden de la naturaleza exige en el derecho".

Adolfo Vásquez Roca (2011).

1. Introducción

Es una aserción problemática decir que todos los seres humanos son sujetos o personas para el derecho. Es necesario ser un *cuerpo relevante*, agenciarse caracteres trascendentes para irrumpir en el mundo del derecho. Tristemente para algunos, el reconocimiento personal y condición jurídica como ser humano queda sujeto a un examen de su identidad, modificación del nombre, performatividad acorde a los cánones binarios de género o, lo que es más

¹ Miembro de la Academia de Identidad de Género. Máster en Estudios de Género, Universidad de Hull (UK) y actualmente doctorando en Derecho, Universidad de Granada. Quiero agradecer las importantes contribuciones del Dr. Diego Falconí Travéz, las recomendaciones y continuas sugerencias de Kim Pérez, así como los ilustrados apuntes de María Encarnación Quesada y Francisco Ríos. Todas las traducciones del inglés incorporadas en el texto corresponden a su autor.

doloroso aún, a soportar un severo escrutinio sobre el cuerpo que puede llegar a prácticas quirúrgicas, que pueden considerarse invasivas en determinados contextos.

Examinar las peculiaridades de la relación que se entreteje entre el derecho y las personas transgéneros² es uno de los cometidos del presente trabajo. El texto cuestiona algunos de los mecanismos a través de los cuales el discurso jurídico establece la personificación jurídica de los cuerpos y la condición jurídica a la cual se relega a los individuos cuyos cuerpos e identidades de género *moran fuera de la experiencia jurídica* según el sistema binario de género. No obstante, está lejos de ser una explicación generalizadora y completa (aunque sí compleja) de la configuración jurídica de las personas transgéneros, más bien, es una exposición fragmentaria de algunos temas que a nuestro juicio apuntan como relevantes en el camino de ser reconocidos como sujetos del derecho.

Iniciamos con una breve exposición de aquellas gestiones de representación y posición de las personas transgéneros dentro del discurso jurídico, centrándonos en la función del lenguaje, definiciones y argumentos que intentan reconciliarles o distanciarles de las categorías legales, desde un avatar de experiencias personales limitadas y no autorizadas. Debemos mencionar igualmente que nuestra reflexión no se enmarca dentro de una perspectiva estrictamente jurídica, de ahí nuestra licencia para hacer uso de categorías desarrolladas desde las ciencias sociales o desde el estigmatizante discurso médico.

Consecuentemente revisamos la configuración y autoconstrucción del cuerpo transgénero que logra obtener relevancia jurídica, relevancia a la que se accede a través de un proceso de renunciaciones y negaciones personales, que permite ser reconocido jurídicamente como persona y sujeto de derecho tal y como opera en la dogmática jurídica. Ese proceso de negociación (negación) se hace evidente

² El término *transgénero* es considerado, por muchos, una categoría que desestabiliza y desnaturaliza la idea y noción occidental de lo que se entiende por sexo, género y sexualidad. Es un término al amparo del cual, múltiples subjetividades *trans* han sido identificadas, desde transexuales que desean someterse o se han sometido a una cirugía de reasignación sexual, personas que ansían someterse a otros procedimientos quirúrgicos sin incorporar los primeros, hasta personas que de forma permanente o temporal no desean someterse a ningún procedimiento médico, sin embargo desean ser reconocidos en el género y sexo que sienten como suyo, indistintamente del sexo legal reconocido. Al referenciar el término *trans* englobamos de manera general e inclusiva a transexuales, transgéneros, travestis, personas intersex y otras expresiones identitarias al margen de las distinciones que le constituyen (Misse y Coll-Planas 2010). Sin embargo, este fenómeno socio-jurídico no siempre ha sido entendido de esta manera, divergentes connotaciones le han constituido cultural, social, histórica y políticamente, respondiendo a intereses concretos del propio colectivo trans, así como de los intereses que los discursos han querido potenciar y silenciar sobre esa realidad. Para profundizar en el término recomendamos: Susanne Strike y Steve Whittle (2006).

en el discurso *jurídico* a través de dos líneas fundamentales: la primera línea niega el reconocimiento *jurídico* para el ejercicio e intervención en cualquier acto con trascendencia *jurídica* y, consiguientemente, mantiene a algunos cuerpos al margen de toda categoría humana (proceso de deshumanización) y por otra parte, la segunda línea expone argumentos aparentemente más coherentes con la libre elección y búsqueda del reconocimiento corporal e identitario del sujeto, sin embargo, esconde fundamentos que sostienen un rígido sistema binario de opresión sexual y de género³.

Una de las máximas de este análisis consiste en una re-lectura crítica y comprometida con la no discriminación y deshumanización de las relaciones *jurídicas* que el Derecho gestiona. De forma muy general este análisis resulta de la revisión de argumentos y prácticas *jurídicas* en el funcionamiento y ordenación del sistema *jurídico*, pero de forma muy particular se plantea el cuestionamiento de categorías como: sexo, sexualidad, persona *jurídica*, sujeto del derecho, binarismo *jurídico* de género o cuerpo del derecho (al que se le aseguran un entramado de garantías). Observamos cavilosamente aquellas renunciadas exigidas a determinados cuerpos a fin de reafirmar las estructuras unívocas de un sistema *jurídico* de género establecido o un *código penal de género* según Kim Pérez, poniendo en evidencia una vez más, el severo escrutinio y la sujeción *jurídica* que pesa sobre cuerpos e identidades que no se resignan a *dejar de ser*, que no renuncian a un encuentro con lo que sienten ser, aunque la moneda de cambio se convierta en un continuo navegar en la alteridad *jurídica* y la incertidumbre de ser denominados *monstruos legales*.

2. El cuerpo en el discurso *jurídico*

El cuerpo⁴ y la representación de los sujetos que intervienen en el tráfico *jurídico*, no siempre han gozado de la misma significación y consecuentemente

³ Este sistema de género apunta Susan Striker, tiene un gran impacto en los derechos humanos, pues en muchos casos conmina a las personas, que se identifican como trans, al sometimiento de intervenciones quirúrgicas de esterilización como condición para un reconocimiento legal de género. Refiere también que una consideración del género nos acerca según el uso común a una realidad estática, descriptiva, sinónimo de sexo y asociada con el proceso dinámico de aculturación de lo masculino como hombre y lo femenino como mujer, al cual le corresponden dos tipos de cuerpos físicos. Sin embargo, considera Striker que una visión del género como sistema de producción de desigualdad social y económica de las mujeres, junto a los procesos de aculturación asociados a un estatus sexual particular, es perder otros rasgos destacados del sistema de género, que en la actualidad actúa coercitivamente como una forma de poder sobre los cuerpos que no se ajustan a los ideales normativos, que dictan lo que un hombre o una mujer deberían ser en un contexto determinado (Striker 2013, 12-14). Ver Balzer y Hutta (2013).

⁴ Quiero destacar que durante este trabajo cuando hacemos referencia al cuerpo escapamos de toda constrictión biologicista y unívoca, sino que acudimos a todo un universo de

tampoco del mismo reconocimiento jurídico. Las posibilidades de auto-representarse y ser representados siempre han estado sujetas al cumplimiento de concretas exigencias. ¿Cuál ha sido el peso y la relevancia otorgada a los cuerpos en el discurso jurídico? ¿Qué sucede cuando estas exigencias suponen una franca renuncia a la libertad y una permanente mutilación de la subjetividad y la propia corporalidad? ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar, cuando las mutilaciones y constricciones corporales son por sí mismos insuficientes para el reconocimiento de la personalidad jurídica?

Al revisar tanto el discurso *jurídico* como *el cuerpo* que ha alcanzado relevancia *jurídica*, es evidente la naturaleza de la relación que éste sostiene con *otros cuerpos* y cómo mediante exigencias, sujeciones y negaciones se sitúa a los cuerpos incoherentes en un permanente exilio jurídico. Ser *el otro* en el derecho representa ser ese cuerpo mutilado sin relevancia jurídica que intentan alzar la voz y tropieza con mecanismos que solapadamente intentan mitigar su realidad personal, negándole el reconocimiento en toda actuación socio-jurídica relevante para sus vidas. No existe un diálogo *jurídico*, ni siquiera ese engañoso contrato socio-*jurídico* del que un día nos hicieron creer que participábamos todos, como el reconocimiento de la igualdad ante la ley, en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos; es aquí donde se hace evidente el soliloquio del discurso jurídico, al desplegar un haz de principios y derechos reconocidos formalmente sólo para quienes cuenten con un cuerpo jurídicamente relevante. Derechos que descansan en la existencia ilusoria de un discurso jurídico resultado de la voluntad de todos, en la garantía y defensa de derechos inherentes a todos los seres humanos por nuestra mera condición humana.

El Derecho, como otras narraciones discursivas, representa el encuentro de re-significaciones donde los seres humanos habitan “...espacio distinto al material. Es decir, que a través de un ejercicio de abstracción intentemos ver dónde el derecho ubica a las personas de carne y hueso. Justamente en el derecho los cuerpos son transformados, singularizados y codificados...” (Falconí 2012, 22). Lo cual nos permite hablar de una corporalidad discursiva, corporalidad jurídica o cuerpo del derecho, importante elemento para el propio discurso, pues a través de él desarrolla mecanismos y prácticas de poder (biomédicas/jurídicas), para activar, dar nacimiento o muerte a la persona, mediante un estructurado sistema

representaciones simbólicas y culturalmente situadas que se entretajan desde lo social, cultural, económico y político, pero no cierra las puertas a los aspectos bioanatómicos. El cuerpo se convierte en protagonista, para estructurar la realidad jurídica del sujeto del derecho, pero que ineludiblemente no se agota en él. Existen múltiples formas de concebir y darle vida a la corporalidad humana, sin embargo la prescripción ontológicamente concebida para el discurso jurídico considera que a un sexo/género le corresponde una establecida corporalidad, prescribiendo así la legitimidad y legalidad de un cuerpo, aquel que contribuye a la estabilidad del propio discurso jurídico.

de requerimientos que persiguen como fin último mantener el equilibrio y dotar de estabilidad al propio sistema jurídico⁵. Para quienes intentamos cuestionar y re-pensar las relaciones jurídicas que se establecen con determinados cuerpos, se nos presenta la posibilidad de plantear nuevas *abstracciones* y proponer *ficciones jurídicas* más inclusivas, teniendo en cuenta que el cuerpo, en tanto realidad material y construcción cultural, comparte diálogo con otras posiciones identitarias y categorías acentuadas como: nombre, edad, ciudadanía, nacionalidad, credo religioso, sexualidad y la identidad de género entre otras.

Existe un marcado carácter ilusorio de la norma jurídica, secretos no revelados en una primera lectura que nos llevan al convencimiento de que se ha hecho justicia (que se han roto todos los privilegios) y que la noción de equidad, está desprovista de todo matiz político y constricción al cuerpo. El discurso proteccionista, de seguridad y la ordenación de los cuerpos establece severos y entrelineados límites a una construcción espontánea del cuerpo que genera el encorsetamiento de sus *gestas existenciales* (Falconí 2012, 24). Aquellas expresiones espontáneas quedan atrapadas en toda prescripción categórica a través de las cuales funciona el derecho. Pues si observamos con detenimiento el *objeto* del discurso jurídico (*i.e.* el *objeto* de las normas que imponen obligaciones y confieren derechos o facultades), encontramos que este no es otro que la conducta que regula. De tal modo que si queremos tener un *sujeto del derecho* que sostiene un diálogo y representa multiplicidad de expresiones gestadas desde la corporalidad y expresiones identitarias, éste no ha de ser aquel cuya conducta inicia, continúa o concluye en lo prescrito en la norma.

El discurso jurídico y sus prescripciones hacia el cuerpo no tienen como finalidad satisfacer necesidades de configuración personal, sino enmarcar a todos los cuerpos (cual conglomerado), en aquellas funciones útiles para el desarrollo del relato estatal e internacional que ha acogido la nomenclatura estatal para sus relaciones, a partir de normas coactivas, que aunque deben responder a la razón y a la idea de destierro de privilegios, desconoce y se aleja cada vez más de los avatares de los cuerpos concretos que no son enunciados en el discurso legítimo.

⁵ Siguiendo esta idea, nos resulta obligatorio examinar la norma jurídica desde su doble carácter, como nos sugiere Judith Butler, desde el ámbito *prescriptivo* y el *performativo* (Butler 2002, 55-56). Este carácter prescriptivo, preceptúa o norma desde una hipótesis –un enunciado jurídico– que se plantea de modo condicional y que sólo se activa cuando un hecho o una acción se adecua a dicha hipótesis. Precisamente en la determinación establecida en la consecuencia del enunciado, afirma Diego Falconí, se delimita una causa y unos efectos para las acciones humanas, construyendo una lógica que permite la repetición de la norma, y que hace que cada caso, siendo particular, tenga a los ojos del sistema jurídico una aplicación igual o cuanto menos equitativa, justamente para cumplir la máxima de igualdad ante la ley (Falconí 2012, 38). Para profundizar en el tema recomendamos el texto de Falconí Travez (2012).

La noción de *espacio jurídico discursivo* reviste un marcado carácter contractual para algunos e impositivo para otros, generando en el cuerpo una dependencia/sujeción a la estructura estatal (investida de personalidad jurídica), a través de un *proceso de personificación*, en tanto les nombra, cataloga y ordena jerárquicamente, concediendo privilegios, pero también cargas, imposiciones y restricciones de forma arbitraria bajo diferentes supuestos jurídicos. Como contrapartida, este discurso ofrece un margen de protección, estabilidad y seguridad jurídica al que personalmente no estamos dispuestos a renunciar.

Bajo estas circunstancias tiene lugar un proceso de negociación entre el individuo y la representación simbólica del cuerpo al que se atribuye reconocimiento jurídico. Esta representación jurídica del cuerpo pone al descubierto todo aquello a lo que renunciamos o se nos niega⁶, bien un nombre, corregir ademanes y expresiones ambiguas desde el prisma binario de género, someternos a ingentes intervenciones quirúrgicas y así sucesivamente con el mero propósito de obtener un reconocimiento jurídico y consecuentemente la atribución de nuestros actos el carácter de hecho creador del derecho.

El sistema de regulación jurídica desde su función ordenadora se encarga de crear todo aquello que pretende regular, incluso hasta la propia ilegibilidad de determinados cuerpos; de manera que es el propio sistema el que reviste de incoherencia anormal a determinadas identidades. El conocimiento *objetivo* que sobre algunas identidades manejan los discursos legítimos no proviene del desciframiento de una esencia trascendental y ahistórica, ni de un conocimiento situado de sus experiencias personales, sino de un *régimen de verdad particular* que hace inteligibles ciertas posiciones identitarias, al instalar mecanismos que regulan determinados núcleos de coherencia y discriminan entre las identidades *legítimas y naturales* y las identidades *desviadas o anómalas* (Martínez Guzmán y Montenegro Martínez 2010, 10). Es por ello que el nombramiento, uso, interpretación y procesos de legitimación de las categorías nunca es un aspecto

⁶ Los matices que revisten las relaciones de *los otros* con el discurso jurídico, atraviesa por aquel proceso desde donde la más cotidiana de las actuaciones personales quedan revestidas por un matiz judicial. Es ilustrador el fallo dictado en enero de 2009 cuando el Tribunal Constitucional (TC) de Andorra fallando en contra de la Asociación de gays y lesbianas, *Som com Som*, sentenció que la prohibición de donar sangre a las personas homosexuales o transexuales no supone un acto discriminatorio, sino un acto un virtud del cual se protege a las personas receptoras “de las circunstancias que se derivan de conductas que implican potencialmente un alto riesgo sanitario”. Según la sentencia, la empresa francesa no hace esta consideración para marginar a homosexuales y transgéneros, “sino para proteger a las personas que han de recibir la sangre, de las circunstancias que se derivan de conductas que implican potencialmente un alto riesgo sanitario”. El TC de Andorra también desestima que se haya cometido una presunta vulneración de los derechos a la jurisdicción y a un juicio de duración razonable, y contra los derechos al honor y a la propia imagen, tal como también denunciaba la parte demandante. Leer más: <http://www.lavanguardia.com/vida/20090113/53617833578/el-tribunal-constitucional-deandorra-considera-que-no-se-discrimina-a-los-gais-por-impedirles-donar.html#ixzz2xVfTWoJR>

baladí dentro de los discursos hegemónicos. En este proceso de ordenación de los cuerpos, las personas transgéneros constituyen un paradigma pues desde el orden médico se les asocia con las anomalías, discapacidades, desviaciones y una continua necesidad y dependencia de diagnóstico médico generando un férreo carácter estigmatizador, patológico y de exclusión social⁷.

En cualquier caso, no podemos negar la incisiva molestia que supone para las categorías normales/naturales/legitimadas jurídicamente la presencia cada vez más activa de la realidad transgénero, especialmente en el contexto académico⁸. Pares como hombre/mujer, sexo/género, normal/anormal, natural/cultural transitan bajo una incertidumbre e incipiente estabilidad debido en parte al ejercicio deconstructivo que desde perspectivas críticas como el propio activismo trans han desplegado. El cuerpo se convierte en herramienta que alberga una verdad particular y situada que sobrepasa todo discurso coercitivo. Pero de cualquier manera, el encuentro de los cuerpos ante las exigencias del discurso jurídico nos lleva a preguntarnos: ¿Qué son las personas transgéneros para el derecho? ¿Cuáles son los avatares personales, socio-económicos y políticos por los cuales han de atravesar para ser reconocidos titulares de derechos específicos? ¿Cuál es la naturaleza y el tipo de cuerpo emergente de tal proceso? ¿Qué aspectos logran ser jurídicamente relevantes en un cuerpo para participar y ser beneficiario de la condición de ciudadano/persona/sujeto del derecho? ¿Obtener el reconocimiento de sujeto de derecho supone en algunos casos renunciar a una determinada corporalidad? Y al mismo tiempo, ¿supone el reconocimiento del cuerpo jurídicamente aceptado una violación al derecho a una libre elección de la identidad de género?

⁷ El horizonte de la despatologización de la transexualidad y las experiencias transgéneros, pese a las múltiples posiciones dentro del ámbito académico y el propio activismo *trans*, ha permitido un replanteamiento de los discursos sobre el cuerpo, donde el reapropiarse de la realidad de sus cuerpos desde una re-construcción y aceptación, generan distancia con los modelos normativos, al mismo tiempo que mantienen la firme determinación a la exploración y la invención. La política del cuerpo transgénero rebasa las estrecheces del discurso médico y cuenta con recursos que desde el propio ámbito tecnológico e informático ofrece y facilita el intercambio entre corporalidades y experiencias situadas en una comunidad que se levanta cada vez más diversa y abiertamente más incisiva.

⁸ La producción del conocimiento *trans* ha sufrido en los últimos 20 años importantes transformaciones, las personas transgéneros dejan de ser meros objetos del discurso médico, psicoterapéuticos y legales controlados por otros, dejan de ser sujetos autobiográficos de representación a fin de reforzar categorías narrativas diagnósticas en primera persona, para ganar nuevas formas de expresión desde sus propias experiencias, y se convierten en expertos de sí mismos, lo cual es resultado del activismo político llevado a cabo en su propio beneficio (Striker, 2013: 15-16).

3. Negar el cuerpo para ser sujeto de derecho

El cuerpo, en el entramado de relaciones que vamos tejiendo a lo largo de nuestra vida, nos obliga y a su vez nos posiciona jurídicamente para mantener determinadas obligaciones y relaciones jurídicas. El encuentro entre *los cuerpos* pone en funcionamiento estructuras de poder que limitan y hacen inviable el ejercicio de libertades y derechos fundamentales estrechamente vinculados a la identidad personal, pues como afirma M. Foucault en el texto *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión del siglo XXI*: “...el cuerpo está también directamente inmerso en un campo político; las relaciones de poder operan sobre él una presa inmediata; lo cercan, lo marcan, lo doman, lo someten a suplicio, lo fuerzan a unos trabajos, lo obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos. Este cerco político del cuerpo va unido, de acuerdo con unas relaciones complejas y recíprocas, a la utilización económica del cuerpo; el cuerpo, en una buena parte, está imbuido de relaciones...” (Foucault 2009, 18).

Ser un cuerpo jurídicamente relevante y cuyo reconocimiento le permite devenir en sujeto con capacidad plena, tiene como antesala el estadio de *pre-sujetos*, donde se examinan las exigencias necesarias/requeridas para ser considerado sujeto del derecho; para alcanzar dicho estatus, el individuo se ve obligado a re-negociar a través de las representaciones, negaciones, mutilaciones corporales, silencios, alteraciones y la performatividad del propio cuerpo con aquello que realmente siente ser, con aquella naturaleza humana que según prescribe la *Carta Internacional de Derechos Humanos (1948)* ha de bastar para reconocernos como personas⁹.

Ubicarnos en el plano de esa negociación jurídico-personal, nos brinda la posibilidad de desplazar el enfoque y análisis a los estrechos márgenes de actuación del sujeto en el marco de la estructura jurídica, es decir cuánto podemos y hacemos para gozar del reconocimiento como sujetos de derechos y una vez obtenido este. No son pocos los autores que han desarrollado una teorización enfocada al proceso de *agenciación* y apropiación de la personificación de los cuerpos en el marco de contextos y sistemas discursivos

⁹ Queremos apuntar que el término, *persona* no es exclusivo del discurso jurídico, procede de campos muy alejados del derecho. La locución latina *persona* deriva de *personare* (de *per*: intensidad y *sonare*: hacer ruido, sonar); su significado originario fue el de máscara y designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en una escena. El significado dramático de *persona* penetró en la vida social, posteriormente Imanuel Kant (1724- 1804) se refirió a este como sujeto trascendente, quedando asociado con las cualidades de racionalidad y autonomía (libertad) atribuidos a este sujeto. Para el mismo Kant el hombre, o mejor una idea de hombre, califica como candidato viable para ser sujeto en virtud de su racionalidad y autonomía moral (Tamayo y Salmorán 1995, 167-189). Sobre la etimología de *persona* recomendamos: Ernout-Meillot (1959).

(Benhabib 1990; Bourdieu 2000; Butler 2002; Foucault 2007; Whittle 2006; Sharpe 2010; Kim Pérez 2013).

En la negociación jurídico-personal siempre se ha considerado y examinado al cuerpo como uno de los elementos esenciales para reconocer la personalidad jurídica; por consiguiente, la capacidad para intervenir como sujeto de derecho en relaciones jurídicamente relevantes. Ese cuerpo nunca ha destacado por su ingenuidad, en cambio sí ha venido marcado por su heterosexualidad y/o aptitud a desempeñarla, su ubicación legítima dentro de unas marcadas coordenadas territoriales, su capacidad armónica entre su construcción bio-anatómica y la construcción cultural de funcionalidad asignada, la presencia de forma general de caracteres sexuales masculinos o cuidadosamente femeninos, así como su capacidad de agenciar en sí mismo y para otros aquellos fundamentos que garanticen la estabilidad del discurso jurídico.

La intencionalidad de hacer compatible el cuerpo humano con la formulación paradigmática de sujeto del derecho o persona, entendidos éstos últimos desde su noción circular, en tanto el uso de uno hace referencia al otro, entraña un sólido resquebrajamiento de nuestras ideas. Son solo las personas dentro del discurso jurídico los únicos “sujetos” (entidades o protagonistas) que cobran relevancia en el tráfico jurídico; “es el concepto de persona jurídica el que se convierte en *definiens* o sinónimo de sujeto, cuando este último irrumpen en la dogmática y filosofía jurídica.” (Tamayo y Salmoran 2005, 167) La necesidad de distinguir claramente entre hombre/persona, cuerpo/persona, explica de qué manera el propio concepto de persona jurídica permite la construcción de un orden jurídico parcial, al mismo tiempo que arroja matices de inflexión a la problemática de la personificación jurídica. No todo individuo llega a convertirse en persona para el derecho. Tener un cuerpo no nos convierte automáticamente en sujetos de derecho.

El sujeto del derecho artífice a la vez del discurso no sólo describe al cuerpo, sino que también lo prescribe, en este caso desde un proceso de negación que devino en una inequitativa relación subjetiva. Sus esfuerzos se dirigen a encubrir toda una cultura que perpetúa la dualidad de sujetos, comenzando a limitar la capacidad y utilizando conceptos como: incapacidad, potestad o tutela. Se desarrolla así la narrativa y disponibilidad del destino del otro y su corporalidad desde el punto de vista del yo (representado por el sujeto de derecho). El cuerpo incompleto, salvaje y sus variopintas mezclas, adquiere nuevos significados de acuerdo a la postura jurídico-filosófica que defiende la subjetividad plena del sujeto de derecho, predominantemente: masculino, heterosexual, paradigma de sujeto moderno, propietario y con un ventrilocuismo excesivamente cuidado y ordenado jurídicamente. Preservar la jerarquía y la

capacidad discursiva del sujeto se convirtió en el bien jurídico a proteger, para ello debían desarrollarse todos los mecanismos posibles.

Las personas jurídicas sujeto de derecho son el contenido de un discurso; del discurso en que el derecho positivo es formulado. El “tutor, contratante, cónyuge, *de cujus*, contribuyente, son los personajes del drama jurídico... (y)... fuera de ese discurso jurídico positivo, no hay personas jurídicas”. La persona ciertamente alude a un individuo pero teniendo en cuenta su conducta jurídicamente regulada (Tamayo y Salmoran 2005, 172-173)¹⁰. Aquí compartimos lo suscrito por Hans Kelsen (1881- 1973), cuando declara que el objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona (1959, 82), las obligaciones, derechos y facultades que le son reconocidas o inherentes. Kelsen (1966, 824) consideraba a los sujetos del derecho como el centro unitario de derechos y deberes (Kelsen 1966, 824), en cambio autores como Davide Messinetti (1910-1988), entendieron al sujeto de derecho como la concreción de valores fundamentales de la persona, el cual queda posicionado dentro del ordenamiento jurídico (Messinetti 1979, 824). De manera que no hablamos de capacidades humanas asociadas a un individuo, sino de capacidad jurídica atribuida a una persona ¹¹.

¹⁰ Imanuel Kant definió a la persona de modo tajante como una “identidad completa” (1970), idea desde donde se construyó un yo inmóvil y terminado, que no necesitaba reconstruirse en el tiempo. Una esencia inmutable que se mantenía en toda la historia de la persona y que marcaba *quién era*. Kant hace suya la tradición teológica donde persona tiene un valor incondicional y absoluto, es fin en sí misma, es trascendente. Desde entonces hacer alusión a persona se entendía asociada a las cualidades de racionalidad y autonomía (libertad). Ese yo, ya hecho, tomó en consideración lo que estaba *dentro* del sujeto y no lo que estaba *fuera* de él, al igual que el Estado que se planteaba como modelo central y autorreferencial. Aquel yo, contrastado como *yo mismo*, reducía inequívocamente a la persona al principio lógico de identidad como igualdad. Por lo que la compleja palabra *identidad* se definió como una tautología que impedía la contradicción, para así denotar el autoblindaje de la conciencia individual para articular la subjetividad desde el terreno teórico (Falconí 2012, 73). Posteriormente y reformulando el principio de identidad G.W.F Hegel rubrica una subjetividad absoluta, donde ya no sólo el yo se define como un alma idéntica a sí misma sino que, de paso, el Otro pierde en el campo filosófico su cuerpo y es entendido solamente a partir de ese uno que lo materializa simbólicamente. Es decir la alteridad (en sustancia y en corporalidad) se desvanece en la unidad del sujeto filosófico. Es este proceso que el sujeto, el mismo que escribe en el pensar en Rousseau el contrato social, el sujeto autónomo, idéntico a sí mismo, acabado y racional se vuelve una institución, creando una base sin precedentes para la figura del sujeto (parte radical de la jerarquización y edificación del orden) (Falconí 2012, 74-75).

¹¹ Tomando en consideración y sin pretensión de profundizar en ello, es destacable cómo la introducción de los usos de *persona legitima* evidencia un giro en el significado de *persona*. La capacidad, sus formas de manifestarse y las personas forman una compleja jerarquía, donde la capacidad corresponde al concepto romano de *caput* (sinónimo de persona) se refiere al *status civilis*. *Status* que como ya sabemos se componía de tres aspectos (*status libertatis*, *status civitatis*, *status familias*). La pérdida de algunos de estos, implicaba una *capitis diminutio*, que no era otra cosa que la pérdida de ciertos derechos y facultades. Para profundizar en el tema ver Berger (1968).

El sistema jurídico otorga protección, capacita y disciplina a los cuerpos mediante concretas exigencias para alcanzar la categoría de persona, abstracción necesaria que legitima el orden. En medio de este proceso de personificación y asignaciones, no podemos obviar la presencia de un cuerpo que redirige y reajusta su materialidad hacia un modelo jurídico que deja fuera rasgos esenciales de su expresión identitaria, bien sexual o de género, al ser concebida como una realidad que se agota en sí misma y carente de variaciones. Para quienes se consideran transgéneros, ésta representa una cuota a la cual deberán renunciar a fin de gozar de la *seguridad jurídica*, de lo que representa ser sujeto de derecho, ser persona. Dichos cuerpos alcanzarán la funcionalidad esperada en la medida que cumplan la función de “cuerpo productivo y cuerpo sometido” (Foucault 2002, 18).

La negociación, cuerpo/sujeto de derecho (y la prescripción del nacimiento de la persona) no siempre se presenta de forma descarnada, sino que existen cada vez mecanismos jurídicos más encubiertos que nos hacen creer que existe un equilibrio entre los cuerpos y el abstracto del sujeto de derecho modélico que se pasea por el sistema jurídico, confirmándonos que la capacidad para intervenir como sujeto jurídico no deviene del propio cuerpo, sino más bien de “requisitos habilitantes que permitían el ejercicio relacional. Era el receptáculo que eventualmente se adhería a ciertos cuerpos y que definía quién podía actuar y quién no” (Falconí 2012, 41).

Ser reconocido sujeto de derecho o reconocida la capacidad para ejercitar determinados derechos se ha convertido para muchos, especialmente para aquellos que integran la comunidad transgénero, en eje fundamental de su proyecto de vida el cual se cobra un alto precio emocional, social y económico. La realidad multifactorial y sistémica donde nos adentramos, pone al descubierto el vacío y la naturaleza del discurso jurídico que intencionadamente guarda silencio y no provee respuestas, ni pone al alcance de individuos transgéneros los mecanismos necesarios para diseñar otras subjetividades, otro de tipo de cuerpos.

Ser o no ser sujeto de derecho plantea un sector de la doctrina, es una cuestión de política jurídica positiva y discutir cuáles son los argumentos que deben guiar al legislador para otorgar a alguien (o algo) el carácter de persona jurídica son cuestiones de filosofía política como de filosofía moral. En este sentido no es de extrañar que nos tropecemos dentro del discurso jurídico con un cuerpo normativo abundante en el diseño de relaciones jurídicas (obligaciones, facultades y derechos, objeto y efectos jurídicos de la relación), principalmente de contenido económico-político, pero que pasa de puntillas por la configuración del sujeto que interviene en ella, al que le plantean una taxativa lista de requisitos que ha de cumplir. Como hemos mencionado antes, la personificación no habla directamente de las capacidades humanas del individuo sino de la conducta de

un individuo que es contenido de la regulación jurídica, de cuánto tenemos o debemos hacer para encajar en el.

El proyecto de sujeto o persona en el derecho se instaura “a partir de consideraciones ideológicas y de dominación de poder sobre ciertos cuerpos. Se construye así, un sinsentido en la propia lógica jurídica: la ley que buscaba ser igual (pública, escrita y reiterativa) para todos se enfrenta a un modelo subjetivo que nunca propuso la igualdad, sino un meticuloso proceso de ordenación que se escribía desde y en el cuerpo” (Falconí 2012, 44-45). Desde esta idea de sujeto, vemos que también se desarrolla la noción de alteridad y se crea una división sobre los cuerpos, entre el yo y el *otro* diferente, de ahí nuestra intención y necesidad de articular argumentos que desde las ciencias jurídicas intenten reconciliar a quienes moran “fuera de la experiencia jurídica” (Tamayo y Salmoran 2005, 179), simplemente porque el irreflexivo binarismo jurídico les ha constituido en *el otro*.

A la articulación y construcción de ese *otro abyecto*, que viene a “significar aquellas zonas *invivibles, inhabitables* de la vida social que, sin embargo, están densamente pobladas por quienes no gozan de la jerarquía de los sujetos, pero cuya condición de vivir bajo el signo de lo *invivible* es necesaria para circunscribir la esfera de los sujetos” (Butler 2002, 19-20) le acompañan formas de diferenciación bien sexual, racial, social y personal que luego tendrían notables consecuencias en la ordenación y estructura socio-jurídica. Esta diferencia, como forma de constituir y organizar relaciones sistémicas a través de prácticas institucionales y discursos económicos, culturales y políticos (Brah 1996), se erige como razón suficiente para discriminar unos cuerpos sobre otros y al mismo tiempo validar la producción y regulación de determinadas categorías y posiciones de sujetos; siempre bajo “la hegemonía simbólica que obligará a rearticular radicalmente aquello que determina qué cuerpos importan, qué estilos de vida se consideran *vida*, qué vidas vale la pena proteger, qué vida vale la pena salvar, qué vidas merecen que se llore su pérdida” (Butler 2002, 39).

La diferenciación se convierte así en materia prima que tras la jerarquización de las relaciones, representa la alteridad como cuerpos que desde sus entrañas necesitan ser doblegados, sujetados y silenciados. Ser una persona transgénero, sufrir en primera persona los designios de un discurso lesivo a toda gesta que desde la corporalidad intenta tomar partido, fragua también la necesidad de encontrar respuestas más allá de los designios médicos, acrecienta la emergente gestión de la posición que ocupan nuestros cuerpos dentro del discurso jurídico, pero también en el discurso político y en las estructuras socioeconómicas, penitenciarias y deportivas. Es necesario hacer partícipes a las administraciones públicas de que reconocer el cuerpo que poseemos y nos define, condiciona lo que podemos hacer y ser, desde lograr una visibilidad y

representación situada y políticamente inclusiva, hasta el acceso cotidiano a baños, vestidores o cualquier otro servicio público, basándose en la identidad de género con la que se auto-identifican transexuales o transgéneros.

El cuerpo de *los otros* no ostenta *per se* derechos, éstos les vienen asignados en correlación directa con el cumplimiento de exigencias y acertadas renunciaciones, lo cual actúa a través de prácticas culturalmente acentuadas, como son: el monitoreo de nuestros cuerpos desde el nacimiento (sino antes) que nos direcciona a canales de género pre-existentes, la elección de un nombre que responda al correlato de género asignado, la reafirmación del sistema binario a través de los documentos de identificación emitidos por el Estado, la inserción en relaciones sociales marcadas por categorizaciones y expectativas de género, el sometimiento a intervenciones quirúrgicas a fin de reconocer al sujeto que lo solicita en una de las categorías reconocidas (Striker 2012, 13-16). El seguimiento pautado de este proceso de domesticación del cuerpo y sus expresiones otorgará al sujeto la autorización (decretando su inclusión/exclusión) para disfrutar por momentos del reconocimiento jurídico.

Éste y otros tantos argumentos del relato jurídico, son los que justifican los límites al ejercicio de derechos fundamentales a no nacionales, incapacitados jurídicamente o a quienes tienen una orientación sexual o una identidad/expresión de género no ajustada a lo prescrito por el sujeto modelo que defiende el discurso jurídico. La idea del cuerpo en el discurso jurídico tiene poco que decir *per se*, todo nos viene determinado y normado desde un carácter ontológico que de antemano nos fija un ideal normativo al que indefectiblemente debemos abrazarnos. La retórica del discurso para ordenar cada existencia individual pone al descubierto que “es por y en la escritura que la persona... que el sujeto es sujeto puesto que en la hipótesis normativa ciertos cuerpos no tenían el efecto subjetivo y por tanto no podían representar ni representarse” (Falconí 2012, 42).

El derrotero marcado por la descorporalización, codificación, subalternización y exclusión de las personas *trans*, muestra el tortuoso tránsito para ser sujeto de derecho. Nos encontramos ante unos individuos a quienes, mediante un proceso de negociación jurídico-personal, se les exige el cumplimiento de exigencias concretas para clasificarnos como hombres o mujeres (estrecho marco previsto jurídicamente), modificando aspectos concernientes a su identidad personal y de género, su corporalidad, su sexualidad, pero a quienes por partida doble se les expulsa de toda categoría jurídica subjetiva haciendo inviable participar del ejercicio pleno de derechos fundamentales, su corporalidad, expresión/identidad de género, su orientación sexual junto a otras categorías igualmente relevantes que les posiciona en la incardinación.

4. El avatar jurídico de las personas transgéneros

El orden jurídico funciona como el sistema de ordenación y poder que permite a los seres humanos “ejercer acciones sobre las cosas y sobre otras personas necesitando de un artefacto simbólico: el *sujeto*, ficción incorpórea que prescribía por escrito las acciones en el tiempo y en el espacio” (Falconí 2012, 42).

La articulación de prescripciones jurídicas nos reitera una y otra vez la dependencia que tenemos del discurso jurídico, sólo llegamos a ser considerados personas a través del derecho, sólo son relevantes nuestros cuerpos cuando ponen en funcionamiento el relato jurídico, de manera que necesitamos de la norma jurídica de modo indefectible. La relación sujeto/cuerpo/derecho va a determinar relevantes posiciones y experiencias a nivel personal, mientras que en el plano simbólico tiene lugar un resquebrajamiento del principio de igualdad ante la ley, que toma la diferencia (en buena parte en razón del género, la normativa sexual y la capacidad o no de contravenir el binario sistema de género) como fundamento para accionar la discriminación.

Al examinar la historia de vida de personas trans que han alcanzado el reconocimiento jurídico en el sexo/género que sienten como suyo, podemos caer en el error de olvidar el tiempo y los costes económicos, sociales, emocionales, que subyacen detrás de cada resolución, sentencia y certificado obtenido, que en todo momento vienen a cumplir formalidades del derecho positivo. El ejercicio de un derecho (sea o no relevante la condición sexual, identidad de género o sexo de la persona), quedará sellado con un cúmulo de actuaciones, gestiones y exigencias con un alto coste personal¹². Personas con una identidad sexogenérica u otras posiciones identitarias igualmente conflictivas para el binarismo jurídico y que no deciden claudicar, ni conformarse con el modelo jurídico de género, dedican gran parte de sus vidas intentando un reconocimiento como sujetos de derecho, al ser condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Entre ellos el acceso a una formación educativa y en un contexto no discriminatorio o condiciones socio-laborales dignas, contraer matrimonio, cobrar una pensión de viudedad o el ejercicio de una acción legal cuando considere que han sido vulnerados sus derechos. Es en estos momentos donde lo

¹² Ser una persona *trans* se convierte en objeto de vigilancia y control, al mismo tiempo son víctima de discriminación por diversos motivos y agresiones hasta llegar a la muerte. Según el proyecto iniciado en abril del 2009, *The Trans Murder Monitoring (TMM)*, encargado de monitorear de forma sistemática, recoger y analizar los informes de homicidios que sufren las personas trans alrededor del mundo, desde el primero de Enero del 2008 hasta el 31 de Octubre de 2013, han muerto un total de 1,374 en 60 países. Para una mayor información del estado actual de la transfobia a nivel mundial recomendamos consultar: <http://www.tgeu.org/node/53>

paradójico del derecho muestra un matiz agresivo: qué tipo de protección jurídica es posible, cuando el discurso jurídico se empeña en silenciar y desproveer a la comunidad *trans* de sus gestas existenciales.

El llegar tarde a un reconocimiento de la capacidad jurídica y la dignidad como ser humano condicionado por la *posesión* o no de un cuerpo aceptable para el derecho, o una identidad de género *in-coherente* con las categorías jurídicamente establecidas, muestra los efectos políticos excluyentes, las relaciones de poder y de dominación implicados a la hora de abordar la realidad transgénero. Sin embargo podríamos pensar que no queda otro margen para las personas *trans* que entregarse al estrecho orden de categorías: mujer/hombre o navegar fuera de los márgenes jurídicos. La opción de resistirse a comulgar con esas categorías, marca una posición de sujeto cada vez más sensible hacia aquellos actos que cotidianamente vienen a decir que este mundo no pertenece a *los otros*: los formularios y documentación que exigen identificarse en uno y otro sexo sin margen alguno para suscribirse a otra opción, el acceso segregado a baños, servicios públicos, centros penitenciarios y de salud o instituciones como el matrimonio, ineludiblemente refuerzan los estereotipos de género.

Las personas transgéneros e intersexuales se convierten en el subalterno jurídicamente hablando, el sujetado, el pseudo-sujeto que desde una acera ideológica, una geografía exotizada y sus avatares corporales intenta articular una voz que propone una cohesión subjetiva y situada de su experiencia. Abiertamente el discurso jurídico no duda en considerarles individuos que no se clasifican dentro de las categorías legalmente establecidas y consecuentemente representan un: *far-out theory*¹³, *no man' land*¹⁴, *novel*¹⁵, *lacking in substance*¹⁶, *some kind of sexual twilight zone*¹⁷.

La intención del derecho en ubicarles fuera del debate teórico y como sujetos cuya realidad escapa a taxativas prescripciones que el discurso médico-legal establece, encuentra cierto paralelismo con la figura del monstruo (*monstrousness*), que desde diversas disciplinas ha sido desarrollada por autores como Sigmund Freud, Leo Bersani, Jaques Derrida, Foucault¹⁸, aunque esta idea

¹³ Caso MT v JT at [210].

¹⁴ Caso MT v JT at [210].

¹⁵ Caso R v Harris and McGuinness at [194]).

¹⁶ Caso R v Harris and McGuinness at [170]).

¹⁷ Caso M v M at [347].

¹⁸ La noción del monstruo supone una existencia y forma que rompe con el civismo, pero también con la naturaleza, aparece como un fenómeno extremo, límite, punto de derrumbe de la ley, al mismo tiempo que de la salud y lo natural. La idea de monstruosidad revela o nos coloca en alerta de lo que es la "normalidad" y su historia, la cual viene marcada por un derecho que crea monstruos –sujetos abyectos– que permanecen constreñidos por la violencia ejercida desde el orden normativo (Derrida 1995). La primera de las figuras de lo que Foucault llamó el monstruo

ha sido reelaborada y desarrollada por el propio colectivo trans quienes se han visto representados y sentido como tal, autores como Judith Butler, Susan Stryker, Jennifer D. Reitz, Margie Mason y Andrew N. Sharpe entre otros muchos, han incorporado algunas premisas asociadas a las personas transgéneros dentro del discurso normativo¹⁹.

La noción de monstruo, apunta Vásquez Roca, es esencialmente una noción jurídica, en el sentido amplio del término al violar el pacto cívico, y también leyes de carácter natural; irrumpe como excepcional por su rareza, su carácter de curiosidad de feria, de manera que lo que hace que un ser humano sea un monstruo, no es solo la excepción que representa en relación a la forma de la especie, sino el problema que plantea a las regularidades jurídicas, su peculiaridad descansa en la combinación de lo *imposible* y lo *prohibido* (Vásquez Roca 2011). Considerar a las personas transgéneros como monstruos jurídicos, entes al margen de toda categoría y personificación jurídica, es el resultado de una ausencia intencionada o inacabada de categorías para designarles, sujetadas por el binarismo de matriz heterosexual que sostiene el propio discurso jurídico. De esta forma las personas que se identifican como transexuales o transgéneros quedan ubicadas en ese medio camino, donde las categorías hombre/mujer no dan cuenta de lo que son, sin embargo otras categorías vienen permeadas de fuertes cargas patológicas, de un sentido unívoco de lo que es el cuerpo y la experiencia *trans*, que genera distanciamientos irreconciliables.

Las personas transgéneros representan para el discurso jurídico la transgresión de los límites naturales y es precisamente su capacidad de transgredir o romper los márgenes del binarismo socio-jurídico lo que les inviste de monstruosidad y anormalidad. La idea de monstruosidad nunca podría encontrar reconocimiento dentro del orden normativo, pues precisamente este tipo de irregularidad justifica el cuestionamiento jurídico y es razón para mantenerles al margen. Las personas *trans* representan una provocación, a la vez que socavan algunos de los principios ordenadores del discurso jurídico vigente. De esta forma la transgresión queda marcada por dos incisiones:

- La capacidad de las personas *trans* desde su amplio abanico y formas de expresarse ante el derecho para mostrar que la identidad de género no es un

humano es el que trasgrede la ley. El monstruo humano representa una vieja noción cuyo marco de referencia es la ley, pero en sentido amplio puesto que no solo se trata de las leyes jurídicas, sino también de las leyes de la naturaleza, de manera que el campo de aparición del monstruo es así un *dominio jurídico biológico* Foucault (1996).

¹⁹ Recomendamos la lectura de: *Foucault's Monsters and the challenge of the law*, donde Andrew Sharpe (2010) realiza un interesante análisis de cómo la producción y circulación de las diferencias determina la representación y posición de algunos seres humanos dentro del discurso jurídico.

correlato del cuerpo sexuado, sino que hay tantos tránsitos posibles como cuerpos.

- Desvelar en segundo lugar la falta de interés del propio discurso jurídico por reconocer otras formas de corporizar la existencia humana al margen de las categorías hombre-mujer, de ahí que quienes defienden la posibilidad de transitar de una categoría a otra, o disfrutar múltiples expresiones y posiciones identitarias de género en el marco de un contexto sociohistórico, representen una franca amenaza a la seguridad y estabilidad de la que se hace eco el discurso jurídico y político. Representan la ruptura de la lógica: “a un sexo le corresponde de manera unívoca una identidad de género” y donde los pares: hombre/mujer, masculino/femenino no vienen a decir toda la verdad de la existencia humana²⁰.

En este proceso de normalización y ordenación del sistema jurídico desde la sobrevenida incapacidad de algunos sujetos que genera una desigualdad tanto de *iure* como de *facto*, es donde quienes no clasifican como sujetos de derecho o se les priva del ejercicio concreto de derechos deben gestionar qué aspectos de su corporalidad, capacidad e identidad deben modificar con el propósito de alcanzar una coherencia jurídica con el relato de los privilegios, coherencia que siempre devendrá en subjetividad incompleta e inacabada, para quienes el ser sobrepasa la ideología binaria sexogenérica. Resulta difícil bajo estos presupuestos encontrar otra forma de ser sujeto jurídico a menos que se renuncie a la identidad personal, corporal y situada. Tener que llevar a cabo un sinnúmero de transformaciones y cambios en el cuerpo, corregir ademanes y completar un

²⁰ Cuando en julio de 2004 entro en vigor la *Ley de Identidad de Género del Reino Unido (Gender Recognition Act, UK)*, aplaudimos el texto por las importantes ventajas que suponía para la comunidad trans al permitir el reconocimiento de la identidad de género sin necesidad de someterse a una intervención quirúrgica de reasignación sexual, sin embargo pasamos por alto algunos escollos que desde las entrañas del sistema jurídico seguían perpetuando el binarismo jurídico de género/género. En una primera revisión del texto, vemos cómo el legislador pone en manos de un Grupo Especial la facultad de estimar la solicitud del interesado si cumplía los siguientes requisitos: a) tiene o ha tenido disforia de género, b) ha vivido en el género adquirido a lo largo del período de dos años que terminan en la fecha en que se presente la solicitud, c) tiene la intención de seguir viviendo en el género adquirido hasta la muerte, entre otras exigencias. Del texto en líneas generales destacan consideraciones no tan favorables para la comunidad transgénero, como el hecho de continuar considerando y revisando la realidad transgénero desde el modelo de enfermedades mentales según el DSMM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), pero también destaca cómo el legislador inglés requiere de los interesados que ratifiquen mediante declaración jurada que permanecerán en el género reconocido hasta su muerte, con lo cual intenta asegurar la ubicación de los sujetos dentro de las categorías establecidas y no otra posición, de manera que el binarismo sexo/género continua siendo el eje encubierto desde el cual se erigen las relaciones jurídicas; prescribe así para las personas transgéneros que sólo existe una sola forma de ser jurídicamente: hombres/mujeres transgénero. Nuevamente vemos como la construcción del sujeto jurídico transgénero que tiene cabida en el derecho nace sólo cuando cumple un cúmulo de sobre-exigencias y desde enfoques médicos y moralistas aunque estos atenten contra su propia dignidad. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>

pautado código de género para adentrarse en el mundo del derecho, consecuentemente en el mundo donde se existe como sujeto de derecho, continúa siendo uno de los grandes desafíos de las personas transgéneros²¹.

Cada encuentro entre los cuerpos (*sujeto modélico vs. el otro*) supone un acto mediante el cual se acciona la biomecánica del poder llamada a disciplinar la subjetividad del *otro*, pues el discurso sienta una máxima desde la diferencia, sexual y corporal, que funciona como forma de control y ordenación de la realidad. *Los otros*, abocados a una continua búsqueda de ese sujeto modelo, pierden su propia noción, pues “se llena de significado un significante vacío, haciendo que el sujeto... quede subalternizado, que no tenga opción de siquiera tener la posibilidad de representarse en el sistema semiótico” (Falconí 2012, 96). El orden discursivo presenta así su cara más hostil, Foucault habla de defectos sin ilegalidad, es decir, esos rasgos y acciones corporales que crean patologías y biotipologías anormales que rompen la norma, borrando así toda posibilidad de que ciertos cuerpos llegaran a tener estatus subjetivo²².

Las personas transgéneros, cuentan entre *los otros* (esos cuerpos abyectos y fragmentados) no clasificados como sujetos jurídicos, *los otros* a quienes la condición de ser humano no le es suficiente para clasificar como sujeto de derecho (desde sus posiciones forzadas), no encuentran ni contemplan dentro del discurso posibilidad alguna para alcanzar una representación. La subsunción jurídica, acto calificado mediante el cual determinados acontecimientos clasifican como jurídicos y consecuentemente se activa el sistema jurídico para otorgarle efectos a dicho acto (Falconí 2012, 97-98), se desarrolla generalmente desde el silencio: la no autorización para contraer matrimonio, el derecho a no ser reconocido en el sexo o género que sienten como suyo, la prohibición de acceder a un sistema de garantías sin que previamente medie un dictamen clínico que

²¹ La mayoría de las jurisdicciones que de alguna manera reconocen la identidad trans,(o una de las tantas formas de identificarse una persona trans como puede ser la transexualidad) les exige someterse a algún tipo de interrupción quirúrgica o proceso de reafirmación, prescripción médica u otros requisitos legales. Las personas transgéneros una vez cumplidas las exigencias jurídicas para el reconocimiento jurídico, se encuentran que aún continúan ocupando una posición distanciada de los cuerpos legítimos, es decir, se modifican los efectos jurídicos de la transgresión, y sin embargo no los borra por completo, no les remite directamente al sistema sancionador de la ley, pero tampoco la suspende, más bien se generan otros efectos y entran en juego instituciones y categorías prescritas por el discurso médico.

²² En la genealogía de lo anormal va a hacer su aparición la figura del individuo al cual es imposible darle un sentido médico o un estatuto jurídico, de manera que “... se trata de rastrear la serie de lo que podría llamarse faltas sin infracción o defectos sin ilegalidad. En otras palabras, mostrar cómo el individuo se parecía ya a su crimen antes de haberlo cometido...”, así refiere Foucault a aquellos que practican la sodomía (Foucault 2007,32). Reafirma así como los discursos, especialmente el médico-jurídico, desarrollan un proceso de domesticación del cuerpo y del comportamiento de manera que se genera la idea de “un cuerpo sospechosamente sospechoso, que potencializa el delito en su propia carne” (Falconí 2012, 112).

certifique una disforia de género, la ausencia de acciones legales en caso de discriminación por razón del género, la ausencia de condiciones educativas/laborales adecuadas para el acoso por no ajustarse a estereotipos de género. La estrategia de silenciar la realidad transgénero, dificulta la conformación jurídica subjetiva así como el ejercicio de derechos.

5. Reivindicaciones posibles

El compromiso como activista nos conmina a un análisis crítico reflexivo desde una perspectiva sensible con la realidad trans, donde no se rehúye el cuestionamiento incisivo de categorías jurídicas. Interpelar las premisas desde donde se construye la idea del sujeto de derecho, su naturaleza, cuánto tiene que decirle el cuerpo a esa idea de sujeto, qué tipo de relación se establece entre los cuerpos y los avatares del poder o cuáles son las estrategias de silencio dentro del discurso jurídico para aquellos individuos que no se clasifican por derecho propio dentro de las categorías jurídicas, forman parte del ejercicio que nos ha llevado hasta aquí.

La ausencia de categorías jurídicas y el uso frecuente de otras que no dan cuenta de la identidad y experiencias contextualmente situadas de las personas transgéneros plantea un importante límite para la actuación y el desarrollo de estrategias con incidencias en el discurso político-jurídico. Reconsiderar los términos con los cuales las personas trans se presentan a las autoridades médicas y legales, a través de las cuales son interpretadas, supone una oportunidad para incorporar matices cargados de una realidad que nunca ha destacado por la linealidad y coherencia que los discursos medico-jurídicos han querido imprimirle. No poder asirse de aquellas categorías con las cuales las personas trans se auto-identifican supone un escollo para el ejercicio y consecución de acciones reivindicativas y mecanismos de interlocución adecuados con el Estado para poder hacer llegar sus demandas

La existencia en algunas legislaciones de procedimientos para cambiar el nombre y sexo de individuos, no debe lanzarnos al error de considerar que el trabajo ha quedado realizado. En un cauteloso examen del sujeto jurídico transexual o transgénero propuesto legalmente, destaca la sujeción al cumplimiento de taxativas exigencias: cirugía de reasignación, informe clínico, la declaración de permanecer en el sexo asignado de forma irreversible, en otros casos la esterilización o la pérdida de derechos bien socioeconómicos o civiles, como es la anulación del matrimonio o pérdida de patria potestad o custodia de hijos. La realidad del colectivo transgénero escapa a esta categorización universal de la persona transexual, pues no todos responden a una misma historia de vida,

no todos están disconformes con su cuerpo, consiguientemente la existencia de una sola forma de ser sujeto trans que se construye desde un enfoque patológico deja fuera del discurso jurídico a quienes no están dispuestos a negociar.

Las personas transgéneros se ven obligadas antes de ejercitar cualquier derecho concreto, a atender un problema más acuciante y básico como es el reconocimiento de la personificación jurídica; es decir, deben dilucidar si cuentan con la cualificación suficiente para participar en el tráfico jurídico, si su condición de persona trans no supone un impedimento de primer orden. La materialidad de derechos reconocidos a personas transgéneros transita por una revisión, examen y exposición de la condición personal asociada a su identidad y/o expresión de género, aunque para dicho trámite jurídico dicha condición sea completamente indiferente. Ser una persona transgénero, determina en todo momento qué tipo de relación es posible y qué aspectos de la identidad sexo-genérica se han de recurrir.

Desarrollar una perspectiva jurídica sensible con la realidad trans demanda una disposición abierta a las expresiones y experiencias identitarias marcadas por los contextos geopolíticos y culturalmente situados. Múltiples son los estadios por los que transitan las identidades *trans*, variadas también son las experiencias en ese camino, creándose la emergente necesidad de desmarcarse de los cánones normativos que aunque se presentan unívocos, estables y ontológicos, son también un complejo sistema de entidades que cambian, al mismo tiempo que un espacio donde surgen obligaciones, derechos y facultades (*ex lege, ex contractu*), que diariamente van modificándose.

El discurso jurídico debe mantener similar criterio reflexivo hacia aquellos individuos cuya identidad/corporalidad no se encuentra en sí misma acabada ni en reposo, y por lo tanto las categorías establecidas legalmente no dan cuenta de todo lo que son o desean ser. De ahí que corresponde a ese derecho (también cambiante) dar cuenta de esas variaciones, que vienen representadas en individuos que desean ser reconocidos como sujetos de derecho sin necesidad de mutilar sus cuerpos (exigencia legal), ni recurrir a la invención de otras experiencias de vida.

El discurso jurídico se presenta como el espacio idóneo donde el sujeto jurídico como atribución incorpórea, irónicamente aterriza en el cuerpo biológico para disciplinarlo. Sin embargo, se hace necesario concebir un sujeto del derecho cuyas premisas no queden articuladas desde el privilegio, ni desde una ciudadanía fragmentada y abusivamente diseñada bajo los códigos del sistema binario de género, o una heterosexualidad obligatoria y una permanente patologización de las identidades y cuerpos por representar una amenaza a las categorías legitimadas socio-jurídicamente. Concebir perspectivas desde el

respeto y la no patologización, es la génesis y parte del acierto de aquellas aproximaciones críticas que procuran el diseño de un discurso jurídico más inclusivo y menos lesivo, donde se recreen espacios para individuos transgéneros, pues desde ellas será imposible reproducir categorías, clasificaciones y teorizaciones homogéneas sobre realidades y experiencias que participan de signos variopintos según las realidades socio-personales.

Dicho lo cual, estamos ante la eminente y emergente necesidad de proponer la apertura de un diálogo con un sujeto del derecho que acciona el sistema jurídico, que utiliza los cuerpos como uno de los elementos que crea unicidad en la configuración de la persona jurídica, en su infatigable afán de ordenar y disciplinar al cuerpo, pero que a su vez no se atrincheró detrás de una categoría de sujeto de derecho marcado por el binarismo sexogenérico, cual si ella diera cuenta de toda manifestación identitaria. La propuesta de un sujeto de derecho inclusivo y sensible a experiencias y vivencias que vienen condicionadas por variables como género, sexo, edad, religión, nacionalidad, pero y también la libre expresión de la identidad de género y la orientación sexual, constituye una permanente puerta de acceso hacia una convivencia y el desarrollo de relaciones jurídicas humanizadas.

Abrir un debate crítico-reflexivo sobre múltiples formas de relaciones y espacios jurídicos legítimos e inclusivos, donde la diversidad no cuente como razón de jerarquización discriminatoria, ayudará al desarrollo y coexistencia de narrativas o discursos, desde la cual los sujetos no sólo puedan identificarse desde su identidad, sino aceptar desde la normalidad las ingentes posibilidades indentitarias que toman en cuenta necesidades, aspiraciones, sueños, deseos, pero que no olvidan la experiencia personal contextualmente situada. La conjunción de discursos y propuestas participativas que socavan los cánones jurídicamente enraizados, la posibilidad de considerar a las personas transgéneros como sujetos de derechos plenos sin someterse a procedimientos y tratamientos hormonales y quirúrgicos como exigencias obligatorias, la no consideración de la transexualidad como una enfermedad mental, el uso o no de categorías sexuales y de género en los documentos de identificación representan algunas de las reivindicaciones posibles desde nuestra aproximación.

Bibliografía

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA [APA] (1994), *Manual estadístico y diagnóstico de los trastornos mentales*, DSM IV. Washington DC: Autor.

BENHABIB, S., CORNELLA, D. (1990), *Teoría Feminista y Teoría Crítica*. Valencia: Alfons el Magnánim.

BERGER, A. (1968), *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society.

BENTO, A. (2009), A diferença que faz a diferença: corpo e subjetividade na transexualidade, *Bagoas*, 4, pp. 95-112.

BRAH, A. (1996), *Cartografies of diaspora: contesting identities*. Londres/ Nueva York: Routledge.

BOURDIEU, P. (1997), *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.

DERRIDA, J. (1995), "Passages - From Traumatism to Promise", en *Points... Interviews, 1974-1994*, WEBER, E. (ed.). Stanford, CA: Stanford University Press.

FALCONÍ TRAVES, D. (2013), *Las entrañas del sujeto jurídico*. Quito: Ceballos editora.

FOUCAULT, M. (1976), *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: S XXI.

– (1996), *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires: Editorial Altamira.

– (2006), *Los Anormales. Texto del Informe del curso de 1974-1975 dictado por Michel Foucault en el College de France*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

HARAWAY, D. J. (1991), *Simians, Cyborgs and Women. The Reinvention of Nature*. New York: Routledge.

KELSEN, H. (1961). *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell.

KNIGHT, K. (2012), "Nepal's Third Gender and the Recognition of Gender Identity", *Huffington Post*. Disponible en http://www.huffingtonpost.com/kyle-knight/nepal-third-gender_b_1447982.html

MARTINEZ GUZMÁN, A., MONTENEGRO MARTINEZ, M. (2010), "El desafío trans: consideraciones para un abordaje situado de las identidades de sexo/género", *Sociedad y Equidad: Revista de Humanidades, Ciencias Sociales, Artes y Comunicaciones*, núm.2, pp. 3-22.

MISSÉ, M., COLL PLANAS, G. (2010), "La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas", *Norte de salud mental. Vol III*, núm. 38, pp. 44-55.

SPIVACK, G. (2010), *Crítica de la razón poscolonial. Hacia una crítica del presente evanescente*. Madrid: Akal.

SHARPE, A. (2006), *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*. London: Cavendish Publishing,

– (2007) “A Critique of the Gender Recognition Act 2004”, *Journal of Bioethical Inquiry*, Volume 4, Issue 1, pp 33-42

– (2010) *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*. Routledge.

SCHMILL, U. (Octubre 2004) algunas influencias de Hermann Cohen en Hans Kelsen. *Insomnia* No 21. Instituto Tecnológico Autónomo de México.

TAMAYO y SALMORÁN, R. (2003). *Elementos para una Teoría General del Derecho*, México: Themis.

WHITTLE, S. (1997), “Legislating for Transsexual Rights: A Prescriptive Form”, en BULLOUGH, B., BULLOUGH, V.L., ELIAS, J. (eds.), *Gender Blending*. Amherst: Prometheus Books, pp. 430- 446

– (2000), “Where Did We Go Wrong? Feminism and Trans Theory – Two Teams on the Same Side?”, *Journal of Gender Studies*.

– (2002), *Respect and Equality: Transsexual and Transgender Rights*. London: Cavendish Publishing.

WHITTLE S., STRYKER S. (2006), *The Transgender Studies Reader*. Routledge: New York.

VÁSQUEZ ROCA, A. (2007), “Foucault; 'Los Anormales', una genealogía de lo monstruoso”, (Curso de Postgrado dictado el 1º Semestre de 2007, en el marco del Magister en etnopsicología y diploma en psicología clínica "psicopatología, subjetividad y cultura" de la Escuela de Psicología PUCV), Versión resumida en *Homines, Revista de Arte y Cultura*. Disponible en http://www.homines.com/palabras/foucault_anormales/index.htm.

LA SEGURIDAD, ESA GRAN DESCONOCIDA

Daniel Jiménez Franco

Universidad de Zaragoza

djf@unizar.es

“Cuando manejamos la idea de que la criminología y la justicia criminal son disciplinas bienintencionadas, participamos en recrear –y legitimar– un mito histórico sobre la justicia escrito por los historiadores de la criminología y el sistema penal. Ese mito invierte la realidad, hace aparecer a la justicia como su contrario –la creación y la práctica de un sistema injusto de castigo; la ideología y el discurso en criminología hacen que el sistema parezca justo. Una vez se produce esta inversión de la historia, la realidad queda oculta” (Lynch 2000, 151).

1. Seguridad, in-seguridad, seguridad-es

“España registra la tasa de criminalidad más baja desde el año 2003, según un informe del Ministerio del Interior, cuyos dirigentes no ocultan su indisimulada satisfacción por este hecho. Teniendo en cuenta el número de habitantes y otros parámetros, España sufre menos delincuencia que Suecia, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Luxemburgo, Holanda, Austria, Reino Unido, Francia e Italia. Sólo Portugal y Grecia están mejor en este aspecto. Al comenzar la gran crisis económica, la policía presagió que habría un aumento de los delitos, sobre todo los robos y atracos, pero tales temores se han demostrado infundados. La familia ha actuado como colchón de apoyo de cientos de miles de parados y eso ha evitado que estas personas hayan caído en la delincuencia, según un experto policial”.

“Las infracciones penales –delitos y faltas– registradas en toda España en 2013 fueron 2.172.133, lo que supone un descenso del 4,3% respecto al año anterior y dejó la tasa de criminalidad en 46,1 delitos por cada 1.000 habitantes, el índice más bajo de los últimos 12 años. Esos datos incluían por primera vez todos los hechos conocidos por el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil, la Ertzaintza, los Mossos d'Esquadra, la Policía Foral de Navarra y 71 cuerpos de Policía Local”.

“El ministro del Interior, Jorge Fernández, tras presentar en enero pasado los datos referidos a 2013, se enorgulleció de que España es *uno de los países más*

seguros de Europa y, además, de que es crecientemente seguro” (El País, 19.07.2014).

Los datos recién publicados vuelven a confirmar la tendencia mostrada durante años, aunque los mismos interlocutores han intercambiado posturas a medida que cada legislatura le colocaba en el gobierno o en la oposición. Con la “lucha contra la delincuencia” en el centro, tanto en los años de “la prosperidad económica” como en la posterior “recesión”, la propaganda punitiva contra el estereotipo expiatorio del *otro* se difundía con la misma facilidad. Ambos argumentarios, aunque aparentemente contrarios, funcionaron con el mismo éxito para justificar la misma estrategia: derivar la doble carga –económica y punitiva– de la inseguridad social producida sobre ese sector de población que se movía entre la sobreexplotación y la excedencia. De ahí que la clave no haya de buscarse en la variable delincuencia sino “en la variable control social” (González Sánchez 2011, 8) y que la última fuera conformándose a medida que el neoliberalismo se consolidaba como régimen de gobierno.

Hoy, el mismo partido que prometió *barrer a los pequeños delincuentes*¹ y proclamó que *la riqueza atrae a la delincuencia*² exalta ahora su idea de seguridad como una suerte de activo de la *marca España*. Según el Ministerio, tanto los datos objetivos como las encuestas de opinión sobre la seguridad ciudadana atestiguan que España es “un país seguro”. Pero ¿estamos seguros de que esa es la idea de seguridad a considerar? ¿Estamos seguros de que, sobre todo desde 2010³, estamos *más seguros*?

Un marco estructural de la acumulación, un marco político de la desigualdad y un marco jurídico de la explotación hicieron del postfordismo el régimen exclusógeno por excelencia. Como resultado de un vuelco civilizatorio que *postmoderniza* el hábitat cultural e ideológico de dicho proceso, el concepto

¹ “Vamos a barrer de las calles españolas a los pequeños delincuentes que amargan la vida a los ciudadanos” –J.M. Aznar, entonces presidente del gobierno, en El País (9.09.2002).

² “*Pregunta*: Usted dice que a más bonanza económica, más delincuencia. ¿Esa es una ecuación lógica? *Respuesta*: Sí, el crecimiento económico genera que haya quienes vayan a esos lugares a cometer delitos para vivir de los demás (...) La riqueza atrae a la delincuencia, ocurre en todas partes” –J.M. Michavila, entonces ministro de Justicia, en El País (24.11.2003).

³ En mayo de 2010, una vez se hace patente el desequilibrio inducido del triángulo *cuentas públicas/sistema financiero/empresas* (con el estallido de la burbuja inmobiliaria como epicentro), el presidente del gobierno (R. Zapatero) anuncia el comienzo de las *políticas de ajuste* con nueve medidas de ahorro por valor de 15.000 millones de euros. El 10 de mayo, el Consejo de Asuntos Financieros y Económicos de la UE (ECOFIN) anuncia la presentación de los planes de ajuste de España y Portugal (18 de mayo) según las instrucciones del FMI. El 12 de mayo, el gobierno español anticipa algunas de las medidas incluidas en dicho plan. A finales de 1975, las cárceles españolas *guardaban* a 8.440 personas presas. Treinta y cinco años después, ese número se había multiplicado por nueve para tocar techo precisamente en mayo de 2010 –casi 77.000. Desde entonces y sin que el número de condenas se haya reducido, la evolución de la población penitenciaria ha mantenido una tendencia decreciente –65.756 en septiembre de 2014.

(sub)desarrollo –social– constituye una clave conceptual de primer orden. Enfrente, el abuso de la noción de *crecimiento* –económico– oculta el hecho de que cada aumento en la tasa de acumulación de capital o la concentración de renta y riqueza pasa por desposeer y empobrecer a un sector de población más amplio. En tanto que subproductos de esa misma dinámica, la exclusión social y la expulsión económica dan cuenta de unas políticas públicas que abandonan la seguridad vital del sector más amplio a favor de la *seguridad jurídica* del sector minoritario –que abandonan el objetivo prioritario de la seguridad social y enfatizar la supuesta necesidad de más “seguridad ciudadana”. Así se instala esa obscena asimetría entre –primero– la facilidad con que los gobiernos de tantos regímenes democráticos abandonan sus obligaciones constitucionales o ignoran sistemáticamente las normas que ellos mismo suscribieron o promulgaron y –segundo– la creciente obsesión de eficacia con que se ha plantado cara los delitos de menor escala y mayor repercusión, presentados como principal amenaza a la *seguridad ciudadana*.

Resulta fascinante cómo el concepto de *seguridad* ha podido experimentar semejante vuelco desde su inserción garantista en el estado social a su encaje represivo en un estado penal que produce inseguridad social y gobierna utilizando el Derecho contra los derechos. Poco importa que ni los índices de criminalidad ni las tendencias en materia penal-penitenciaria invaliden empíricamente las premisas de la vulgata securitaria. Los estudios de Wacquant (2000, 2009, 2012)⁴ han mostrado con acierto cómo “la policía, los tribunales y la prisión no son simples implementos técnicos por medio de los cuales las autoridades responden al delito –tal cual lo presenta la concepción de sentido común consagrada por el derecho y la criminología–, sino capacidades políticas fundamentales por cuyo conducto el Leviatán produce y administra a la vez la desigualdad, la marginalidad y la identidad... así como da a significar la soberanía” (Wacquant 2012, 227). Si el significante *seguridad* no puede dotarse de significado sin identificar su contrario –la fuente de inseguridad–, el *lugar* del riesgo tampoco puede desplazarse –de la justicia social al supuesto combate contra la delincuencia– sin pervertir su significado. Así... de la *seguridad social* como garantía de las condiciones de vida a *seguridad ciudadana* como reducción de la percepción del riesgo de victimización⁵. De la seguridad social como centro de la responsabilidad gubernamental a la seguridad ciudadana como condición

⁴ Dos referencias imprescindibles: *Las cárceles de la miseria* (2000) y *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social* (2009).

⁵ Y hoy, como forma de reprimir las expresiones de descontento bajo pretexto de garantizar la “tranquilidad ciudadana” –expresión gaseosa donde las haya, repetida hasta 9 veces en el texto del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana– Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25.06.2014, Serie A [Proyectos de Ley], Núm. 105-1.

necesaria para el impulso político de una creciente pero *pacificada* inseguridad social.

En el transcurso de la revolución neoliberal, el trato desigual dispensado a los infractores según su estatus es síntoma de la erosión de los dispositivos institucionales supuestamente dedicados a la optimización de ese *orden democrático* regulador de la vida. La mera distinción pseudocientífica entre *lo social* y *lo penal* justifica una *re-problematización* política de la seguridad (Vila 2014, 633) en un régimen productor de inseguridad, gestor del desorden y administrador de daño social. Con Garland (2001, 101), no está de más recordar que “mientras las sociedades de libre mercado tienden a hacer responsables a los individuos por las pérdidas y daños y permiten que el riesgo sea soportado allí donde emerge⁶, las culturas más solidarias pueden consentir que las pérdidas sean absorbidas por el grupo y pueden sostener normas de responsabilidad colectiva”. Lo cierto es que el populismo punitivo ha operado sobre –y contra– las poblaciones-audiencia del viejo capitalismo con una eficacia innegable, aunque la seguridad –social– garantizada a los miembros de esas poblaciones no tenga nada que ver con la seguridad –jurídica– garantizada a las corporaciones por un estado encargado de *facilitar el “correcto funcionamiento” de la economía de mercado*.

La razón de estado se consolida así como un subproducto funcional a la razón de mercado. El mercado propone/impone lo que el estado dispone. En el marco de ese paradójico desorden, con la falacia del *correcto funcionamiento* como dogma de fe, se abre un nuevo espectro de posibilidades y necesidades para seguir gobernando a través del miedo al delito –como factor invisibilizador de ciertas incertidumbres extrañas a los actos más perseguidos y como promotor de rutinas preventivistas “muy presentes en las criminologías normalizadas contemporáneas” (Vila 2012, 225). Dicho de otro modo: para mantener, reforzar o redefinir esa “relación funcional de desconexión y desconfianza entre poblaciones en función de la división y la subjetivación diferencial entre honestos y temibles” (Vila 2012, 226)⁷.

El enfoque crítico recién expuesto no es, ni mucho menos, el dominante en la opinión publicada, en las lógicas gubernamentales o en los imaginarios colectivos. El significante *seguridad* ha servido como pretexto en cada coyuntura y en su contraria, a un argumento y a su contrario, para una opción electoral y

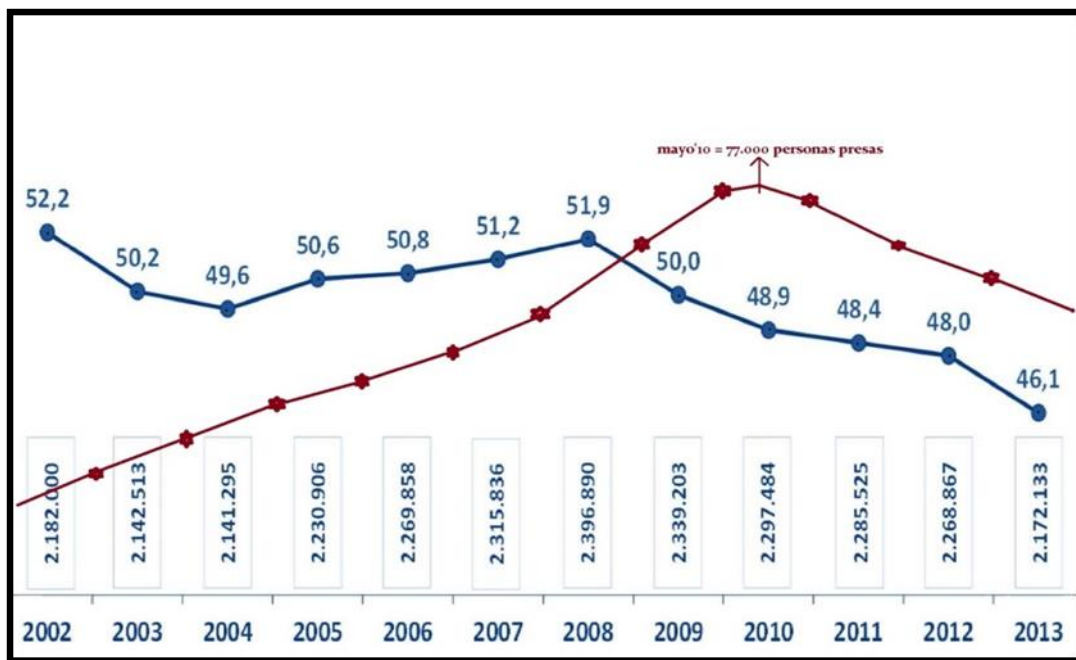
⁶ En efecto, dado que allí donde emerge tiene poco que ver con allí donde se crea ese riesgo. Mientras una generación de “daño social” (Hillyard y Tombs, 2004) nunca vinculada al miedo al delito exporta sus efectos al ámbito de lo social, el estereotipo del delincuente “se percibe como un individuo racional que ha decidido libremente actuar de forma ventajista en la convivencia social” (Díez Ripollés, 2005, 18).

⁷ Añade D. Vila que la extensión de ciertos procesos de formalización y comunicación en torno al riesgo asociado al delito nos permiten “delimitar el miedo al delito como un nuevo objeto de gobierno a través de la delimitación del sujeto pasivo de este temor” (2012, 312).

para su contraria... pero su efecto ha sido el mismo a lo largo de la *joven pero madura* democracia española: reforzar los dispositivos penales, endurecer la legislación y alimentar una cultura punitiva global que expande las lógicas represivas y correccionalistas hacia ámbitos antes ajenos a la gestión penal de los conflictos.

Preguntémosnos, pues: ¿qué es un país seguro? ¿Cuándo es más seguro un país? Hace décadas que la noción penológica o criminológica de seguridad se convirtió en lugar común por antonomasia para la gestión de legitimidades políticas y disputas electorales, un síntoma claro de la retirada post-política de los derechos fundamentales como pivote –aunque solo fuese en el plano retórico– del tan aclamado *estado de derecho*.

Por todo lo dicho y contra todo pronóstico, el discurso del Ministerio de Interior a propósito del último informe anual sobre delitos registrados –*Balace de la criminalidad 2013*⁸– puede ayudarnos a *desideologizar* los términos de ese debate para limpiarlo de dobles sentidos y ambigüedades útiles. Lo haremos apoyándonos en el siguiente gráfico, que incluye la evolución de las tasas de infracciones penales –azul– y encarcelamientos –rojo– en el Estado español entre 2002 y 2013.



Fuentes: Ministerio del Interior (2014) y Jiménez Franco (2013)

⁸ <http://www.interior.gob.es/documents/10180/>

2. ¿Todo es relativo? El mantra de la transparencia y sus realidades paralelas

Si los delitos registrados han mantenido una tendencia general a la baja desde 2002 –más aun desde 2010 “pese a la crisis” (Rodríguez y Larrauri 2012, 10)–, tampoco ha crecido el registro de delitos violentos y contra la propiedad. Insisto: con y sin crisis, aumente o disminuya la población encarcelada, los delitos registrados han seguido menguando con sola excepción –que crece escandalosamente: el lavado de dinero (Rodríguez y Larrauri 2012, 11) y, por extensión, ese grupo de delitos cuya comisión solo está al alcance de una élite política y económica⁹. La pérdida provocada entre 2009 y 2013 por los 17 casos más graves de corrupción representa más del doble lo detraído por las medidas de austeridad aplicadas en ese mismo período (Asens 2013, 1). “Bruselas cifra en 120.000 millones de euros el coste de la corrupción en Europa [...] un estudio realizado por la Universidad de Las Palmas cifra en 40.000 millones de euros el coste social de la corrupción en España” (Mayo 2014, 2).

La clasificación publicada por el Ministerio refleja claramente la noción de *delito* –y, con ella, las de *delincuencia* y *delincuente*– impuesta por la criminología y extendida a todo ámbito. Esta es la *tipología* considerada en el informe: *homicidios dolosos y asesinatos consumados, violencia contra la mujer, delitos contra la vida, integridad y libertad de las personas, robos con violencia e intimidación, faltas de hurto, robos con fuerza en viviendas, sustracciones en explotaciones agrícolas y ganaderas...* Nada que decir acerca del grupo de delitos registrados que ha crecido a ritmo más acelerado durante los últimos años: el relacionado con escándalos de corrupción y grandes delitos económicos, tradicionalmente apartados de ese producto mediático llamado *alarma social* porque son cometidos por *no delincuentes* (García-Borés y Pujol 1994). Y aun más preocupante es el hecho de que, según los datos del Eurobarómetro reproducidos en el *Balance 2013*, la audiencia ciudadana se muestra totalmente de acuerdo con esa idea: solo finlandeses y portugueses dan menos peso que los españoles a la

⁹ Algunos casos especialmente graves (de una lista en permanente aumento): Malaya, Pujol, Bárcenas, Gürtel, Palma Arena, Fabra, Hacienda, Marea, EREs, Palau, ITV, Emarsa, Pallerols, Mercurio, Campeón, Pitiusa, Dívar, Cooperación, Alcorcón, Amy Martin, Blesa, Rato, Bankia, CAM, Caixa Catalunya, Caixa Penedés, Banco de Valencia, Banca Cívica, Caja Madrid, Caja Navarra, Novagalicia, Caja Castilla La Mancha, Constructoras, Eléctricas, Privatización de la Sanidad, Nóos, Aizoon, Amnistía Fiscal, Emperador, Pokemon, Conde Roa, Baltar, Clotilde, Pretoria, Brugal, Unió Mallorquina, Voltor, Andratx, Minutas, Umbra, Estepona, Poniente... habitualmente resueltos sin consecuencias para los responsables, con medios insuficientes, mediante prescripciones benévolas, flagrantes tratos de favor o recurriendo al indulto. Un archivo de 531 noticias sobre corrupción recopiladas entre septiembre de 2010 y octubre de 2013 puede encontrarse en *Expansión* [<http://cgi.expansion.com/>], medio cuya línea editorial no puede tacharse precisamente de antisistema y cuyo accionista mayoritario es Unidad Editorial SL.

categoría inseguridad/delincuencia entre los problemas más importantes de su país, aunque luego la pregunta *¿cuáles son los tres principales problemas que existen actualmente en España?* recoge la categoría *corrupción/fraude* en segundo lugar [37,6%], detrás del paro [77%]¹⁰.

Con todo, ni la percepción social del delito es un factor determinante *per se* en la expansión del derecho penal español ni las políticas penales responden a ninguna *demanda social*. Más bien se trata de una espiral mediática (Tamarit 2007, 4) que moviliza la opinión pública a golpe de *opinión publicada*, en una gestión del pánico moral tiene más bien poco de democrática: el *populismo punitivo* es a la cultura de la *seguridad* lo que la falacia del *rebalse*¹¹ a la redistribución inversa de recursos y derechos. A su vez, la desvaloración –por *utópica*– de toda propuesta para interrumpir radicalmente una dinámica punitiva en expansión es un pilar de la producción de *realidad* –y, con ella, de *demanda social*– por la opinión publicada. La posibilidad de *poner en común un sentido común* sigue secuestrada por la explotación de la *peligrosidad* y las ilusiones de eficiencia securitaria. Ese movilizador *ultrapolítico*¹² llamado *lógica del enemigo* es su principal recurso.

El vínculo entre la producción de alarma social y la satisfacción de una supuesta demanda social no es patrimonio exclusivo del neoliberalismo español, ni mucho menos, pero sí experimenta aquí un particular refuerzo ideológico. La producción primaria de demanda social no tiene lugar en *lo social* sino en los centros de producción de saber-poder –*think tanks*– adscritos al gobierno desde la economía –la soberanía corporativa– y a su gestión institucional –la administración. Ante el desmantelamiento del sistema de derechos y garantías sociales, la pérdida de seguridad existencial es compensada por el *discurso de la seguridad* de igual forma que las risas enlatadas en televisión *sustituyen* la pasividad del espectador en el sofá (Žižek 2003). Esa sustitución no refleja tanto la respuesta política a una demanda social emergente como un cambio de

¹⁰ Ahora bien, los motivos para relativizar el empleo de tales datos como muestras irrefutables de una tesis –o de su contraria– suelen ser abundantes. Dos ejemplos: de una parte, que las respuestas *desahucios* y *vivienda* arrojen un exiguo 0,9 y 1,2% respectivamente puede deberse en gran parte al método de la encuesta y la muestra elegida para su realización –en la que las víctimas de desahucios o las personas sin hogar se encuentren altamente infrarrepresentadas; por otro lado, si sumamos a *corrupción/fraude* los –demasiado genéricos– epígrafes *economía* y *política*, la suma de las tres categorías arroja un 93,5%.

¹¹ Según el cual una acumulación suficiente de riqueza se acaba *filtrando* hacia las capas sociales inferiores. “Se está saliendo de la crisis. No son opiniones, son hechos constatables en cifras (...) ya está llegando la recuperación. Es como una marea: va subiendo, va subiendo y alcanzará en año y medio a todo el país” (C. Montoro, ministro de Hacienda, en Cadena Ser, 8.10.2013).

¹² “La *ultra-política* es el intento de despolitizar el conflicto extremándolo mediante la militarización directa de la política, es decir, reformulando la política como una guerra entre *nosotros* y *ellos*, nuestro Enemigo” (Žižek 2009, 29).

discurso que redefine los problemas sociales: de la provisión de seguridad para todos, en sentido amplio, a la lucha contra la inseguridad de algunos. En España, las políticas sociales de *baja intensidad* y un discurso ambiguo –a menudo simplemente falso– sobre el estado del bienestar abren el camino a una política criminal que usa el derecho penal “para ofrecer soluciones a distintas tensiones en la sociedad” (Peres 2009, 221). Y hablar de *tensiones* es hablar de derechos abandonados.

Durante años, las reformas penales se han sucedido a ritmo desbocado. Los supuestos de intervención penal y la duración del encierro se han ampliado. Durante años, el punitivismo –y no el garantismo– ha sido uno de los ejes de ese campo de batalla llamado marketing político. Y en el capítulo actual de la depresión económica y el subdesarrollo social, el Ministerio de Interior nos habla de publicar estadísticas y presume de *transparencia*. Entre otros anuncios, encontramos: *Publicación de datos periódicos sobre determinados fenómenos delictivos que tengan especial relevancia para la sociedad*. ¿Quién distingue los fenómenos de *especial relevancia* de los fenómenos irrelevantes para la sociedad?

“La transparencia que se exige hoy en día de los políticos es cualquier cosa menos una demanda política. No se pide transparencia para los procesos de decisión que no interesan al consumidor. [...] No es la demanda de un ciudadano comprometido, sino de un espectador pasivo. La participación se realiza en forma de reclamaciones y quejas. La sociedad de la transparencia, poblada de espectadores y consumidores, es la base de una democracia del espectador” (Byung-Chul Han 2012).

En nuestro ejemplo: *Gobierno Abierto*. “Se reproducen los datos en diversos formatos, entre ellos los denominados *open data*, en la web del Ministerio y en datos.web.es; incorporación de los datos de criminalidad conocidos por las Policías Locales; difusión con carácter trimestral de los datos de criminalidad; mejora de los datos y metadatos publicados en el Anuario y recuperación de las series históricas; en resumen: aumento de los datos publicados y utilización de formatos reutilizables y abiertos; publicación datos trimestrales de las poblaciones de más de 50.000 habitantes correspondientes con el territorio cuya responsabilidad es exclusiva de las FCSE; puesta en marcha de la unidad de información para atender a las solicitudes de acceso de información en aplicación de la Ley de Transparencia”.

El discurso de la transparencia –tan de moda a día de hoy en el Reino de España– se aplica ahora también a la legitimación institucional de una *cuestión criminal* de orden sistémica pero gestionada con el lenguaje de la *cuestión delictiva*. Esa distinción *criminal-delictiva* ha de remitirnos a otra serie de distinciones que obedecen a la misma lógica: *corrupción constituida vs.*

corrupción constituyente, violencia estructural vs. conflicto social o crímenes estatal-corporativos vs. infracciones penales. La clave que justifica esa distinción es, precisamente, la paradójica asociación entre *crimen y delito* y la íntima conexión entre la criminalidad impune de los mercados y la solícita disponibilidad de los estados, una criminalidad estructural democráticamente legitimada como forma de gobierno¹³. La mejor forma de perpetuar esta tensión y seguir resolviendo el conflicto a favor de nuevos aumentos en la desigualdad es, sin duda, tratar –política pero también *científicamente*– la injusticia como un fenómeno meteorológico. ¿Qué hay de las políticas públicas? ¿Qué hay del estado social y democrático de derecho? ¿Qué hay de la ciencia? ¿Qué hay de la sociología jurídica? ¿Hasta dónde llega un análisis? ¿Para qué se estudian las realidades sociales?

“El negocio está en los extremos. España es el país grande europeo en el que más ha aumentado la desigualdad. Las empresas de lujo y de productos baratos son las que más crecen. [...] España –pese a soportar 5,4 millones de parados– es el noveno mayor mercado del mundo para el lujo, según la consultora Euromonitor. Solo dos puestos por debajo de Alemania. Eso sí, el país germano con un 5% de paro; no del 23,6%” (El País, 9.11.2014).

La *idealización del consumismo* –que es, a la vez, *mercantilización del idealismo*– pone en venta y estimula la compra de emociones y experiencias desde un *aparato de consumo* en el sentido más destructivo del término (Žižek 2009). Esa dimensión espectacular del nuevo orden movilizatorio que presenta a “los ricos como derecho de los pobres” (Alba 2009) encuentra en el neoliberalismo español un campo social especialmente fértil y un aparato de comunicación masiva capaz de transformar esa espectacularización de la desigualdad en *otro* producto para el consumo¹⁴ desde una permanente presentación del individuo en sociedad como *empresario de sí mismo, yo-marca* (López Petit 2009) o *deseo del otro* (Esquicic 1995). La *sociedad de consumo audiovisual* –humanitario, antipolítico, sinóptico– vive en una permanente liturgia mercadotécnica por la cual la audiencia de consumidores consume su propia *nuda vida*.

La violencia latente en esa hegemonía del deseo como agente movilizador de primer orden hace del acceso al consumo –a la *consumación* del deseo– la

¹³ El título elegido por Reiman es incontestable: *los ricos más ricos y los pobres más presos*. Según la teoría de la derrota pírrica de Reiman, el sistema penal tiene prácticamente nula incidencia sobre el control del delito pero no se replantea un cambio de estrategia porque la derrota al crimen, aunque es casi nula, ofrece un poder de comunicación mucho más potente donde esa *guerra* individualiza el problema de la delincuencia al tiempo que ignora la criminalidad de los poderosos (1979, 1-8).

¹⁴ Ibarra (1991), Callejo (1995), CIS (1980-2012), INE (2005), Ministerio de Economía y Competitividad [<http://serviciosweb.meh.es/apps/dgpe/default.aspx>], OCDE (2010).

condición indisociable de la subjetivización del bienestar y, al mismo tiempo, la barrera infranqueable de una insatisfacción permanente. Esa violencia latente es el factor elemental de un orden patógeno, anómico y extremadamente desigual. La diferencia de clase reafirma esa brecha entre realización y frustración. El aumento de las noches de hotel ocupadas por residentes españoles en 2010 respecto del año anterior fue del 3.1%¹⁵, una señal de que las élites *se recuperan* muy rápido de una crisis que para ellas apenas suele representar un breve receso en el ritmo de concentración de riqueza. Un buen ejemplo de esa posición privilegiada lo encontramos en informes como el del *Observatorio del Mercado Premium y de productos de prestigio*, que vaticinaba “la recuperación del crecimiento del mercado doméstico de lujo personal en España en una primera fase del segmento de *Mayores Ingresos* –46% del mercado– como consecuencia del buen comportamiento de las rentabilidades financieras a corto plazo, y en una segunda fase del segmento *Aspiracional* –53% del mercado– en línea con una recuperación paulatina del PIB a medio plazo. [...] El grupo de Mayores Ingresos está formado por unidades familiares con ingresos anuales superiores a 100.000 euros –390.000 familias– o con activos financieros –sin contar vivienda– de más de 750.000 euros –140.000 familias. Este último segmento de 140.000 familias muestra un gasto medio anual muy superior al resto y estimado entre 10.000 y 12.000 euros anuales, por lo que representa cerca del 50% del mercado. El crecimiento de sus ventas durante este año va a estar influenciado, además de por el entorno económico y la presión fiscal, principalmente por el nivel de rentabilidad de las inversiones financieras”¹⁶.

En el caso de las empresas, tal recuperación resulta innecesaria porque la demanda internacional no deja de crecer. La Asociación Española del Lujo publica sus buenas noticias en 2011: “las marcas de moda, complementos, belleza, cosméticos, bebidas, joyería y relojería de alto standing facturaron en 2011 unos 4.500 millones de euros, un 20% más que el año anterior”¹⁷. En el siglo XXI, como en el XVIII, las crisis cierran antes cien panaderías que una tienda de alta costura.

En el siglo XXI español, mientras tanto, el presidente de la Fundación Everis –Eduardo Serra– y un centenar de grandes empresarios y *expertos*¹⁸

¹⁵ Vid. Eurostat News Release (28.02.2011): http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/4-28022011-BP/EN/4-28022011-BP-EN.PDF

¹⁶ <http://www.madridpremium.es/actualidad/detalle/informe-del-observatorio-del-mercado-premium/7>

¹⁷ <http://asesoresdepymes.com/exportacion/el-sector-del-lujo-espanol-no-sabe-de-crisis/>

¹⁸ http://www.cuartopoder.es/files/2010/11/TransformaEspa%C3%B1a_tcm32-71088.pdf. Entre los empresarios y “expertos” que suscribían el informe se encuentran C. Alierta (Telefónica), F. Benjumea (Abengoa), B. Falcones (FCC), J.M. Entrecanales (Acciona), L. Atienza (Red Eléctrica), A. Catalán (AC-Hoteles), A. Llardén (Enagas), A. Zabalza (Ercross), T. Serrano (Renfe), I. Polanco (Grupo Prisa), D. del Alcázar (Vocento), C. Iglesias (UNEDISA), J.M. Lara (Grupo Planeta/ Antena

presentan ante Juan Carlos I de Borbón un informe que lleva el sugerente título de *Un momento clave de oportunidad para construir entre todos la España admirada del futuro*, documento cuyas líneas principales servirán para cerrar el epígrafe ilustrando las definiciones de *ciudadanía* y de *contrato social* realmente existentes –fruto de lo que C. Brendel y H. Simon definieron como una transición española de la *dominación formal* a la *dominación real* del capital (1979, 55-64, 175 y ss.; cfr. López-Petit 2004, 8).

Entre los pasajes más destacables de la declaración *Transforma España* –la versión abreviada del informe– encontramos: “la consolidación de una marca-país más conocida, respetada e influyente, y el alejamiento de fantasmas y complejos del pasado” (2010, 4); el “optimismo responsable” o la “realidad esperanzadora” que “caracterizan el estado anímico de la muestra de Sociedad Civil”; las menciones a la “consolidación del Estado del Bienestar” y a “un modelo vigente que ha generado resultados buenos o excelentes en el pasado, pero da señales claras de agotamiento desde hace unos años”; el objetivo de “construir un futuro entre todos”; o la ya tradicional exigencia de “un consenso y corresponsabilidad sólidos entre el máximo de fuerzas políticas del país y la Sociedad Civil” (*ibíd.*, 5-10). El resumen de todos ellos se encuentra en la poética cita que encabeza la declaración: “Cuando empieza a soplar el viento, algunos corren a esconderse mientras otros construyen molinos de viento –proverbio asiático” (*ibíd.*, 1). En esa reactualización ideológica de los principios darwinistas y de los valores clasistas y elitistas propios de quienes participaron en la elaboración del informe¹⁹, así como en la reafirmación material del orden y el progreso que opera tras sus discursos, encontramos una muy ilustrativa glosa de la clave “anómica y paranoica” que caracteriza a “la matriz productora de enfermedad” (Esquicie 1995, 18), ese modelo de orden que combina libre competencia y control, cuyo encaje estructural trae consigo una específica suerte de patogenia social –des-orden–, criminogenia económica –desposesión/ abandono– y neurolepsia²⁰ política, más graves cuanto más bruscamente se produce dicha instalación.

3), M. Conthe, E. Punset, J. M. Fidalgo o Emilio Ontiveros. El acto tuvo lugar días después del encuentro entre el presidente del gobierno y más de 30 empresarios. La mayoría de ellos participaron en ambas reuniones. Everis es una consultora –léase *lobby*– creada en 2001 para “apoyar a los emprendedores y al desarrollo de la innovación en cualquier ámbito”.

¹⁹ Indígenas de un hábitat sociológico e ideológico privilegiado que en la declaración se autoproclaman “personas destacadas de la sociedad civil española”, que habitan *estructuras* y *campos* ajenos a las realidades sociales del común de la población y no necesitan comprender esas realidades para involucrarse en la empresa de acomodarlas a sus intereses de clase, los cuales se confunden despreocupadamente –*soberanamente*, se diría– con el camino, el espíritu y la lógica que deben “contribuir a llevar el país hacia la España admirada del futuro” (Everis 2010, 9).

²⁰ “La palabra *neuroléptico* significa etimológicamente atador de nervios” (Arnao 2012, 80). Ese dogma post-político de la unidad nacional, semilla histórico-cultural del *statu quo* en España, es al conflicto social lo que las “camisas de fuerza químicas” a la esfera del secuestro institucional.

Y de ahí la ironía de un ejercicio publicitado de transparencia al respecto de la que es probablemente el área de gobierno más opaca: el estado español pasó las últimas tres décadas verificando la tesis de J. Simon: enviando a la cárcel a tantas personas como se pudo permitir (2007, 224)²¹, haciendo del delito y el castigo “las ocasiones y los contextos institucionales que empleamos para guiar la conducta de los otros –y aun la nuestra” (*ibíd.*, 78), explotando la alarma social y favoreciendo así “la venganza y la furia ritualizadas por encima de la prevención del delito y la reducción del miedo” (*ibíd.*, 149).

Precisamente por eso, los elementos aquí considerados “no incumben tanto al crimen y el castigo como a la reingeniería del estado para promover y luego responder a las condiciones económicas y socio-morales que se alían bajo el neoliberalismo hegemónico” (Wacquant 2012, 207), una condición que construye a los pobres como “problema” o “amenaza” para luego gobernar estructurando el campo de acción de los consumidores de seguridad mediante la gestión gubernamental del “miedo al delito y no del delito mismo” (Simon 2007, 37).

4. No confundir lo que se dice con lo que se hace

“Actualmente, el 20,4% de la población española, uno de cada cinco habitantes, vive por debajo del umbral de la pobreza, según los datos de la Encuesta de Condiciones de Vida (ECV) difundida por el Instituto Nacional de Estadística (INE). En 2013, España fue el segundo país de la Unión Europea con una tasa de pobreza relativa más alta, sólo superado por Rumania. En nuestro país, ya hay cerca de tres millones de personas en situación de “pobreza severa” (según la terminología de Cáritas), esto es, que viven con menos de 307 € al mes. Pero los titulares de los periódicos muestran a políticos más preocupados por demostrar su inocencia en casos de corrupción que entregados a formular propuestas para erradicar este desequilibrio de riqueza” (Mayo 2014, 3).

El régimen político imperante en la monarquía parlamentaria española es mayoritarista o conflictual –por oposición al modelo deliberativo o *consensual* (Lappi-Seppälä 2007, 2011) presente en otros regímenes de su entorno²². La soberanía del significativo *consenso* oculta la derogación de la idea de cohesión, como la obsesiva invocación al estado de derecho convive con prácticas de

²¹ En palabras del propio Simon (2007, 224), “el único límite real a lo que los gobernadores están dispuestos a hacer para mantener las cárceles llenas es lo que puedan hacer”.

²² *Grosso modo*, con Lappi-Seppälä, los países escandinavos y del Occidente europeo, por oposición a los mediterráneos y los “anglos” –donde encajaría, por cierto, el caso español (2007, 21).

gobierno más propias del estado de excepción²³ que de un constitucionalismo estable. Como instrumento de un *statu quo* de herencia dictatorial, reacio al debate y acostumbrado a la alternancia de mayorías absolutas, el bipartidismo heredado de la transición se basa en una dinámica de competencia electoralista propicia al ya citado *gobierno a través del delito* (Simon 2007), que combina seguridad ciudadana con guerra al terrorismo –e incorporó violentamente el fenómeno de la inmigración a la gestión punitiva del conflicto social. La alarma social, la criminalización de ciertas posturas políticas, el abuso del reclamo enemiguista o la explotación intensiva de los delitos más graves caracterizan la gestión mediática de los asuntos penales en España desde principios de los años noventa, en el tránsito entre los paradigmas del *yonki* y el *inmigrante invasor* – siempre con el terrorismo como fuente autóctona de enemigos internos. La relación entre la gestión mediática de sucesos luctuosos concretos –y especialmente impactantes para el espectador –, los cambios operados en materia legislativa y la variación del encarcelamiento conforman, por ese orden, un escenario en que cada impulso punitivo acaba afectando al común de la población castigada, en cuyo seno los delitos de sangre ocupan una proporción mínima y por debajo de la media europea. De hecho, ni la baja tasa de homicidios registrada en España –por debajo de la media– ni su moderado índice de victimización –de nuevo en mínimos europeos– se corresponden con las tasas de encarcelamiento (Lappi-Seppälä 2011, 309).

La confianza de la población española en las instituciones políticas es relativamente baja –y mucho más, al parecer, a partir de 2008. También lo es la repercusión de la alarma social en la percepción del riesgo entre la población, aunque la relación de causa-efecto entre opinión publicada y opinión pública es manifiestamente clara²⁴. La confianza de la población española en las personas no puede considerarse tan baja. En comparación a los países de su entorno, la población muestra una sensación de inseguridad superior a la media general, su miedo al delito es menor que su desconfianza en los políticos y su punitivismo es menor que su grado de desafección política (Lappi-Seppälä 2011, 313-318). Resumiendo: la posición relativa de los índices –subjettivos– de *tolerancia social*²⁵ registrados en España es tan alta como baja la de los indicadores de punitividad, pese a lo cual el índice de encarcelamiento se muestra desproporcionado. El

²³ “La distinción de Schmitt entre *dictadura comisarial* y *dictadura soberana* se representa aquí como oposición entre dictadura constitucional, que se propone salvaguardar el orden constitucional, y dictadura inconstitucional, que conduce a su supresión [...] la dictadura constitucional –o sea el estado de excepción– se ha convertido, de hecho, en un paradigma de gobierno” (Agamben 2003, 18-19).

²⁴ Vid. Medina Ariza (2006), Larrauri (2009), Varona (2009), Peres (2009), González Sánchez (2011).

²⁵ Lappi-Seppälä emplea los datos recogidos por el proyecto WVS –<http://worldvaluessurvey.org/>

progresivo alargamiento de las condenas ha sido, sin duda, el factor principal en esa desproporción (Cid 2008).

Se constata, por lo tanto, la potencia simbólica que demuestra la gubernamentalidad neoliberal en España, con su paradójica combinación de altos niveles de consenso sobre el mito de la inseguridad social –al nivel de las sociedades *anglo* y bálticas–, un grado de tolerancia social propio de países centroeuropeos o nórdicos pero, a la vez, una muy particular actitud colectiva de delegación, pasividad, contemplación o autoritarismo latente. Aun con ciertos matices se diría que, en el escenario español, la tradición interpretativa weberiana –que conecta los niveles de represión penal con la concentración de poder y la defensa de la autoridad política– gana a la lectura durkheimiana –que los vincularía al grado de solidaridad social (Lappi-Seppälä 2011, 311-312).

El caso español que se presenta ante el observador crítico como una mezcla de *cuerpo mediterráneo* o *post-dictatorial* –por la fragilidad de sus estructuras gubernamentales en materia social– y *mente neoliberal* o *neototalitaria* –por el vigoroso impulso contrarreformista en materia económica y la contundente criminalización de la inseguridad social. La comunicación unívoca y vertical entre instituciones políticas y población-audiencia que se construye en ese contexto da cuenta de la aparente fobia al debate extendida entre las élites políticas españolas, para las que la democracia es ese sistema en el que *quien gana manda* y donde la *estabilidad institucional* se identifica con una alternancia bipartidista sólida. Como demuestra Lappi-Seppälä²⁶, las políticas sociales *sobreviven mejor* en procesos consensuales, construyendo equilibrios de poder desde la distancia entre gobierno y parlamento y sin hacer de la confrontación su motor principal. No se trata, obviamente, de factores que expliquen la severidad de las políticas penales en términos de causa-efecto, pero sí de síntomas inequívocos del “grado de estabilidad de las políticas y de la legitimidad del sistema”. En las democracias mayoritarias que *funcionan* con competitividad extrema –la española es un ejemplo– “el principal proyecto de la oposición es convencer al público de la necesidad urgente de sustituir al partido en el gobierno” (2011, 320).

Los factores recién expuestos coinciden –y se complementan– con los otros elementos de carácter económico y político. El vínculo entre producción –mediática– de alarmas y satisfacción –política– de demandas no es patrimonio exclusivo del neoliberalismo español, pero sí recibe aquí un especial refuerzo ideológico. Así, aunque la primera fase de hiperencarcelamiento –años ochenta– tuvo mucho que ver con la descomposición de redes comunitarias, la

²⁶ Empleando las categorías de Lijphart, del todo cuestionables (Suárez-Iñiguez 2010) pero cuya utilidad orientativa resulta más que suficiente a este respecto.

transformación de los *barrios obreros* en lo que Wacquant describe como *híperguetos* (2013), los efectos del desempleo masivo, el consumo de heroína entre jóvenes empobrecidos... es en los años noventa cuando el gobierno a través del delito toma una forma normalizada o institucionalizada –*modernizada*, si cabe. Puede decirse que en ese ámbito, como en otros, la transición *dura más* de un simple lustro.

Un registro estrictamente cuantitativo del punitivismo podría incluir, esta vez en sentido directamente proporcional, el tamaño de los cuerpos y fuerzas de seguridad: la gran mayoría de los países que supera la tasa media europea de encarcelamiento supera también el nivel medio de agentes de policía por cada 100.000 habitantes, y España es el país con más agentes de policía por habitante de Europa occidental: 506 policías por 100.000 habitantes en 2009 –por detrás de Chipre (672) y Montenegro (865), según Eurostat (2012) y el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de NNUU (2010)²⁷. Una parte muy importante del refuerzo policial llevado a cabo durante los últimos años ha tenido que ver con la intensificación de los operativos de vigilancia y control de fronteras internas y externas (Romero 2010), el control a pie de calle fomentado por las llamadas *leyes cívicas*²⁸ (OSPDH 2003) o la persecución arbitraria e ilegal de determinados perfiles raciales²⁹ –entre otros factores. Una bolsa clandestina de irregularidad administrativa y trabajo sumergido viene siendo gestionada por el sistema penal o mediante el castigo extra-penal, siempre en armonía con el oportuno nivel de equilibrio de mano de obra sobreexplotada, hasta convertirse en el principal insumo para los dispositivos de control policial y de secuestro institucional.

“Como consecuencia del empeño hacia una política de déficit público cero, asociado a la flexibilización de las relaciones laborales y a la reducción de las competencias y dimensión del Estado de bienestar posterior a la década de 1990, se redujo aún más el espacio destinado a la acción política frente a los problemas de cuño social” (Peres 2009, 221).

²⁷ La cifra se mantiene en 2013 (505), pero la tasa de reposición cae al 10% (La Gaceta, 23.06.2013). Con 62.569 agentes, el Cuerpo Nacional de Policía alcanzó en 2010 la cifra más alta de su historia (El País, 26.02.2010). El número de agentes de la Guardia Civil y el CNP comenzó a reducirse entre 2011 y 2012 (La Voz de Barcelona, 18.03.2013).

²⁸ En Barcelona, por ejemplo: “la ordenanza cívica cumple 5 años con récord de denuncias. La venta ambulante y el botellón copan el 44% de infracciones desde el 2006. El incremento de policía de proximidad elevó a 118.368 las intervenciones en el 2010” (El Periódico: 22.01.2011).

²⁹ *Vid.*, a ese respecto, Díaz (1998), Delgado (2000, 2000b), Martínez y Sánchez (2011). En prensa: Europa Press (30.03.2013). Un triste ejemplo de la muy cuestionable justificación teórica de la criminalización, en Cano Paños (2009).

Poniendo en común el volumen y la duración del encierro con algunos indicadores de bienestar y protección social³⁰ se puede comprobar que “menores brechas en el bienestar, altos niveles de seguridad social y económica y provisiones estatales generosas contribuyen a menores niveles de punitividad y represión” (Lappi-Seppälä 2011, 310; *cfr.* Jiménez Franco 2013, 507 y ss.). A menor efecto redistributivo de la intervención estatal sobre la distribución primaria –resultante directa del funcionamiento del sector privado–, mayor refuerzo de la *explotabilidad* de esa mayoría llamada *mano de obra*³¹. A mayor vínculo entre nivel de explotación e inacción estatal, más importante es el esfuerzo de legitimación a través de “un estado de opinión según el cual se cree que dicha actuación [ese *no hacer* neoliberal del estado, hoy convertido en *hacer con el mercado*] puede merecer el calificativo de bienhechora, benefactora o benemérita” (Guerrero 2006, 78).

En 2004, España ocupaba el noveno puesto en la lista de los diez países con mayores tasas de encarcelamiento de la OCDE y el séptimo peor balance social³² de esos mismos diez países (Peres 2009, 232). Casualmente, el año 2003 había marcado el mayor déficit del gasto en protección social sobre el PIB de la democracia española (*ibíd.*, 226). Los indicadores sociales reflejan en España un considerable grado de subdesarrollo con respecto a la mayoría de países del Occidente europeo (Jiménez Franco 2013, 441-478). Paradójicamente –o no tanto–, los valores de 2010 empeoraban los de 2000. En materia de gasto social –con datos de los *años de oro* de la burbuja financiera–, el neoliberalismo español ha construido una mezcla entre los estados anglo y los países del Este que solo supera en gasto social a los bálticos.

El tan invocado estado del bienestar español es en realidad un *welfare virtual* desintegrado paulatinamente por la sucesión de reestructuraciones sectoriales, ajustes estructurales, traumatismos demográficos, ideologización intensiva, sobreexplotación, privatización, endeudamiento y *anticomunitarismo: del franquismo a la crisis y de la crisis al fin de ciclo*, pasando por la ficción de prosperidad del keynesianismo de precio de activos y sus burbujas inmobiliarias-financieras –un modelo de crecimiento económico que produce subdesarrollo social y generaliza la *verdadera* inseguridad.

³⁰ El índice de Gini empleado para sintetizar el nivel de desigualdad por vía de los ingresos tiene tres medidas principales cuya diferencia revela la eficacia de los mecanismos de redistribución de rentas y la cobertura de necesidades básicas: *desigualdad entre rentas del trabajo*, *desigualdad de ingresos por salarios y otras transferencias* y *salarios más transferencias más salud y educación garantizadas por el estado* (Babones 2012).

³¹ Acerca de los conceptos trabajo y fuerza de trabajo, *vid.* Husson (2013, 55 y ss.).

³² “Balance social”: déficit del gasto público en protección social sobre el PIB de cada estado con respecto a la media de gasto de la OCDE.

España también ha sido el primer destinatario mundial, después de EEUU, de la migración económica desde los países empobrecidos hacia el Norte (IOÉ 2008, 71). Salvando las diferencias al respecto de la configuración histórico-política de ambos escenarios, este dato trae a colación una necesaria comparación entre los procesos de hiperencarcelamiento en EEUU y España en torno a las relaciones entre clase, etnia y estado estudiadas por autores como Wacquant (2013) o De Giorgi (2012). Entre 2008 y 2011, la tasa de paro de la población extranjera ha aumentado en 15 puntos –solo un 9% para los autóctonos– y la sobrerrepresentación de la población extranjera entre el total de desempleados de larga duración ronda el 30% (*ibíd.*) –un nivel similar al de su sobrerrepresentación en prisión³³.

En 1998, el porcentaje de extranjeros en prisión multiplicaba por 11 la proporción entre la población total. En 2010, la relación era solo de tres a uno. Hasta 2010, el ritmo de aumento del ejército de reserva extranjero ha sido mayor al de su encarcelamiento, al revés que entre la población nativa, donde el paro bajaba pero el encierro crecía. Ese hecho refuerza la tesis de una relación sustitutiva entre desempleo –y/o subempleo– y encarcelamiento. El 27% del total de extranjeros en prisión representa un 50% de los presos preventivos en España –la media europea es del 24% (Delgrande y Aebi 2012). Estos datos ilustran la todavía extrema sobrerrepresentación de la población extranjera en la cárcel y dan una muestra de la sensibilidad potencial de la tasa de encarcelamiento española ante una variación en el recurso a la expulsión penal de los extranjeros. Por lo que respecta a las mujeres extranjeras, su sobrerrepresentación –cerca del 40%– solo era superada en 2010 por Chipre, mientras la proporción de mujeres sobre el total de personas presas en España es la mayor de Europa.

Casi dos años después de comenzar la recesión económica y en pleno proceso de destrucción de empleo, el mes de mayo de 2010 registró el máximo histórico de la población presa en las cárceles del estado español –76.951 personas³⁴. Desde ese punto máximo, la población penitenciaria se ha venido reduciendo³⁵, moderada pero sostenidamente, como ratificando el disparatado axioma *la riqueza atrae a la delincuencia* y verificando, por tanto, que *la crisis repele la delincuencia*. Pero ambas afirmaciones –y sus contrarias– carecen de

³³ En el caso de la población menor de edad, los extranjeros representaban en 2009 el 22% de los presos en España. En 2011, la proporción ascendía al 27,3% –*vid.* INE, Registro de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores: <http://www.ine.es/jaxi/>

³⁴ Recordemos además que 2008 había marcado el máximo histórico del PIB español y, en aparente contradicción, la mayor destrucción de empleo de la democracia. La recaudación impositiva cayó en picado al 10,7% –*vid.* Banco Mundial: <http://datos.bancomundial.org/indicador/GC.TAX.TOTL.GD.ZS>

Entre 2007 y 2010 los ingresos tributarios del estado se vieron reducidos en 41.140 millones.

³⁵ 70.415 personas presas en febrero de 2012, 68.958 en febrero de 2013, 66.614 en enero de 2014...

soporte empírico que las valide, como tampoco puede establecerse correlación alguna entre crecimiento económico y menos delincuencia ni entre más delincuencia y recesión. Cualquiera de esos cuatro prejuicios puede alimentar una alucinación positivista en la dirección pretendida, dependiendo del valor inductivo de su justificación. Tampoco puede concluirse nada claro, como vimos, acerca de la relación entre tasas de delincuencia y evolución de la población encarcelada –tomada esta como referencia del grado de punitivismo de una sociedad o del sistema político que la rige (Larrauri 2009, 3). De nuevo: ¿cómo explicar, pues, esa evolución? Sin duda, considerando en primer plano la dimensión política fundamental de esa imparable tendencia punitiva constatada en un gobierno desde la economía con vocación global, para tratar la realimentación de sus factores en y para una burbuja penal que solo puede estudiarse como síntoma superficial de la inserción española en un proceso global más amplio. No puede perderse de vista el hecho de que el sistema penal español es el más punitivo de Europa –solo superado en el continente por Rusia y los estados de su entorno geopolítico– porque, en el sentido más directo y aparente, la duración de su encierro es muy superior a la media europea y porque, tras veinticinco reformas del Código Penal aumentando sostenidamente la severidad de las penas, hace años que la cadena perpetua se ha consolidado de facto³⁶, se quiera reconocer o no, en el sistema penal español. ¿Es esa la causa de que España sea un *país seguro* –en términos policiales, con el ministro– o, al contrario, es una prueba de que España es el país de Europa donde más inseguridad se ha generado –en términos sociales, con Wacquant– y más severa ha sido la gestión penal de esa inseguridad social?

Según un conocido proverbio que los medios de comunicación y los voceros políticos se han encargado de popularizar, en España “los delincuentes entran por una puerta y salen por otra”. La realidad no solo desmiente este tópico, sino que lo contradice literalmente: en el sistema penitenciario español – las cárceles catalanas no son ninguna excepción– entra menos gente que en muchos otros países y se queda el doble de tiempo que un preso europeo medio. La media europea en 2009 no superaba 9 meses de encierro –el doble en España: 18– y la mediana, 7 meses. Entre 1983 y 2009, la duración media efectiva de las penas de cárcel aumentó en la mayoría de los países. En 2009, solo Portugal –con una tasa de encarcelamiento menor, pero ya en aumento– superaba a España en la UE-15³⁷. Son precisamente los sistemas penales de España ($\Delta 412\%$ en 25 años) y Portugal ($\Delta 337\%$) los países que, con mucha diferencia sobre el resto, más han

³⁶ Condenados a prisión perpetua en Francia a 1.01.2007: 527. Tiempo medio de condena: 23 años – 15 en Inglaterra-Gales y 19.9 en Alemania. Reclusos con más de 30 años de condena en Francia: 20. Reclusos con más de 30 años de condena en España: 345 –terrorismo no incluido (GODPP 2010).

³⁷ Para un resumen de los datos disponibles en 2012, *vid.* Delgrande y Aebi (2012).

alargado sus condenas, aunque la variación de sus poblaciones penitenciarias haya descrito trayectorias bastante diferentes –casi opuestas.

En la tragedia de Séneca, Medea afirma: “aquel al que el crimen aprovecha es quien lo ha cometido”. La experiencia neoliberal nos confirma que los gobiernos que cometen más crimen buscan legitimarse gestionando el delito con más y más “mano dura”.

“La influencia irresistible del Estado penal norteamericano [¡español!] en las tres últimas décadas responde no solo al aumento del delito, que permaneció más bien constante antes de disminuir al final del período, sino también a las dislocaciones provocadas por el retraimiento social y urbano del Estado y por la imposición de precarias remuneraciones al trabajo como una nueva forma de ciudadanía para quienes están atrapados en el fondo de una estructura de clases cada vez más polarizada” (Wacquant 2009, 18).

Los factores recién analizados no son, en rigor, otra cosa que las piezas de un puzle compuesto por esa *influencia* –punitiva–, esas *dislocaciones* –políticas–, esa *imposición* –económica– y esa *polarización* –social. No existe un modelo causal definitivo en base al que determinar la evolución cuantitativa y cualitativa del sistema penal-penitenciario, pero sí es posible trazar un mapa de la construcción de esa estructura física –institucional– y política –ideológica– de gobierno bajo la cual transcurre la historia del hiperencarcelamiento: una modernización del orden criminógeno bajo influencia directa de la neoliberalización postfranquista, con dos claves principales y no resueltas en torno al término *seguridad* (Baratta 1986; 1997; 2001). Por un lado, la acepción criminológica hegemónica; por otro lado –enfrente, diríamos– la definición social. La tensión permanente entre ambas es la tensión entre gobierno y población por medio de la cual se implanta un modelo de orden –económico, social, relacional, simbólico– y unos dispositivos de control concretos –disciplinarios o represivos, blandos o duros, orgánicos o mecánicos. El recurso al encarcelamiento es parte de la gestión gubernamental de esa tensión, pero *gestión* no significa *solución*.

Así, el desarrollo cronológico del hiperencarcelamiento español encuentra una muy útil referencia en lo que L. Wacquant llama “la génesis inacabada del precariado post-industrial en la periferia urbana” (2013, 2). La evolución del perfil dominante entre la población penitenciaria representa un síntoma inapelable de esa evolución, de su carácter selectivo y de la relación entre producción política, distribución socioespacial y gestión punitiva de la “marginalidad avanzada” (*ibíd.*). La historia reciente del hiperencarcelamiento en la España neoliberal es la historia de un trabajo simbólico imprescindible –que construye su propio consenso importando las herramientas penales del *governing through crime* anglosajón– y de un desastre social colateral sometido a –y reforzado por– las

inclemencias punitivas del *gobierno postfranquista de la excedencia*. El Reino de España se ha convertido así en el estado más neoliberalmente punitivo –o punitivamente neoliberalizado– del Sur Europeo, por no decir de toda Europa. La interpretación de semejante fenómeno exige una aproximación comprensiva a sus condiciones de posibilidad históricas y a sus especificidades económicas.

En un extremo de la estratificación social, las *puertas giratorias* giran frenéticamente en ambos sentidos de la misma dirección³⁸. En el extremo opuesto, mientras el excedente humano rebosa la capacidad de un sistema asistencial descompuesto, aun reforzando la visión etiológico-social³⁹ del delito, la delincuencia se mantiene como el factor más estable en la estereotipación y subjetivización de la *inseguridad*. La visión del delito permanece asociada a la marginalidad y la asimilación de esta como causa de la desviación es un potente reclamo que naturaliza el conflicto en lugar de problematizar su generación-gestión, imponiendo severos *límites pseudocientíficos* a la crítica del contrato social realmente existente. La moralización es así: asocia la imagen del delincuente a la de las clases empobrecidas. El corrupto es una “excepción” entre las clases altas por la que no debe culparse al resto. La gentrificación no es solo un fenómeno urbano: se constata también un proceso criminógeno de gentrificación jurídico-política que constitucionaliza la racionalidad soberana neoliberal; un proceso de limpieza biopolítica –*híper-expulsión*– ejecutado desde los más altos niveles de la producción normativa. Sirva como cierre en este punto esa afirmación de Ferrajoli según la cual “la transformación del estado absoluto en estado de derecho acontece a la vez que la transformación del súbdito en *ciudadano*, es decir, en sujeto de derechos ya no solo *naturales* sino *constitucionales* frente al estado, que resulta a su vez vinculado frente a él” (Ferrajoli 1989, 860). Si en el estado de derecho ideal todo ser humano merece la consideración automática de *ciudadano* por el mero hecho de *ser y estar* en un (en cualquier!) territorio, el estado de derecho realmente existente se dedica a gestionar un número creciente de factores de exclusión⁴⁰. Hablamos de un *estado*

³⁸ Una breve y selecta lista: M.Á. Moratinos (Qatar), A. Suarez Yllana (Bufete Ramón Herмосilla & Gutiérrez De La Roza), J. Costa (Ernst & Young), M. Pimentel (Baker & McKenzie), M. Pizarro (Baker & McKenzie), J. Sevilla (Pricewaterhouse Coopers), E. Serra (Everis), D. Taguas (Seopan), J.M. Eguiagaray (Eads), A. Suarez (Telefónica), L. Calvo Sotelo (Moto Vespa, Banco Central Hispano Americano, Ferrovial, Dragados), M. Boyer (Banco Exterior, Fcc, Clh), J.A. Ardanza (Euskaltel), N. Serra (Caixa Catalunya, Gas Natural), Á. Acebes (Bankia), J. Piqué (Grupo Ferrocarril, Vueling, Applus), J.M. Michavila (Jp Morgan), P. Solbes (Enel, Barclays), J.M. Aznar (Endesa, Holding Murdoch), F. González (Gas Natural), E. Zaplana (Telefónica), M. Marín (Iberdrola), R. Rato (Lazard, Santander, Bankia), I. Tocino (Santander), J.J. Imaz (Petronor), A. Timmermans (Telefónica), L. de Guindos (Lehman Brothers)...

³⁹ Un completo trabajo en esta línea en García-Borés y Pujol (1994). Las otras dos concepciones del modelo etiológico serían la biológica y la psicológica.

⁴⁰ Cinco factores, para ser exactos, según la aristocracia empresarial española: “Ciudadano-depositario-de-valores, Ciudadano-elector, Ciudadano-consumidor, Ciudadano-financiador y

de derecho sin derecho, un estado de derecho secuestrado o un estado contra el derecho.

“La creación deliberada de un estado de excepción permanente –aunque eventualmente no declarado en sentido técnico– ha pasado a ser una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, incluidos los denominados democráticos” (Agamben 2003, 11).

Gobernar a través del delito para delinquir gobernando, esa es la cuestión. En respuesta a las demandas inmediateistas, la tendencia del legislador tiende centrarse en reaccionar con rapidez a esa alarma social – *fabricada* – que se supone reflejada por la opinión pública – *publicada*. Aunque la base real de esa alarma social ya ha sido puesta en cuestión en páginas anteriores, es innegable que dicha dinámica legislativa ha precipitado una fértil producción de nuevos conceptos jurídicos, nuevas figuras delictivas, nuevos objetivos de control social, nuevos intereses, nuevos riesgos⁴¹... (Díez Ripollés 2005, 2, 7) y, a veces, incluso enteros nuevos sectores de regulación. En situaciones o casos concretos, la alarma social se eleva al estatus de motivo penal. La opinión pública no es el sujeto de un estado de opinión sino ese objeto de la producción política que antecede y legitima la producción legislativa (González Sánchez 2011, 11; Larrauri 2009, 6, 15).

No se trata, pues, de seguir “persiguiendo al ladrón e ignorando al genocida” (Rivera coord. 2013, 28), persiguiendo al manifestante e ignorando al corrupto(r) o persiguiendo al extranjero pobre e ignorando al banquero. Ese es el primer paso necesario para asomarse a la prometedora empresa de articular y poner en marcha una *criminología de verdad*. Si hablamos de seguridad y de crimen con un mínimo rigor, la figura en la que volcar el esfuerzo analítico no será la del transgresor expulsado, el residuo criminalizado, la no-persona que muere saltando una valla o la que se ahoga en el mar. La producción criminológica *desde arriba* –como la doctrina economista– llena bibliotecas con

Ciudadano-productor” (Everis 2010, 19). “El debate no está en tener más o menos derechos, o en disponer de derechos más o menos universales. Este debate es estéril y generador de fracturas sociales innecesarias. Construir un Estado del Bienestar responsable empieza con una ruptura de las brechas y asimetrías de información entre, por un lado, quien define y presta los servicios del Estado del Bienestar y, por otro lado, quien los usa y –a menudo sin ser plenamente consciente de ello– financia” (*ibid.*). El discurso de un poder disfrazado de “sociedad civil” esteriliza el significante democracia, mientras el discurso penal redefine el término estado de derecho. La hipertrofia del significante disuelve los significados, de modo que hay democracia “porque no hay dictadura”; se es demócrata “porque no se es terrorista” o se es “ciudadano de bien” porque se asiente, elige, consume, financia y produce.

⁴¹ *Riesgo* para (y desde) la personalidad etérea de la corporación, peligro para la percepción inducida del ciudadano; *seguridad jurídica* para la corporación en coexistencia con el estado, inseguridad social para el individuo en su experiencia bajo el estado. Para un desarrollo de estas nociones en el marco de una propuesta de análisis “más allá de la criminología”, *vid.* Hillyard y Tombs (2004), Tombs (2012).

modelos autorreferentes, formulaciones descriptivas y relatos mitológicos. La pseudociencia y la mitología que se confunden en la ideología econométrica (Husson 2003) también son herramientas políticas, como lo es cada uno de los estereotipos acerca de las funciones explícitas y la clientela reciclada por el sistema penal. En el centro de gravedad del conflicto sigue presente esa criminalidad que primero desmonta las bases institucionales de la *homeóstasis social de derecho* y luego ataca selectivamente al grupo de chivos expiatorios elegido entre una población perdedores criminalizados o *delincuentes fracasados*.

¿Qué papel es capaz de asumir una disciplina como la sociología jurídica en semejante escenario?

Entre los actos del penitente, la Contrición aparece en primer lugar. Es “un dolor del alma y una detestación del pecado cometido con la resolución de no volver a pecar” (Catecismo de la Iglesia Católica, numeral 1451 – Concilio de Trento, DS 1676).

Bibliografía

AGAMBEN, G. (2003), *Estado de Excepción. Homo sacer II, 1*, Valencia, Pre-Textos, 2004.

ALBA, S. (2009), “Que haya ricos, ¿no es un derecho de los pobres?”, *La Calle del Medio*, 29.10.2009.

ALBORNOZ, M., BARRERE, R y TRAMA, L. (2013), “El futuro del Observatorio CTS”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad – CTS*, vol. 9, nº 25, pp. 23-56.

ARNAU, J.A. (2012), *Escritos contrapsicológicos de un educador social*. Granada: Biblioteca Social Hermanos Quero/ primeravocal.org.

ASENS, J. (2013), “Acusación popular contra Bárcenas”, *Observatori DESC*.

BABONES, S. (2012), “U.S. Income Distribution: Just How Unequal?”, *Inequality.org*, 14.02.2012.

BARATTA, A. (1986), “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”, *Poder y Control, Revista hispano-americana de disciplinas sobre el control social* nº 0, Barcelona, PPU, pp. 77-92.

– (1997), “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social”, en CARRANZA, E. (coord.) *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México DF: Siglo XXI.

– (2001), “El concepto social de seguridad en Europa”, *Revista Catalana de Seguretat Pública* nº 8, pp. 35-87.

BRENDEL, C. y SIMON, H. (1979), *Ilusiones políticas y lucha de clases. Del antifranquismo al postfranquismo*. Barcelona: Virus, 2004.

BYUNG-CHUL HAN (2012), *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.

CALLEJO, J. (1995), *La audiencia activa. El consumo televisivo: discursos y estrategias*. Madrid: S XXI.

CANO PAÑOS (2009), “Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa”, *RECPC* nº 11-07, pp. 1-38.

CID, J. (2008), “El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: diagnóstico y remedios”, *REIC –Revista Española de Investigación Criminológica* nº 6.

DE GIORGI, A. (2012), “Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa”, *Revista Crítica Penal y Poder* nº 2, OSPDH. Universitat de Barcelona, pp. 139-162.

DELGADO, M. *et al.* (2000), “Extranjería. Existencias criminalizadas”, en *I Jornadas sobre el Sistema Penal y la Exclusión Social en Europa*. Barcelona: Universitat de Barcelona, pp. 36-45.

– (2000b), “¿Criminalización de los inmigrantes?”, *I Jornadas sobre el Sistema Penal y la Exclusión Social en Europa*. Barcelona: Universitat de Barcelona, pp. 216-249.

DELGRANDE, N., AEBI, M.F. (2012), “Too much or not enough? Overcrowding in European prisons. An analysis based on SPACE statistics”, *Institut de Criminologie et de droit pénal*, Université de Lausanne.

– (2012b), “How many foreign inmates are in european prisons?”, *Institut de Criminologie et de droit pénal. SPACE Analyses*, Université de Lausanne.

DÍAZ, B. (1998), *El color de la sospecha: el maltrato policial a personas inmigrantes en el barrio de San Francisco*. Bilbao: Likiniano Elkartea.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2005), “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *RECPC* nº 07-01. p.37.

ESQUICIE (1995), “Manifiesto”, *Arnau, J.A.* (2012), pp.15-18.

FERRAJOLI, L. (1989), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995.

FUNDACIÓN EVERIS (2010), *Declaración Transforma España. Un momento clave de oportunidad para construir entre todos la España admirada del futuro. Una visión optimista pero contundente de la Sociedad Civil española*.

GARCÍA-BORÉS, J., PUJOL, J. (coords.) (1994), *Los no-delinquentes*. Barcelona: Fundación La Caixa.

GARLAND, D. (2001), *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa.

GUERRERO, D. (2006), *La explotación. Trabajo y capital en España (1954-2001)*. Barcelona: Montesinos.

GODPP – GRUPO OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE (2010), *Desenmascarando mitos que sostienen el sistema penal*. Disponible en http://www.otroderechopenal.com/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=3&Itemid=21

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I. (2011), “Aumento de presos y Código Penal. Una explicación insuficiente”, *RECPC* nº 13-04, pp. 04:1-04:22.

HILLYARD, P., TOMBS, S. (2004), “¿Más allá de la criminología?”, *Crítica Penal y Poder* nº 4, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, 2013.

HUSSON, M. (2003), “L'économétrie, ou l'idéologie en équations?” –trad. R. Cortéz, *Actuel Marx* nº 34. *Panorama Internacional, Semanario electrónico de la FT-EI*. Disponible en <http://www.ft.org.ar>

– (2013): *El capitalismo en 10 lecciones. Breve discurso ilustrado de economía heterodoxa*. Madrid: Viento Sur/ La Oveja Roja.

IBARRA, P., IDOYAGA, J.V., ZAYO, R. (1991), “Ideologías y medios de comunicación en los ochenta”, en ETXEZARRETA, M. (coord.), *La reestructuración del capitalismo en España*. Barcelona: Icaria, pp.727-764.

INE (2005), *Indicadores sociales de España (1996-2005)*. Madrid: INE.

IOÉ (2008), *Barómetro social de España. Análisis del periodo 1994-2006*. Madrid: Traficantes de Sueños.

JIMÉNEZ FRANCO, D. (2013), *La burbuja penal. Mercado, estado y cárcel en la democracia española (tesis doctoral)*. Disponible en <http://unenormecampo.wordpress.com/>

LAPPI-SEPPÄLÄ, T. (2007), “Trust, Welfare and Political Economy. Cross-comparative perspectives in penal severity”, en TRÄSKMAN, P.O. (ed.), *Rationality and Emotion in European Penal Policy. Nordic Perspectives*. Helsinki: University of Helsinki.

– (2011), “Explaining imprisonment in Europe”, *European Journal of Criminology* nº 8(4), pp. 303-328.

LARRAURI, E. (2009), “La economía política del castigo”, *RECPC* nº 11-06, pp. 06:1-06:22.

LYNCH, M.J. (2000), "The Power of Oppression: Understanding the History of Criminology as a Science of Oppression", *Critical Criminology* vol. 9, nº 1/2, pp. 144-152.

LÓPEZ PETIT, S. (2004), "Prefacio", *Brendel, C. y Simon, H. (1979)*, pp.5-8.

– (2009): *La movilización global. Breve tratado para atacar la realidad*. Madrid: Traficantes de Sueños.

MARTÍNEZ, M., SÁNCHEZ, J.M. (2011), "Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante *sin papeles*: ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales", *Ius puniendi e inmigración irregular*. Proyecto de investigación DER 2011-26449 publicado en 2012 en *Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*. Disponible en www.inmigrapenal.com.

MAYO, M.A. (2014), "El coste de la corrupción en España", *Mientrastanto*, 29.10.2014. Disponible en <http://www.mientrastanto.org/boletin-129/notas/el-coste-de-la-corrupcion-politica>

MEDINA ARIZA, J.J. (2006), "Politics of crime in Spain, 1978–2004", *Punishment & Society* nº 8, pp. 183-201.

OCDE (2010), *OECD Economic Surveys: SPAIN, December 2010*.

OSPDH – OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL Y ELS DRETS HUMANS (2003), *Desarrollo, expansión urbana y criminalidad. Barcelona, 1990/2002*. Barcelona: UB.

PERES, L. (2009), "El populismo punitivo en España: del estado social al estado penal", *Vigilância, Segurança e Controle Social na América Latina*, núm. março, pp.219-245.

PWC – PRICEWATERHOUSECOOPER SL (2014), *Encuesta sobre fraude y delito económico 2014. Resultados en España*. Disponible en <http://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/assets/encuesta-fraude-economico-2014.pdf>

REIMAN, J.H. (1979), *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison: Ideology, Crime and Criminal Justice* –8 ed. Boston: Allyn & Bacon, 2005.

RODRÍGUEZ, J., LARRAURI, E. (2012), "Economic Crisis, Crime, and Prison in Spain", *Criminology in Europe –Newsletter of the European Society of Criminology*.

ROMERO, E. (2010), *Un deseo apasionado de trabajo más barato y servicial. Migraciones, fronteras y capitalismo*. Oviedo: Cambalache.

RIVERA, I. (2013), *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*. Barcelona: Anthropos/ Siglo XXI.

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD – GABINETE DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS (2014), *Balance de la criminalidad 2013*. Madrid, Ministerio del Interior. Disponible en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/>

SIMON, J. (2007), *Gobernar a través del delito*. Buenos Aires: Gedisa, 2012.

SUÁREZ-IÑIGUEZ, E. (2010), “Los increíbles errores de Lijphart”, *Estudios Políticos nº 20 9ª época*, pp.131-144.

TAMARIT, J.M. (2007), “Política criminal con bases empíricas en España”, *Política Criminal nº 3*, pp.1-16.

TOMBS, S. (2012), “State-corporate symbiosis in the production of crime and harm”, *State Crime nº 1(2)*, pp. 170-195.

VARONA, D. (2009), “¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/599.pdf>.

VILA, D. (2012), *El gobierno de la infancia: análisis socio-jurídico del control y de las políticas de infancia contemporáneas (tesis doctoral)*. Zaragoza: Prensas Universitarias.

– (2014), “Nuevas hipótesis sobre la reconfiguración de las dimensiones penales y sociales de la seguridad”, en BERNUZ, M.J., SUSÍN, R. (eds.), *Derecho a la seguridad y seguridad de los derechos*. Zaragoza/Logroño: Prensas Universitarias.

WACQUANT, L. (2000), *Las cárceles de la miseria*. Madrid: Alianza.

– (2009), *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa, 2010.

– (2012), “La tormenta global de la ley y el orden: sobre neoliberalismo y castigo”, en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I. (ed.), *Teoría social, marginalidad urbana y Estado Penal*. Madrid: Dyckinson pp. 203-227.

– (2013), “Marginality, ethnicity and penalty in the neoliberal city: an analytic cartography”, *Ethnic & Racial Studies volume 37, Issue 10*, 2014.

ŽIŽEK, S. (2003), “Will You Laugh for Me, Please?”, *In These Times*, 18.07.2003. Disponible en http://inthesetimes.com/article/88/will_you_laugh_for_me_please.

– (2009), *En defensa de la intolerancia*. Madrid: Sequitur.

EN NOMBRE DE LA VÍCTIMA. REPRESENTACIÓN SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS, VICTIMOLOGÍA Y DERIVA PUNITIVISTA

Jorge Gracia Ibáñez

Laboratorio de Sociología Jurídica

Universidad de Zaragoza

Professor Visitante de la Escola de Criminologia

Faculdade de Direito do Porto

jgraiba@unizar.es

jibanez@direito.up.pt

1. Introducción

Desde los años ochenta del pasado siglo se inicia un auténtico redescubrimiento de la víctima en el campo del Derecho penal y las políticas criminales. Este movimiento, si bien al principio se desarrolló de manera tímida, fue consolidándose poco a poco hasta convertirse en un fenómeno ampliamente extendido y reconocido. El desplazamiento de las víctimas hacia una posición cada vez más central constituye, hoy en día, una de las transformaciones más visibles y radicales (en el sentido de afectar a la raíz) de los sistemas jurídico-penales contemporáneos.

Garland (2005, 26) ha llamado a este movimiento el *retorno de la víctima*, puesto que esta ha irrumpido en el centro del escenario del *teatro del delito* y, ahora, “el nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, se deben escuchar sus voces, honrar su memoria, deben poder expresar su ira y debe haber respuestas a sus temores”. El movimiento, impulsado por la aparición de numerosos grupos de apoyo a víctimas de diversos delitos que propiciaron una mayor sensibilidad social al respecto de diferentes formas de victimización, ha implicado tanto el reconocimiento, más o menos generoso, de derechos¹ como la

¹ Por ejemplo, a nivel internacional, este proceso está delimitado por hitos tan importantes como la *Declaración de la ONU de 1985 sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* y, circunscrito al ámbito del Derecho comunitario europeo, textos como la reciente *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo* (DOUE, nº 315, 14 de noviembre de 2012). En este último caso, el plazo general para que los Estados miembros (entre ellos España) adapten sus legislaciones al sentido de las disposiciones de dicha directiva

articulación de numerosos programas de atención especializados enfocados hacia determinadas víctimas.

No obstante, este proceso de *retorno* – o mejor, de *redescubrimiento* de la víctima pues siempre estuvo allí, aunque no siempre se la tuviera en cuenta – no deja de presentar contradicciones y paradojas. A algunas víctimas se las venera públicamente al tiempo que a otras se las aísla y desprecia socialmente. Se eleva a algunas de ellas a la categoría de ejemplo ciudadano pero, a cambio, se duda fácilmente de sus verdaderas intenciones y de sus testimonios. Se las utiliza con cierta frecuencia como escudo, arma arrojada o instrumento político partidista. O como excusa para favorecer un sesgo conservador en las políticas criminales que genera una deriva punitivista perpetuando la ideología retribucionista con el argumento de que eso es lo que las víctimas desean y necesitan realmente.

En este texto, dentro de este contexto político-criminal descrito, hablaremos, en primer lugar, de la representación social de las víctimas y de algunas de sus contradicciones internas. En segundo lugar, analizaremos la relación del redescubrimiento de la víctima con el desarrollo y la evolución de la Víctimología, especialmente en su deriva hacia el activismo social. Finalmente, trataremos de aportar, aunque de forma esquemática, algunos elementos para la discusión en torno a si existe o no una conexión directa entre ese interés renacido por la víctima y la deriva punitivista en las políticas criminales contemporáneas. Especialmente nos detendremos a analizar las posibles contradicciones entre lo que se asegura que las víctimas quieren y aquello que realmente pueden necesitar.

2. La representación social de las víctimas

Para reflexionar sobre el papel de las víctimas y el modo cómo están influyendo en la formación de las políticas criminales, resulta de gran importancia saber cómo son percibidas por la sociedad. Es decir, cuál es la representación social de las mismas. Una representación que, modulada por diversas influencias y mediatizada frecuentemente por los medios de comunicación, está sometida a cambios y vaivenes constantes.

Objetivamente no todas las víctimas tienen las mismas necesidades: no es lo mismo una víctima de un tirón de bolso que una víctima de un atentado

finaliza el 16 de noviembre de 2015. Su finalidad es garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales (artículo 1.1). El contenido de dicha norma se vertebra en cinco derechos básicos: el derecho a la información, el derecho a la participación en el proceso, el derecho a la protección, el derecho a la asistencia y el derecho a la reparación.

terrorista o de una violación. Sobre estas diferencias objetivas interviene también la tendencia subjetiva a la diferenciación y jerarquización que está muy presente en nuestras sociedades. Ello no debería ser impedimento para que toda víctima, con independencia de sus características personales y del tipo de victimización sufrida, disfrute de los derechos que colmen sus necesidades atendiendo a las diferentes circunstancias concurrentes. Pero lo cierto es que, en la actualidad, parafraseando al Orwell de *Rebelión en la Granja*, aunque el discurso público políticamente correcto mantenga que todas las víctimas son iguales, *unas víctimas son más iguales que otras*.

La teoría de la representación social se remonta en sus orígenes a la sociología de la ciencia, ligándose a un célebre estudio de Moscovici (1961) sobre el modo en el que el psicoanálisis, como teoría científica, fue interpretado por el sentido común social. En sus propias palabras, las diversas representaciones sociales serían una auténtica forma de “crear el mundo alrededor” (*ways of world making*) (Moscovici 1988, 231). Denise Jodelet (1989, 36) define sintéticamente la representación social como “una forma de conocimiento socialmente elaborada y compartida que ofrece una visión práctica y contribuyen a sedimentar una realidad común en el conjunto del tejido social”. Sirve, por lo tanto, para volver familiar algo que es menos próximo a la vida cotidiana, para reelaborar y construir sentido a través de ideas, valores y teorías preexistentes internalizadas y compartidas por los sujetos sociales en torno a realidades complejas. Como por ejemplo, en el caso que nos ocupa, la victimización criminal.

Como recuerda Tamarit Sumalla (2013), en nuestras sociedades contemporáneas, tan obsesionadas por la seguridad y el riesgo, esta representación social de las víctimas y el tratamiento de las mismas evidencia *patologías*.

Entre estas *patologías de la víctima*, destacan la persistencia de un *pensamiento dicotómico*, que contrapone sin matices a las víctimas inocentes y a los victimarios culpables. Otro aspecto patológico lo constituiría la *politización*, o más bien su uso partidario, como ha ocurrido en España con las víctimas del terrorismo de ETA y, en un contexto global, con las víctimas del terrorismo de raíz islamista (en la mayoría de los Estados occidentales, con Estados Unidos a la cabeza, tras los ataques a las Torres gemelas en Nueva York y también en España tras el atentado de Atocha).

Además, debemos considerar como *patología* el *victimismo*, a menudo asociado a actitudes de hipersensibilidad y sobreactuación por parte de representantes de víctimas o de colectivos sociales (Tamarit Sumalla 2013, 18). De tal forma que estos se erigen en intérpretes, autorizados o no, de sus opiniones y sentimientos y tienden a entender o a expresar como agravio o burla a las

víctimas toda decisión que no se corresponda con sus expectativas. En este sentido, no es de extrañar que autores como Andrew Karmen (2010, p.4) achaquen el actual descrédito relativo y la injustificada *mala fama* de la Victimología como estudio científico de la víctima a la confusión, a veces interesada por parte de muchos críticos, entre *Victimología* y *victimismo*.

Finalmente, la representación social patológica de las víctimas está condicionada por *procesos de diferenciación y jerarquía*. De esta forma, “los procesos de atribución de la victimidad están caracterizados por su selectividad. La idealización lleva a la jerarquización, en la medida en la que las diferentes clases de víctimas responden de modo distinto a la expectativa. La solidaridad de la comunidad, el sentimiento de deuda con la víctima, se gradúa en función del sacrificio que la víctima ha soportado por la comunidad” (Tamarit Sumalla 2013, 19).

Esta jerarquización entre víctimas está, como vemos, determinada por la percepción de su vulnerabilidad (que no siempre deriva de un juicio objetivo y ajustado a la realidad) y viene muy condicionada por el peso cultural de la imagen de la que Nils Christie (1986) denominó *víctima ideal*.

De esta forma, en lo más alto de la estima social se colocarían las víctimas ideales (e idealizadas) objeto de compasión y de apoyo porque son percibidas como vulnerables e inocentes. A continuación, se sitúan otras víctimas que, por diversas circunstancias, aparecen cada vez como menos merecedoras de esos sentimientos y, en consecuencia, del apoyo que éstos pueden movilizar en la comunidad pudiendo, las menos valoradas, llegar a ser prácticamente invisibles e ignoradas socialmente². De este modo, la concepción de la *víctima ideal* captura las condiciones sociales bajo a las cuales no solo se otorga a alguien el estatus de víctima, sino también se determina si lo merece o no (Walklate 2011, 183).

Para Tamarit Sumalla (2013, 19), en España, “la diferenciación y la jerarquía han alcanzado cotas muy elevadas, lo cual se hace evidente al no existir un estatuto jurídico de la víctima sino regímenes legales muy diferenciados para las diversas categorías de víctimas (de terrorismo, violencia de género, etc...)”. Como el mismo autor sugiere, deberíamos analizar este fenómeno de la creación de leyes específicas, al menos en parte, como una consecuencia de la mayor visibilidad y consideración social de las víctimas de determinados delitos frente a otras. Visibilidad que se modela también a partir de los prejuicios, de la

² Como recuerda Walklate (2011, 183) “en la parte baja de esta jerarquía [de víctimas] estarían las personas sin hogar, los drogadictos, las prostitutas que hacen la calle: todos aquellos para quienes su estilo de vida los hace propensos a la victimización (son vulnerables pero se les niega la condición de víctimas); y en la parte superior estarían las mujeres mayores víctimas de delitos violentos (mucho menos propensas a este tipo de delincuencia, pero que se perciben como vulnerables y a las que, socialmente, la condición de víctimas se les asigna muy fácilmente)”.

discriminación de determinados grupos y de los miedos socialmente compartidos. En ese sentido, esas víctimas que tienen reconocido su estatus a través de leyes específicas³, ya tendrían algo ganado.

Otro elemento importante a introducir en este análisis sería la opinión pública y, sobre todo, su construcción a través de los medios de comunicación social en su tratamiento periodístico del delito. Ciertamente estamos ante un asunto complejo en el que cualquier generalización puede resultar abusiva. Primero porque, como nos recuerda Fuentes Osorio (2005, 3), el tratamiento de los medios de comunicación respecto del crimen tiene aspectos positivos como el presentar un problema social, los límites de este y favorecer el debate público sobre el mismo. Segundo, porque no todos los medios son iguales en términos de rigor, objetividad e influencia política.

Lo que parece evidente es que el crimen constituye uno de los grandes intereses periodísticos (quizás con mayor grado en el periodismo más populista, más cercano al espectáculo y más alejado del rigor). Ello implica que los medios insistan en la importancia del fenómeno, en la gravedad de la situación actual y en la relevancia del fenómeno delictivo como cuestión de interés público, lo que permite consolidar y colocar permanentemente el tema en la agenda del interés público (Fuentes Osorio 2005, 23). No obstante, una parte de estos medios suelen presentar “una realidad criminal distorsionada. Se sobredimensiona la gravedad y la frecuencia de ciertos acontecimientos al tiempo que otros hechos delictivos cotidianos son condenados al ámbito de lo excepcional. (...) De este modo contribuyen a la aparición y al refuerzo de errores cognitivos en el auditorio por

³ En el contexto español, Tamarit Sumalla (2013, 20) enumera las siguientes: las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de la guerra civil y la represión franquista. A ello habría que añadir, en lo referente a la intervención del Estado de cara a la prestación de ayudas económicas, la *Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual* (BOE, nº. 126, 12 de diciembre de 1995), que se limita a las víctimas de delitos dolosos y violentos cometidos en España con resultado de muerte, lesiones graves o daños graves a la salud física y mental y a las víctimas de delitos contra la libertad sexual en este caso aunque se perpetraran sin violencia (art.1). Especialmente los dos primeros casos, según señala el autor, España constituye un caso único en Europa en que el Estado, así como diversas Comunidades Autónomas, han adoptado leyes que reconocen derechos que van mucho más allá de los previstos en general para las víctimas de otros hechos delictivos. El caso de la *Ley 52/2007, de 26 de diciembre por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura* (BOE, nº 310, 27 de diciembre de 2007), conocida popularmente como *Ley de Memoria Histórica* es también altamente peculiar: de un lado, incluye medidas de carácter simbólico y reparador según un modelo que Tamarit Sumalla (2013, 24) caracteriza como de *justicia transicional tardía* y, de otro lado, evita, tanto en la Exposición de Motivos como en el articulado, hablar de víctimas quizás por pensar que, al menos para una parte de la sociedad, las posibles víctimas beneficiarias de las medidas que la ley contempla, no se encuadrarían dentro de los parámetros de las víctimas ideales e inocentes. Lo cual habrían venido a demostrar el evidente desinterés político en su aplicación y, por lo tanto, el renqueante desarrollo de la implementación de la norma.

ejemplo respecto a la probabilidad de ser víctima del delito” (Fuentes Osorio 2005, 3).

En este contexto, y en el caso de noticias relacionadas con hechos *sub judice*, serían especialmente preocupantes, los denominados *juicios paralelos*⁴. Juicios periodísticos que desembocan generalmente “en un sentimiento de desconfianza hacia la Administración de justicia y en un alarmismo de la sociedad en la creencia de una sensación de inseguridad ciudadana que le lleva a reaccionar demandando la reforma de las leyes penales y penitenciarias para endurecerlas” (Rodríguez Llamosí 2011, 221).

En estos casos se suele utilizar la narración de la experiencia de las víctimas en un discurso –al menos en la superficie, insistentemente *victimocéntrico*– que apela a las emociones y la identificación del ciudadano de la calle (siempre que la víctima se perciba como inocente: cuanto más cercana al modelo de la *víctima ideal*, mejor). Como apunta Green (2006, 138) –en su análisis de un texto aparecido en *The Sun* y escrito por el entonces primer ministro británico Tony Blair en el que venía a insistir en el incremento de las tasas de crimen (a pesar de que las estadísticas aseguraban lo contrario) y en la necesidad de actuar legislativa y políticamente ante ello– en este tipo de discursos se asume claramente que no hay sustituto para la propia experiencia, aunque esta sea de segunda mano y mediatizada por los medios de comunicación. Se está mandando el mensaje a la gente de que su miedo al crimen, irracional o no, es mucho más relevante que cualquier análisis con pretensiones científicas y objetivas que puedan ofrecer criminólogos, victimólogos o expertos en Derecho.

Y en este tipo de operaciones, la narración directa de la experiencia de las víctimas se erige como un instrumento de gran utilidad. Lo cual en principio no tendría por qué ser siempre negativo si se emplearan, en este reflejo mediático, los adecuados estándares de calidad y objetividad. De hecho, al dar voz a las víctimas tradicionalmente apartadas de la justicia penal, conduciría a un mayor entendimiento de los procesos de victimización y sus consecuencias así como a una mejor comprensión de las necesidades reales de las víctimas y de su situación. En definitiva, podría favorecer un debate democrático y equilibrado sobre estas cuestiones. Lamentablemente, no suele ser el caso.

En definitiva, como consecuencia de ese complejo proceso de construcción y de representación social de las víctimas, sobre todo si nos centramos en los procesos de diferencia y jerarquización aquí nombrados, podemos observar cómo, a partir el discurso político-criminal dominante, se establece socialmente

⁴ Fenómeno que Rodríguez Llamosí (2011, 221) caracteriza, en los medios de comunicación, como “un juicio de valor ausente de rigor profesional y ético sobre los elementos de un proceso al margen de este”.

cuáles son las víctimas que cuentan y las que no; qué víctimas son visibles y cuáles permanecerán en la penumbra o, directamente, en la invisibilidad; qué víctimas merecen ser atendidas y cuáles no tanto (o al menos no con el mismo interés, intensidad y consecuente dedicación de recursos públicos).

En concreto, la parte alta de la jerarquía la ocuparían en la actualidad las víctimas de terrorismo, de violencia de género y de agresiones sexuales (especialmente si son menores)⁵. Estas serían, como las llama Tamarit Sumalla (2013, 20), las *víctimas por antonomasia*⁶.

Son las víctimas de los agresores que se perciben en el imaginario social como auténticos monstruos. Frente a estos *enemigos sociales* el Derecho penal más enfocado a la reinserción fácilmente puede ser presentado como ineficaz. Ante ellos, se nos dice, solo se puede hacer prevalecer la necesidad de defensa social e *inocuidad* siguiendo la línea de políticas-criminales de mano dura que inciden en la retribución y han abandonado o minimizado al máximo cualquier pretensión de resocialización de los agresores. A partir de la plantilla monstruosa del terrorista, del pedófilo o del depredador sexual, se traza una jerarquía de víctimas a las que se asegura querer proteger más y mejor, la mayoría de las veces por la vía única de aumentar la dureza del castigo a sus agresores para seguridad del resto de la sociedad.

3. El (re)descubrimiento de la víctima y el auge de la Victimología

En otro orden de cosas, esta creciente importancia y protagonismo de la víctima está indefectiblemente conectada con el surgimiento y, sobre todo, el posterior desarrollo de la Victimología. El inicio de la Victimología como

⁵ Lo que, paradójicamente no tiene por qué implicar necesariamente la implementación de medidas para conseguir una atención más eficaz hacia ellas. Por otro lado, la relativa mayor visibilidad social de la violencia de género debe mucho a los análisis feministas sobre la violencia contra las mujeres en el ámbito familiar que colocaron en la agenda y sacaron a la luz pública un tipo de violencia que permanecía confinada en el ámbito privado. Este cambio de perspectiva no necesariamente coloca a los maltratadores de mujeres en el mismo nivel que los violadores, los pedófilos o los terroristas. De hecho, y a pesar de la construcción en los últimos tiempos de la violencia de género como un problema social y público, no es infrecuente que, en la representación social de este tipo de agresores, persista todavía la idea de que no son *verdaderos delincuentes*. Por eso no son considerados, o al menos no en el mismo grado, peligrosos socialmente sino solo para sus esposas, compañeras, hijos/as o familiares próximos.

⁶ Como hace notar el autor (Tamarit Sumalla 2013, 20) partiendo de la definición del vocablo *antonomasia* por parte de la Real Academia Española de la Lengua, al referirse a estas víctimas el discurso políticamente correcto denota que a estos colectivos “les conviene el nombre apelativo con que se les designa, con preferencia a todos los demás a quienes dicho nombre comprende”.

disciplina científica surge de los trabajos de Mendelsohn y von Hentig⁷. Ambos autores parten de estudios empíricos para analizar las relaciones entre víctima y victimario así como el papel de las víctimas en su propia victimización criminal (Von Hentig 1948; Mendelsohn 1958). Para algunos autores, la Victimología sería una disciplina autónoma mientras que otros la consideraron desde el inicio como una rama de la Criminología dedicada al análisis de la víctima y de los procesos de victimización.

La discusión sobre la autonomía o no de la Victimología respecto de la Criminología, aunque tenía sentido desde el punto de vista del proceso de institucionalización y desarrollo de la disciplina, parece a día de hoy menos relevante si se tienen en cuenta las evidentes conexiones entre las dos disciplinas y el hecho de que comparten método y, en muchos aspectos, objeto de estudio. No sería posible estudiar en profundidad el hecho criminal sin incluir a las víctimas además de a los victimarios. De acuerdo con Morillas Fernández *et al.* (2010, 22), “la Criminología presenta un denotado carácter integrador por cuanto es la expresión científica de un todo donde se integran distintas disciplinas entre las que destacaría sobremanera la Victimología”.

En un primer momento, los autores que con sus trabajos dieron forma a la Victimología se centraron en la clasificación de las víctimas basándose, en buena medida, en el grado de responsabilidad de estas en su propia victimización o en su grado de vulnerabilidad. Desde ese punto de vista, y a pesar de las importantes diferencias entre ellos, los primeros análisis de los *padres de la Victimología* impulsaron un conjunto de teorías que con posterioridad fueron criticadas como culpabilizadoras de la víctima (*blaming the victim*). Estas concepciones teóricas se centraban en los mecanismos de precipitación del resultado por parte de las propias víctimas (*victim precipitation*). Para Walklate (1989, 18) las principales características de esta primera victimología denominada también *victimología convencional* serían: a) un análisis individualista de las relaciones entre la víctima y el delincuente, b) una tendencia a considerar a la víctima como culpable (*victim blaming*); y c) una tendencia a concentrarse en el delito común.

El proceso de institucionalización como disciplina académica tuvo un importante punto de inflexión en la celebración del *I Simposium Internacional sobre Victimología* en 1973 en Jerusalén⁸. Más o menos por aquel entonces la

⁷ Aunque el término Victimología fuera utilizado por vez primera por Werthan (1949) en su obra *The show of violence*.

⁸ Resulta altamente significativo que el renovado interés sobre la víctima apareciera en la década de los cuarenta, en plena posguerra mundial, y que el primer simposio internacional se celebrara precisamente en Israel en los años 70. Las atrocidades de la II Guerra Mundial y el descubrimiento de las terribles consecuencias del Holocausto suponen indudablemente un punto de inflexión en el interés global sobre las víctimas que contribuyó a la formación, poco a poco, de esa nueva sensibilidad.

Sociedad Mundial de Victimología, fundada en 1979, entendió la Victimología como “el estudio científico de la extensión, naturaleza y causas de la victimización criminal, de sus consecuencias para las personas envueltas y de las reacciones sociales, en particular de la policía y de los sistemas de justicia criminal, así como de los voluntarios/as y profesionales de ayuda” (Van Dijk 1997, 6).

A partir de ese momento, la disciplina fue evolucionando, dejando atrás las primitivas concepciones excesivamente estigmatizadoras para dar paso a una mayor preocupación sobre la víctima de crimen desde un punto de vista social y judicial. Desde concepciones más tradicionales se pasó, en los años 80 del siglo XX, a una Victimología denominada como *constructivista* o *realista* que se centraba en la necesidad de articular reformas legislativas para el reconocimiento de los derechos las víctimas y en el desarrollo de programas de apoyo psicológico, social y financiero.

Ese sesgo más promocional que adquirió la disciplina, cada vez más relacionado con el activismo social y político, supuso el paso de una *Victimología del acto*, más centrada en el análisis y estudio científico de la víctima y del proceso de victimización, a una *Victimología de la acción*, en la que el estudio de las necesidades de las diferentes víctimas de crimen desde posiciones cercanas al activismo ocupaba un lugar preponderante (Neves y Fávero 2010, 15). A través de sus transformaciones, más allá del análisis científico de la participación de la víctima en los hechos y la integración de la misma en la teoría jurídica del delito de la que se ocupa la *Victimodogmática*⁹, se han ido reconociendo, a partir del auge de las nuevas perspectivas abiertas por la moderna Victimología, una serie de derechos de la víctima en el proceso, fomentando su mayor protagonismo.

Posteriormente, desarrollos como la denominada Victimología *radical* o la Victimología *crítica* permitieron ir un poco más allá al ampliar el concepto de víctima y al ensanchar el campo de interés hacia víctimas tradicionalmente olvidadas como las víctimas de crímenes de cuello blanco y delitos económicos, o de las corporaciones, víctimas de delitos ecológicos, víctimas de guerra y víctimas de crímenes de Estado. Dentro de estas corrientes antihegemónicas resultan

⁹ La *Victimodogmática*, analiza hasta qué punto y en qué medida el reconocimiento de la existencia en algunos supuestos delictivos, de víctimas que favorecen la consumación del hecho criminal, puede conducir a afirmar que éstas son corresponsables por haber contribuido a él con actos dolosos e imprudentes y en este sentido valorar una atenuación e incluso eximente de la responsabilidad del autor (Aguilar Avilés 2010, 35). Esa concepción remite a los primeros desarrollos de la Victimología centrados en el análisis del papel de la víctima en la consumación del delito. Otros autores plantean una visión más amplia de la acorde con la propia evolución y transformaciones de la ciencia victimológica. Así para Landrove Díaz (1998), la *Victimodogmática* haría referencia la influencia de la Victimología en el dogma jurídico-penal donde la estructura general del Derecho penal quedaría adaptada a las nuevas demandas sociales reivindicadas por la recogida legal de dicha disciplina.

especialmente relevantes las aportaciones de la *Victimología feminista* que puso de relieve el hecho de que las mujeres eran especialmente víctimas de algunos delitos muy determinados por cuestiones de género (*gendered crimes*) colocando en la agenda de investigación victimológica cuestiones tan relevantes como la violencia familiar y doméstica o las agresiones sexuales.

Según Elena Larrauri (1992, 21-22), las áreas de conocimiento que hoy cobija la *Victimología* son esencialmente tres: las encuestas de victimización (información sobre víctimas), la posición de las víctimas en el Derecho penal (derechos de las víctimas) y la atención social y asistencial de la víctima (las necesidades de las víctimas).

A pesar de las diversas sensibilidades que conviven en su seno y la amplitud del objeto de la misma así como la pluralidad de abordajes, lo cierto es que el estatus académico de la *Victimología* no ha dejado de suscitar controversias todo este tiempo. Algunas de ellas se relacionan con ese sesgo cada vez más promocional y activista que, para los críticos, escondería el carácter en el fondo poco científico de muchas de estas aproximaciones.

Así, según Donald Cressey (1992) que propone casi una *enmienda a la totalidad*, la *Victimología* sería claramente un *programa no académico*, una mezcla de ideas, intereses, ideologías y métodos de investigación agrupados más bien arbitrariamente. Se caracterizaría por el encononazo entre dos orientaciones igualmente deseables hacia el sufrimiento humano: la humanística y la científica.

Hasta el punto de que para autores que comparten, aunque con matices, esta postura tan crítica como Fattah (2010, 79), la mejor manera de describir la *Victimología* hoy es como “un movimiento político-ideológico y una profesión de ayuda no muy diferente de la enfermería o el trabajo social”. Por eso mismo, debería apostarse, en bien del futuro de la disciplina, por el retorno a lo que él denomina una *Victimología científica*, no partidaria y no alineada: objetiva, neutra (en términos de raza, género y clase), orientada hacia la investigación y centrada en la teoría; igualitaria y que no crea una jerarquía de víctimas. Lo que el autor propone, en definitiva, es la vuelta a una *Victimología libre de valores* que supere y corrija el foso creado por esta transformación ideológica de la disciplina entre victimólogos científicamente orientados y victimólogos ideológicamente comprometidos y centrados en la acción (Fattah 2010, 72).

Otros autores plantean posturas menos radicales y excluyentes. Así, para Andrew Karmen (2010, 4-10), la solidez de la disciplina, su carácter científico, la necesaria objetividad y el rigor de las investigaciones y trabajos, no tendría por qué excluir necesariamente el carácter de ciencia aplicada de la misma lo que la

llevaría a aportar conocimiento para la mejora real de la situación de las víctimas del delito (Karmen 2010, 14).

De acuerdo con Elias (1996, 15), que asume la Victimología más bien como una cuestión de derechos humanos, los victimólogos y los defensores de las víctimas deben trabajar conjuntamente buscando un punto de encuentro común. Desde su perspectiva, el problema “no es tanto que haya demasiada política o ideología en la Victimología, sino que esta sea la política e ideología equivocada, filosofías que han fracasado miserablemente en la reducción de la victimización y en la tarea ayudar a las víctimas. La superación de este problema no se basa en el rechazo de la ideología, sino más bien en dedicarnos más plenamente a la búsqueda de una política que funcione. Si no elegimos la política que queremos, la política elegirá por nosotros; de hecho, ya lo está haciendo”.

A este respecto, Tamarit Sumalla reflexiona sobre lo injusto que resulta que se impute, como se suele hacer con cierta frecuencia de forma bastante reduccionista, al reconocimiento de los derechos de la víctima y al desarrollo de la Victimología un mayor énfasis en la punitividad a través de la expansión del Derecho penal o el debilitamiento de las garantías. Sobre todo cuando la Victimología, además de potenciar la protección, “llama a establecer otros mecanismos de compensación de la víctima a través de la solidaridad y la asistencia dirigido a lograr la desvictimización¹⁰, que reduzcan los impulsos punitivos” (Tamarit Sumalla 2007, 15)

En conclusión, como Andrew Karmen (2010, 14) recomienda, “la Victimología debe configurarse como un desafiante, equilibrado, iluminador, constructivo y relevante campo de estudio que se centra en un problema muy antiguo pero desde un nuevo y refrescante ángulo”.

4. Lo que las víctimas quieren y lo que necesitan

El núcleo de la discusión que pretendemos plantear en este apartado se localiza en las posibles tensiones entre la representación social de las víctimas de delitos graves (especialmente en lo referido a la atribución a estas en el

¹⁰ La *desvictimización* puede considerarse como un proceso complejo y multicausal, caracterizado por la intervención de muy diversos factores, y sobre el cual se sustentan la construcción de nuevas políticas de apoyo y asistencia a los sujetos damnificados por los actos criminales. Intervienen en el mismo muchos profesionales y especialistas de diversos ámbitos (psicólogos, médicos, operadores jurídicos, policía, etc) que abordan el proceso desde una perspectiva integral y multidisciplinar (Morillas Fernández *et al.* 1998).

imaginario social de sentimientos vindicativos y consecuentes demandas de mayor punitividad) y el análisis de las necesidades de las víctimas desde un enfoque victimológico.

Debemos hacer notar previamente la lógica dificultad a la hora de establecer, de una forma genérica, tanto lo que las víctimas quieren como lo que necesitan. Entre otras cosas porque esto va a variar según el tipo de victimización (como decíamos al comienzo, no es lo mismo ser víctima por ejemplo del robo de un vehículo que de una agresión sexual o de violencia de género) e incluso variará igualmente de persona a persona, aun dentro de una misma categoría de víctimas, atendiendo a las diversas circunstancias individuales biológicas, psicológicas y socioeconómicas. En cualquier caso, tanto la determinación de las necesidades de las diversos tipos de víctimas de cara a la articulación e implementación de programas de intervención adecuados como la recopilación de información sobre las mismas (también sobre sus sentimientos y demandas) son objeto central de análisis e investigación empírica por parte de la Victimología.

En relación con lo que las víctimas quieren y esa representación social que las imagina llenas de sentimientos vindicativos, deberíamos entender mejor primero las posibles funciones de ese sentimiento de venganza en las víctimas insertas en el contexto del proceso de victimización con sus múltiples consecuencias psicosociales, especialmente y de mayor alcance en las formas de victimización más graves. Para Fridja (1994, 282), ciertamente, la venganza “no restaura la pérdida o dolor que hay debajo del daño que he sufrido [como víctima], pero quita un poco de su ventaja o gloria; oculta mi vergüenza detrás de su vergüenza [del agresor] y mi dolor detrás del suyo”. Desde el punto de vista estricto de la víctima, el deseo de venganza sería, por lo tanto, un sentimiento con cierto grado de racionalidad funcional.

No obstante, como señala Enrique Echeburúa (2013, 71), “la renuncia al deseo de venganza es una inevitable obligación social, pero la negación social de su necesidad psicológica puede convertirse en una segunda agresión. No hay víctima que no quede desgarrada por el conflicto entre la necesidad psicológica de la venganza directa y el imperativo social de resignarse a la justicia”. Otra cosa es si ese sentimiento de venganza entendido como emoción racional (hasta cierto punto) de la víctima lo sigue siendo respecto de la sociedad en su conjunto y debe tener cobijo y apoyo por parte del sistema penal.

La misma Victimología como ciencia empírica tiene mucho que decir ayudando a esclarecer a través de investigaciones, como antes señalábamos, lo que hay de verdadero y de construcción en el sesgo punitivista asociado al deseo de venganza que se suele atribuir a las

víctimas. Lo cierto es que no son pocos los trabajos que ponen en cuestión estas concepciones¹¹. Para Larrauri (1998, 42), “la demanda de penas más severas se produce generalmente por gente que no ha sido directamente victimizada. La propia víctima en ocasiones quiere renunciar a la pena a cambio de una reparación, pero es precisamente el Estado y la concepción de la pena pública la que fuerza su imposición”.

Ese supuesto ardor retributivo que saciaría el deseo de venganza, real o proyectado, de las víctimas solo con más condenas (especialmente de cárcel) y más duras puede ser fácilmente manipulado y convertido, como de hecho así ha sucedido en buena parte de los sistemas criminales contemporáneos, en una de las bases del populismo penal¹² justificando las políticas de mano dura y agravamiento de las penas en algunos delitos. Porque, como hace notar Bernardo del Rosal (2009, 14), todo esto se integra en una importante transformación de los sistemas penales que ha venido concretándose en las últimas décadas que implica que estos “no sólo castigan más con penas de prisión que cada vez más largas en su duración, es que lo hacen, primero, en un contexto de evolución interrumpida hacia la racionalidad y la humanización, que orientaba hacia un uso más moderado y restringido de la prisión, y, segundo, lo hacen reduciendo los fines de la pena a la *inocuidad*, convirtiendo al riesgo en referente esencial de la intervención penal, aplicando técnicas actuariales de control del riesgo, haciendo uso del populismo penal, convirtiendo a la víctima en un icono e implicando de forma diferente a la sociedad en el diseño y ejecución de las políticas penales, haciendo renacer sanciones que se consideraban obsoletas e impropias de sistemas penales avanzados”.

Como vemos, un elemento importante dentro de estas transformaciones es el haber convertido a la víctima en un *icono*. Para Simon (2007, 136), la víctima de delito, o al menos cierto tipo de víctimas (porque no hay que olvidar el proceso social de diferenciación y jerarquización de las mismas), se contempla como un *ciudadano/a idealizado/a*. Un ciudadano/a cuyas demandas además más o menos se corresponderían con aquello que el propio Estado sabe hacer con mayor efectividad: utilizar su poder para castigar.

¹¹ Sería muy prolijo enumerar aquí toda la literatura sobre este tema. Pero, por ejemplo, así lo resaltan, entre otros, destacados autores como Sessar *et al.* (1986) o Johnstone (2000).

¹² La literatura sobre este fenómeno el populismo penal es muy abundante e imposible de reseñar en este espacio. Nos limitaremos a recoger una definición de populismo penal de Bernardo del Rosal (2009, 13) que sintetiza la aportación de muchos autores y que lo configura como “el fenómeno consistente en tomar las decisiones de la política criminal sobre la base de las demandas que nacen de la experiencia cotidiana, de las percepciones y de los sentimientos del pueblo, haciendo, entonces, que esas opiniones, o, si se prefiere, que esa opinión pública, sea la fuente del nuevo conocimiento penal y de la ley penal, sin que puedan intermediar reflexivamente, entre esas demandas (fruto de esos sentimientos y emociones) y las decisiones políticas, los expertos, cuyas opiniones, además, parecen estar ahora desacreditadas”.

De esta forma, cuando las víctimas se vuelven un elemento esencial en el clamor de medidas cada vez más punitivas abandonan aparentemente, con su sentido de la autenticidad y su valor moral, un tratamiento que, de otra forma, sería visto como meramente vengativo. Estas llamadas a condenar más y a entender menos las causas del crimen resultan más persuasivas si se subrayan con los testimonios y las historias de las propias víctimas (McEvoy y McConnachie 2012, 530). Y esto, como hemos visto, se amplifica enormemente a través de los medios de comunicación y del tratamiento mediático del delito.

No obstante, para Mauricio Martínez (2008, 192), “el Derecho penal no puede representar la prolongación de la venganza, sino como sistema de garantías, para arrebatar al inculpatado de las manos del sistema punitivo ilimitado y de las víctimas y de las mayorías que en su irreparable dolor o instrumentalizadas por oscuras campañas, pueden ser más ofensivas y catastróficas que el delito mismo”.

Aunque compartamos estas afirmaciones y su sentido último, en este tipo de análisis no deja de translucirse un resto de culpabilización de la víctima. Víctima a la que, aunque se le reconozca su dolor que el Derecho no puede llegar a reparar plenamente sobre todo en los casos más graves¹³, se le reprocha ahora no asumir los valores democráticos y racionalizadores del garantismo y del Derecho penal mínimo fomentando, con su actitud, la deriva punitivista. A este respecto Robert Elias (1996, 21-22) se pregunta, creo que muy acertadamente, “¿Cómo podemos esperar que las víctimas no crean que lo que necesitan es venganza cuando el derecho, la ideología y el movimiento a favor de las víctimas dominante les han dicho repetidamente que lo que necesitan es que se castigue duramente a los agresores: para calmar su rabia y para autoprotegerse? En nuestra *cultura de soluciones violentas* no hemos ofrecido otra alternativa a las víctimas que no sea la venganza”. No obstante el mismo autor hace notar también cómo, a pesar de esas presiones sociales, la mayoría de las víctimas no busca venganza y, como ya veíamos y evidencian numerosos estudios, las víctimas resultan bastante menos punitivistas de lo que se podría pensar.

¹³ Como recuerda Antonio Madrid (2010, p. 124) al menos en los casos de victimización más grave el Derecho se encuentra con una realidad insalvable en la *inconmesurabilidad del dolor*, a la que acompaña otra limitación radical: la *irreparabilidad del sufrimiento*. Y aunque esto no significa que no se apoye a las víctimas y se les proporcione reparación no deja de evidenciar que el derecho que se había propuesto domesticar el sufrimiento no puede hacerlo del todo. Al menos en esos casos más graves, no es posible para el Derecho reparar lo irreparable. Choca, por lo tanto, con la dimensión trágica de determinados sufrimientos.

Y esto conecta precisamente con el segundo elemento de análisis: las necesidades reales de las víctimas. Para hablar de esas necesidades de las víctimas, es necesario referirnos al ya mencionado *proceso de desvictimización*. Para Caravaca Llamas (2011, 3) este complejo *proceso de desvictimización* pretende, de un lado, “fundamentar y justificar una actuación específica de la Política Social para las víctimas; pero, por otro [lado], busca normalizar, en la medida de lo posible, la situación de las mismas en el conjunto de la sociedad, eliminando toda posibilidad de estigmatización, de instalación crónica en la victimización, o la generación de una comunidad de víctimas cerrada en sí misma”.

Según esta misma autora (Caravaca Llamas 2011, 3), en el caso español, “estos campos de atención a las víctimas perfilan ya una acción genérica de la Administración social española respecto a las víctimas, a nivel nacional y autonómico, desarrollada a través de las siguientes actuaciones: a) atención psicosocial (desde la atención personalizada hasta la rehabilitación moral y/o conmemoración); b) garantías legales y policiales de no repetición, prevención y sanción social; c) mediación penal; d) apoyo económico y social (desde las prestaciones asistenciales y contributivas hasta el apoyo mutuo de carácter asociativo)”. Es decir, vemos como las necesidades de las víctimas deben ser cubiertas no solo a través de la intervención de la Administración de justicia en un sentido más estricto sino abarcar también la intervención de los poderes públicos para asegurar apoyo social, psicológico o económico. Ello implica la intervención no solo del sistema legal sino también de otros sistemas como el sanitario y el de servicios sociales.

En definitiva, y como muy oportunamente recuerda Tamarit Sumalla (2013, 3-4), las causas y las implicaciones en el plano político-criminal del redescubrimiento de la víctima distan de ser evidentes. Nos encontraríamos ante un fenómeno complejo en el medio del cual la víctima aparece como un *actor fragmentado*. Resulta demasiado simplificador contemplar el fenómeno solo como una manifestación del conservadurismo en política criminal, a pesar de las indudables conexiones que se pueden rastrear al respecto, y al tiempo ignorar aspectos del reconocimiento de los derechos de las víctimas que no tienen esa vinculación. Como, por ejemplo, la aparición de los programas de justicia restaurativa.

Para Tamarit Sumalla (2013, 4), lo paradójico del rol fragmentado que ocupa la víctima es que ésta en realidad puede ser instrumentalizada tanto supuestamente para el castigo del ofensor como a favor de este. No obstante, el hecho de reconocer la existencia de tensiones no debería impedir las transformaciones que supongan una participación más activa de la víctima en el proceso por ejemplo, como ya señalábamos, a través del modelo de justicia

restaurativa¹⁴. Este modelo de justicia parecería conectar mucho más eficazmente con esa preocupación y atención a las víctimas que ha favorecido la Victimología sobre todo desde sus sesgos más activistas al centrarse mucho más en la reparación de su sufrimiento y ponderar mejor que la justicia retributiva tradicional todas sus circunstancias. Las víctimas recuperarían así el conflicto que la Administración de justicia les había expropiado pero no para solucionarlo con la venganza sino a través del diálogo y el acuerdo sobre la reparación. Según Arturo Arrona (2012, 11), la justicia restaurativa termina suponiendo “una visión de la justicia desde y hacia las víctimas, es decir, justicia que se debe a las víctimas y justicia que emana de las víctimas; teniendo todo un trasfondo victimológico para la ayuda y el cuidado de la víctima”.

No obstante, como advierte Ruggiero (2011, 104), la Victimología más convencional tiende a ver el aumento de la participación de la víctima y a esta misma como un instrumento para fortalecer el sistema penal. Mientras que, desde posturas cercanas al abolicionismo o favorables a un Derecho penal mínimo, se buscaría combinar la participación de la víctima en el proceso con medidas no penales, informalidad, negociación e involucración de la comunidad. La compensación de las víctimas, desde esta perspectiva, no se basaría en variables jurídicas abstractas como verdad judicial, culpabilidad, peligrosidad sino en la responsabilidad de los ofensores, de la víctima y de la comunidad en su conjunto a partir de sus propias necesidades.

Tampoco hay que obviar la existencia de elementos retributivos en estos enfoques, máxime cuando a través de la justicia restaurativa también se está imponiendo una consecuencia jurídica negativa al autor de los hechos delictivos. Esta consecuencia puede consistir en una conducta de devolución de lo robado, de expresión de arrepentimiento, de compensación económica a las víctimas. Son, en todos los casos, consecuencias que tienen un claro efecto retributivo (Barona Vilar 2013, 61).

Con todo, creo que hay que evitar pensar en la justicia restaurativa como una especie de *panacea universal* para las víctimas; debemos elaborar programas rigurosos, monitorizar los resultados y generar evidencia empírica para seguir

¹⁴ Arrona (2012, 6-11) define la justicia restaurativa como “un nuevo modelo de justicia en el que las personas afectadas directamente por un delito o infracción (víctima, agresor y comunidad) logran mediante un proceso de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo, alcanzar la solución del conflicto y la restauración de las relaciones sociales quebrantadas por la comisión del hecho ilícito de una forma distinta que la que ofrece el sistema penal tradicional; tomando en cuenta las condiciones tanto de la víctima como del agresor”.

reflexionando críticamente sobre la adecuación o no de este tipo de soluciones en determinados tipos de delitos¹⁵.

Y también abordar, aunque se trate de un asunto controvertido, los peligros del uso de este tipo de justicia más orientada hacia la víctima como instrumento para conseguir mejores resultados y acuerdos para los ofensores. En definitiva, como una manera de reintroducir *por la puerta trasera* un tratamiento más humano de los ofensores en un sistema cada vez más retributivo (Williams 2005, 60). Porque, aun pudiendo compartir esos objetivos moderadores de la deriva punitivista, esta parece una lectura en exceso pobre que no abarca todas las posibilidades e implicaciones del modelo de justicia restaurativa y continúa instrumentalizando a la víctima.

En cualquier caso, habría que superar la idea bastante extendida de que los derechos de las víctimas solo se protegen si se les niega sus derechos a los agresores. Lo cual, como concluye Elías (1996, 21), genera “un juego de suma cero basado en la dudosa presunción de que las víctimas solo ganan si los agresores pierden”. El modelo de justicia restaurativa –y, en general, cualquier manifestación del aumento de la participación de los sujetos pasivos del delito– debe evitar caer en esa trampa simplista y plantearse como un enfoque que, sin olvidar a los agresores, se ocupa mejor de las víctimas.

5. Conclusiones: ¿todo por la víctima?

El interés social y político en relación con las víctimas es legítimo aunque no deba ser, desde luego, el único interés a tener en cuenta en el desarrollo de las políticas criminales. De cualquier modo, parece evidente que la atención adecuada a las mismas constituye un rasgo necesario en cualquier sociedad que aspire a constituirse como una sociedad decente. Y en esa atención adecuada, el papel del Derecho penal y de la Administración de justicia, aun siendo fundamental, no debe quedar aislado. Por eso, y siempre desde una postura garantista, cobra sentido la búsqueda de un equilibrio entre la tradicional neutralización de la víctima que implica el carácter público del *ius puniendi* (limitado y circunscrito a su condición de *ultima ratio*) y la atención adecuada a sus necesidades por parte del conjunto de los poderes públicos y especialmente de la Administración de justicia.

¹⁵ Un ejemplo de ello sería la discusión presente en la literatura científica internacional sobre la utilidad y viabilidad de este tipo de programas restaurativos en casos de violencia familiar y de género. Para un acercamiento inicial puede consultarse un buen resumen de los argumentos en contra y a favor en Strubb (2004).

En otro orden de cosas, debemos tener en cuenta de qué forma influye en esta coyuntura la representación social de las víctimas de los diferentes delitos. Las sociedades contemporáneas, tan obsesionadas con conceptos como el miedo al crimen, el riesgo y la seguridad, sustentan una visión de las víctimas que resulta muchas veces distorsionada. Se interpretan sus realidades, sus deseos y sus necesidades casi siempre en términos vindicativos y punitivistas. Y esa visión en relación con las víctimas cristalizada en forma de opinión pública condiciona, en muchos sentidos, las políticas criminales.

Entre las *patologías* sociales de la víctima que podemos diagnosticar en la sociedad actual son de especial relevancia, para el tema que nos ocupa, el proceso de jerarquización y diferencia por los que unas víctimas acaban por ser mucho más visibles (y atendidas) que otras. En general, el peligro de instrumentalización de las víctimas suele estar también muy presente, en estas *sociedades del miedo* obsesionadas por la seguridad, ya sea mediante la apropiación de sus propias voces o la manipulación de sus sentimientos. La atribución de esos sentimientos vindicativos casi universales a las víctimas es demasiado reductora y probablemente no se ajusta a la realidad. Sobre todo si ese interés, como suelen hacer ciertos grupos, se presenta únicamente como la exigencia de *comprender menos* el delito y sus contextos sociales y *castigar más* al delincuente como única prueba de que la Administración de justicia se toma realmente en serio a las víctimas.

Por todo ello, y a pesar de las evidentes conexiones, resulta en exceso simplificador imputar el renacido interés por la víctima a la corriente conservadora y punitivista en las políticas criminales. Ese interés por la víctima, ayudado e impulsado por el nacimiento y posterior desarrollo de la Victimología, tiene también otros elementos que no encajarían en ese esquema: por ejemplo, el énfasis en los enfoques de la justicia restauradora o el apoyo y atención a la víctima más allá de las posibilidades, más bien limitadas, del Derecho penal.

No hay que olvidar como a los primeros abordajes de la Victimología se les reprochó con posterioridad que resultaban demasiado culpabilizadores de las propias víctimas. En cierta forma esa tendencia culpabilizadora se mantiene cuando se señala a las víctimas y a sus intereses (que se identifican casi indefectiblemente con el ansia de venganza en diversos grados) como responsables fundamentales de la deriva punitivista. En demasiadas ocasiones se obvia, en estos análisis, la instrumentalización de las víctimas y su utilización como excusa para fomentar programas político-criminales de *ley y orden*. Y, desde luego, esto se extiende a la valoración de la Victimología como programa científico dedicado al análisis de las víctimas y los procesos de victimización.

Resulta complicado evitar tanto el paternalismo respecto de las víctimas (interpretando lo que estas quieren y lo que necesitan como si fueran un grupo compacto y homogéneo) como la instrumentalización de las mismas. Desde el desarrollo de investigaciones y análisis victimológicos, empíricos, metodológicamente exigentes y enfocados hacia un abanico amplio de víctimas, podemos eludir la tentación de la instrumentalización y resistir la jerarquización y la diferencia. En definitiva superar ese irreflexivo lema de *todo por las víctimas* que parece tantas veces dominar ciertos desarrollos político criminales que se insertan en una deriva punitivista sin mostrar realmente una preocupación verdaderamente efectiva por su situación y necesidades reales.

Bibliografía

Artículos y libros

AGUILAR AVILÉS, D. (2010), *Estudios cubanos sobre victimología*. Málaga: Universidad de Málaga, Grupo de Investigaciones EUMED.

ARRONA PALACIOS, A. (2012), “La influencia de la Victimología en la justicia restaurativa y los programas de mediación”, *Quadernos de criminología* (16), pp. 6-11.

BARONA VILAR, S. (2013), “Influencias de la Unión Europea e instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la Justicia Restaurativa y la Mediación Penal”, *Revista Judicial, Costa Rica*, (108) Junio, pp. 47-69.

CARAVACA LLAMAS, C. (2011), “Política Social y asistencia a las víctimas de delitos en España: del reconocimiento legal a la protección social”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo 2011. Disponible en www.eumed.net/rev/ccss/11/

CHRISTIE, N. (1986), “The ideal victim”, en FATTAH, E.A. (ed.), *From crime policy to victim policy*. Londres: Macmillan, pp. 17-30.

CRESSEY, D. (1992), “Research implications of conflicting conceptions of victimology”, en FATTAH, E.A. (ed.), *Towards a Critical Victimology*. New York: St. Martin's Press, pp. 57-73.

ECHEBURÚA, E. (2013), “El valor psicológico del perdón en las víctimas y los ofensores”, *Eguzkilore*, (27), pp. 65-72.

ELIAS, R., (1996), “Paradigms and Paradoxes of Victimology”, en SUMNER, C., ISRAEL, M., O'CONNELL. M., SARRE R. (eds.), *International victimology*:

selected papers from the 8th international symposium. Canberra: Australian Institute of Criminology, pp. 9-34.

FATTAH, E. A. (2010), “Da investigação ao ativismo, da academia ao partidarismo e o resultante empobrecimento da Vitimologia”, en NEVES, S., FÁVERO, M., (coord.), *Vitimologia: Ciência e ativismo*. Coimbra: Almedina, pp. 49-86.

FRIJDA, N. H. (1994), “Lex Talionis: On Vengeance”, en VAN GOOZEN, S.M., VAN DE POLL, N. VAN DE POLL, N.E., SERGEANT, J.A. (ed.), *Emotions: Essays on Emotion Theory*. New Jersey: Lawrence Erlbaum Hillsdale, pp. 263-290.

FUENTES OSORIO, J.L. (2005), “Los medios de comunicación y el Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7), pp. 1-25 Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

GARLAND, D. (2005), *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

GREEN, D. A. (2006.), “Public opinion versus public judgment about crime. Correcting the Comedy of Errors”, *British Journal of Criminology*, (46), pp. 131-154.

HENTIG, H. von, (1948), *The Criminal and His Victim: Studies in the Sociology of Crime*. New Haven: Yale University Press.

JODELET, D. (1989), “Les représentations sociales: Un domaine en expansion”, en JODELET, D. (ed.), *Les Représentations Sociales*. Paris: PUF.

JOHNSTONE, G. (2000), “Penal Policy Making: Elitist, Populist or Participatory? ”, *Punishment & Society*, (2), pp. 161-180.

KARMEN, A. (2010), *Crime Victims. An introduction to Victimology*. Belmont: Wadsworth.

LANDROVE DÍAZ, G. (1998), *La moderna victimología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

LARRAURI PIJOAN, E. (1992), “Victimología ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?”, *Jueces para la democracia*, (15), pp. 21-22.

– (1998), “Criminología crítica: Abolicionismo y Garantismo”, *Ius et praxis*, vol. 4, (2), pp. 27-64.

MC EVOY, K., MCCONNACHIE, K. (2012), “Victimology in transitional justice: Victimhood, innocence and hierarchy”, *European Journal of Criminology*, 9 (2), pp. 527-538

MADRID, A. (2010), *La política y la justicia del sufrimiento*. Madrid: Trotta.

MARTÍNEZ, M. (2008), “Populismo punitivo mayorías y víctimas”, *Nomos-Universidad de viña del Mar*, (2), pp. 183-199.

MENDELSON B. (1958), “Une nouvelle branche de la science bio-psychosociale: la victimologie”, *Revue Droit Pénal et de Criminologie*, pp. 619-628.

MORILLAS FERNANDEZ, D. L, PATRO HERNANDEZ, R. M^a, AGUILAR CARCELES, M. M^o. (2011), *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dyckinson.

MOSCOVICI, S. (1961), *La psychanalyse: Son image et son public*. Paris: Presses Universitaires de France.

– (1988), “Notes towards a description of social representations”, *European Journal of Social Psychology*, 18.

NEVES, S., FÁVERO, M. (2010), “A vitimologia e os seus percursos históricos, teóricos e epistemológicos”, en NEVES, S., FÁVERO, M., (coord.), *Vitimologia: Ciência e ativismo*. Coimbra: Almedina, pp. 13-48.

RODRIGUEZ LLAMOSÍ, J. R. (2011), “Ética judicial y medios de comunicación”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV, pp. 209-224.

ROSAL, B. del, (2009), “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>.

RUGGIERO, V. (2011), “Abolitionist View of Restorative Justice”, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 39, pp. 100-110.

SESSAR, K., BEURSKENS, A., BOERS, K. (1986), “Wiedergutmachung als Konfliktregelungsparadigma?”, *Kriminologisches Journal*, 18, (2), pp. 86-104.

SIMON, J. (2007), *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford: Oxford University Press.

STRUBB, J. (2004), “Restorative Justice, Domestic Violence and Family Violence”, *Australian Domestic and Family Violence Clearinghouse*, Issues, 9, pp. 1-23.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (2013), “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1, 19. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/940.pdf>.

– (2007), “Política criminal con bases empíricas en España”, *Polít. Crim.* n^o 3, 1-16. Disponible en www.politicacriminal.cl.

VAN DIJK, J.J. (1997), “Introducing victimology”, en VAN DIJK, J. J. M., VAN KAAM, R. G. H. WEMMERS, J. (eds.), *Caring for crime victims: Selected*

proceedings of the Ninth International Symposium on Victimology, Amsterdam, August. New York: Criminal Justice Press, pp. 25-29.

WALKLATE, S. (2011), "Reframing criminal victimization: Finding a place for vulnerability and resilience", *Theoretical Criminology*, 15(2), pp. 179-194.

– (1994) "Can there be a progressive victimology?" *International Review of Victimology*, (3), pp. 1-15.

– (1989), *Victimology*. Londres: Unwin Hyman.

WERTHAN, F. (1949), *The show of violence*. Nueva York: Doubleday.

WILLIAMS, B., (2005), *Victims of Crime and Community Justice*. Londres/Philadelphia: Jessica Kingsley.

Legislación

NACIONES UNIDAS, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder, ARES/40/34 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, Anexo, 1985.

UNIÓN EUROPEA, Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE, nº 315, 14 de noviembre de 2012).

Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE, nº. 126, 12 de diciembre de 1995).

Ley 52/2007, de 26 de diciembre por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE, nº 310, 27 de diciembre de 2007).



2. DERECHOS HUMANOS, SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

¿QUÉ IMPLICAN LOS CONDICIONANTES SOCIALES DE LA SALUD PARA EL DERECHO A LA SALUD? UNA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

Carlos Lema Añón¹

Universidad Carlos III de Madrid

carlos.leva@uc3m.es

1. El contenido jurídico del derecho a la salud

Más de 100 Estados incluyen en su constitución el reconocimiento del derecho a la salud (WHO 2002, 12). Por otra parte, el derecho a la salud está contenido –entre otros textos de carácter internacional– en el *Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales*, que han ratificado 162 Estados. En efecto, en su artículo 12 se establece que:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de agregar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la *mortinatalidad* y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En general, este artículo y como otros textos internacionales, conciben el derecho a la salud como un derecho complejo². Por otra parte, los textos

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007.

² *Complejo* en la medida en que agrupa un haz de situaciones subjetivas protegidas de diferente alcance, garantizables mediante diferentes técnicas jurídicas. Tendría, por cierto, una dimensión negativa (de abstención del Estado de realizar actividades que pongan en peligro la salud de las personas, asemejándose, en este sentido, a los derechos de carácter liberal) y otra positiva que es la que habitualmente se destaca (Cobrerros 1998, 200).

internacionales que vinculan este derecho no sólo con el derecho a la asistencia sanitaria, sino también con las precondiciones para la salud, como el acceso al agua potable, salud ambiental, salud laboral, etc. (Toebes 2001, 170).

Pero lo cierto es que a nivel internacional, los estándares de cumplimiento del derecho a la salud se han orientado de forma destacada al acceso a la asistencia sanitaria, por más que de forma incidental se hayan reconocido los vínculos con otros derechos y con otros condicionantes. Así, en el derecho internacional de los derechos humanos el derecho a la salud aparece como parte de otros derechos (al trabajo y a la seguridad social), como límite al ejercicio de otros derechos (circulación, manifestación religiosa, asociación, etc.) y como derecho propiamente dicho (Curra 2005, 21). Como ya se ha dicho, el reconocimiento del derecho a la salud aparece recogido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con la formulación del “Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Para la exégesis de este artículo es de singular importancia la Observación general nº 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ONU 2000).

El punto de vista que, de acuerdo con este documento, se adopta en el derecho internacional de los derechos humanos relativo al derecho a la salud afirma la estrecha vinculación del derecho a la salud con otros derechos humanos (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, a la libertad de asociación, reunión y circulación, y la lista no es exhaustiva); y por otro lado se reconoce que el derecho a la salud “abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano” (ONU 2000).

En el análisis del contenido normativo del artículo 12 se parte, en las dimensiones más generales, de un rechazo implícito de las críticas vertidas respecto de una supuesta inconsistencia conceptual del derecho. Así, se parte de que el derecho a la salud no ha de entenderse como un derecho a estar sano, sino más bien un conjunto de libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo (incluyendo entonces la libertad sexual y reproductiva) y el derecho a no padecer torturas ni ser sometido a experimentación sin autorización. Entre los derechos figura la existencia de un sistema de protección de la salud “que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

Sin embargo, una vez que se desciende al detalle, estos elementos parecen configurarse cada vez más como prerequisites, y menos como el contenido del derecho a la salud. En los detalles, el derecho a la salud parece estrecharse hasta convertirse cada vez más en un derecho al acceso a la atención sanitaria. Efectivamente, para el examen de los elementos esenciales de este derecho, según una metodología de análisis habitual en el derecho internacional de los derechos humanos, se parte de la distinción entre disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. La *disponibilidad* implicaría un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud, así como programas de salud. Su naturaleza dependerá de factores tales como el desarrollo del estado, pero se incluirán también los factores determinantes de la salud citados, tales como el agua limpia potable, condiciones sanitarias adecuadas, hospitales y clínicas con personal adecuado y bien remunerado, así como medicamentos esenciales. La *accesibilidad* se refiere a que el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud debe ser posible para todos sin discriminación. La accesibilidad tiene cuatro dimensiones: no discriminación (accesibilidad a los sectores y grupos más vulnerables)³, accesibilidad física (alcance geográfico de todos los sectores, especialmente de los grupos vulnerables o marginados; distribución geográfica razonable de los servicios médicos y factores determinantes de la salud; acceso a personas con discapacidad), accesibilidad económica –asequibilidad – (al alcance de todos, los pagos se basarán en el principio de equidad, sean públicos o privados: “la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”); acceso a la información (derecho a solicitar, recibir y difundir información e ideas, y sin menoscabo de la intimidad y los datos personales relativos a la salud). La *aceptabilidad* supone que todos los establecimientos, bienes y servicios serán respetuosos con la ética médica y culturalmente adecuados, respetuosos con la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, sensibles a los requisitos de género y el ciclo de la vida y concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud. Por último, la *calidad* se refiere a que sean apropiados desde el punto de vista científico y médico y de buena calidad.

³ En concreto, y por lo que respecta a la prohibición de discriminación se dice que “los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes (...) una asignación inadecuada de los recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones pueden favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población”.

El documento que estamos analizando incluye una serie de derechos que estarían especialmente recogidos en el ámbito del derecho al más amplio disfrute posible del derecho a la salud. Se ha de interpretar como una lista no exhaustiva, pero aún así orientativa: a) derecho a la salud materna, infantil y reproductiva; b) derecho a la higiene en el trabajo y del medio ambiente; c) derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y lucha contra ellas; y d) derecho a establecimientos, bienes y servicios de Salud.

Como en general se aplica a todos los derechos humanos, existen tres deberes estatales relacionados con el derecho a la salud, que son el de respetar, el de proteger y el de cumplir, que incluyen toda una serie de medidas concretas (véase el cuadro).

Respetar	Proteger	Cumplir (Facilitar, proporcionar y promover)
<ul style="list-style-type: none"> - Abstenerse de denegar o limitar el acceso igual a todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos. - Especialmente no se ha de limitar el acceso a presos, detenidos, representantes de minorías, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales. - Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. - Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de las mujeres. - No prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. - No comercialización de 	<ul style="list-style-type: none"> - Obligación de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros. - Velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios. - Controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos. - Asegurar que los profesionales de la salud reúnan los requisitos de educación, experiencia y deontología. - Velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a 	<ul style="list-style-type: none"> - Reconocimiento suficiente del derecho a la salud en los sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales. - Adopción de políticas nacionales de salud, con planes detallados para el ejercicio de este derecho. - Garantizar la atención a la salud, en particular mediante programas de vacunación, acceso igual a todos los factores determinantes básicos de la salud (alimentación, agua potable, saneamiento básico, vivienda, condiciones de vida adecuadas). - Servicios públicos de salud sexual y reproductiva. - Apropiaada formación del personal sanitario, número suficiente de centros de salud.

<p>medicamentos peligrosos.</p> <ul style="list-style-type: none"> - No aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo casos excepcionales en el tratamiento o la prevención de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles o la lucha contra ellas. - No limitar el acceso a los anticonceptivos y otros medios de mantener la salud sexual y genésica. - No censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relativa a la salud, incluyendo la educación sexual y la información al respecto. - No impedir la participación del pueblo en asuntos relacionados con la salud. - No contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante desechos industriales de instalaciones propiedad del Estado. - No utilización o ensayo de armas nucleares, biológicas o químicas, si como resultado de ello se liberan sustancias nocivas para la salud. - No limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, incluyéndose el caso de los conflictos armados. 	<p>la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación familiar.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Impedir que terceros induzcan a las mujeres a someterse a prácticas tradicionales como puede ser la mutilación de órganos sexuales. - Adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, especialmente mujeres, niños, adolescentes y personas mayores. - Evitar que terceros limiten el acceso a la información y los servicios relacionados con la salud. 	<ul style="list-style-type: none"> - Sistema de seguro de salud público, privado o mixto asequible a todos. - Fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud. - Adoptar medidas contra la contaminación ambiental y las enfermedades profesionales. - Emprendimiento de acciones para promover, mantener y restablecer la salud de la población.
--	---	---

El documento recoge además una serie de obligaciones básicas de los Estados que, aun sin pretensión e exhaustividad, pretenden definir lo se sería el núcleo del derecho.

a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.

b) Garantizar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre.

c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.

d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.

e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.

f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

g) Velar por la atención de la salud genésica, materna e infantil.

h) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad.

i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.

j) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades.

k) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

2. Los condicionantes sociales de la salud

Que la salud está condicionada socialmente es evidente si se tiene en cuenta las relaciones entre la pobreza global y la ausencia de salud. Alrededor de 18 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, esta es superior a los 80 años en países como Australia, Japón, Suecia o Suiza, pero es de menos de 40 años en países como Malawi, Sierra Leona o Zimbawe, al tiempo que suman 28 los países en los que la esperanza de vida es menor de 50 años

(PNUD 2005). Sin duda la causa más importante de estas muertes es la pobreza, pues la práctica totalidad de la mortalidad y la morbilidad evitable se produce 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 (Pogge 2005, 183-184).

Sin embargo, las conexiones empíricas entre justicia social y salud aún 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 pública (Cohen y Rogers 2000, XIX) y que la injusticia social es mala para la salud (Daniels, Kennedy y Kawachi 2000).

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. Sin embargo, las importantes diferencias de salud al interior de cada uno de los países, incluso al interior de países desarrollados, no pueden ser completamente explicadas por factores debidos directamente a carencias materiales⁴. La prueba de ello es que la diferencia de recursos entre países ricos y pobre 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 dispone 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

⁴ Lo cual no quiere decir ni mucho menos que la pobreza sea irrelevante en términos de salud en países desarrollados. Muy al contrario, la pobreza y la exclusión social tienen enorme impacto en la salud de las poblaciones también en estos países, pero en combinación con los efectos de la desigualdad social, en buena medida también porque la pobreza es un concepto relativo a la misma (Shaw, Dorling y Smith 2003).

sociedades relativamente desiguales tienen peor situación de salud que grupos incluso más pobres pero que viven en sociedades menos desiguales (Daniels, Kennedy y Kawachi 2000, 3). Resumidamente: en el mundo desarrollado, no son los países más ricos los que tienen mejor salud, sino los más igualitarios (Wilkinson 1996, 3), 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 (Barry 2005, 70) 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 (Daniels, Kennedy y Kawachi 2000, 3). 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* (Bartley 2004, 8). Este informe oficial fue publicado en Gran Bretaña en 1980 (con datos para Inglaterra y Gales entre los años 50 y 70), y en él se mostraba que la esperanza de vida estaba fuertemente vinculada con la 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 30 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 solo por la facilidad de acceso a la atención sanitaria sino también por su posición social y por el grado de desigualdad social que existe.

Existe 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 (Hofrichter 2004, 4). En realidad, los fundamentos de la salud incluyen cosas como la comida adecuada, el agua potable, el abrigo, la seguridad, etc. 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, calidad y seguridad del transporte, educación, servicios sociales, tasas de delincuencia, calidad del aire y agua, formas de desarrollo económico, racismo, igualdad política, etc. A pesar de todo ello, los debates públicos y los medios de comunicación parecen centrarse en la salud del individuo, la asistencia sanitaria, los comportamientos y estilos de vida y los desarrollos en la investigación médica de vanguardia, como si estos 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 80, mientras que en países como Malawi o Sierra Leona es inferior a 40 años. Pero 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 (Benach y Muntaner 2005, 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 solo hasta un umbral (en torno a los 8.000-10.000 dólares) pero más allá de este umbral el aumento de riqueza no se traduce en un aumento de esperanza de vida⁵. Más allá de este umbral otros factores diferentes de la riqueza son los que determinan las diferencias en esperanza de vida (Daniels, Kennedy y Kawachi 2000, 8).

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 podría venir explicada 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

⁵ 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 1996, 29-49).

países semiperiféricos- no son los países más ricos sino los más igualitarios los que tienen mejor salud (Daniels, Kennedy y Kawachi 2000, 3; Wilkinson 1996, 10).

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 (Wilkinson 1996).

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 (Daniels, Kennedy y Kawachi 2000, 11). La intensidad 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 aún antes de que la medicina contara con formas efectivas de tratamiento e inmunización (Wilkinson 1996, 30). 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 (Wilkinson 1996, 31). 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 (House y Williams 2000, 97). 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, etc. (Wilkinson 1996, 31). 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 (Barry 2005, 72).

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” (Benach y Muntaner 2005, 55).

3. Condicionantes sociales del derecho a la salud y derecho a la salud

Realmente no se puede afirmar que los condicionantes sociales de la salud hayan sido completamente ignorados a la hora de revisar las estrategias de salud a nivel internacional, particularmente por la OMS (OMS 2002)⁶. Es una evidente que la salud implica también la existencia de unas condiciones para el desarrollo de las personas y que resulta inseparable de la paz, la eliminación de la pobreza, la reducción del desempleo, la conservación del medio ambiente, etc. Todo ello significa atender a la existencia de una correlación entre la salud de las personas y el desarrollo socioeconómico⁷.

⁶ El Informe sobre la salud mundial de la OMS identifica diez factores de riesgo mundial y regional para la salud y para cuya reducción se conocen los medios. Estos diez factores, dan lugar a *más de la tercera parte de toda la mortalidad mundial* (la insuficiencia ponderal –bajo peso–; las prácticas sexuales de riesgo; la hipertensión arterial; el tabaquismo; el alcoholismo; el agua insalubre, y el saneamiento y la higiene deficientes; la carencia de hierro; el humo de combustibles sólidos en espacios cerrados; la hipercolesterolemia; y la obesidad. Juntos, estos factores dan lugar a más de la tercera parte de toda la mortalidad mundial): “Está claro, pues, que en un extremo de la escala de los factores de riesgo se encuentra la pobreza, y la insuficiencia ponderal es aún la causa principal de la carga de morbilidad que soportan cientos de millones de personas entre las más pobres del planeta, y una causa importante de mortalidad, especialmente entre los niños pequeños” (OMS 2002: 9).

⁷ Según la *Declaración de Yakarta sobre la promoción de la salud en el siglo XXI*, adoptada en la Cuarta Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud en julio de 1997: “Los requisitos para la salud comprenden la paz, la vivienda, la educación, la seguridad social, las relaciones sociales, la alimentación, el ingreso, el empoderamiento de la mujer, un ecosistema estable, el uso sostenible de recursos, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y la equidad. Sobre todo, la pobreza es la mayor amenaza para la salud” (<http://www.who.int/hpr/backgroundhp/jakarta/spanish2.pdf>).

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 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 (Daniels, Kennedy y Kawachi 2000, 3).

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) (Cohen y Rogers 2000, XX; Marmot 2000, 58)⁸. Esto es ya una cuestión 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.

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 solo 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 Dahlgren, y que ya ha sido citada: las desigualdades en salud son inequitativas cuando son evitables, innecesarias e

⁸ 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, Kennedy y Kawachi 2000: 24-25).

injustas (Dahlgreen y Whitehead 1991; Whitehead 1991). 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 comprenderse cuando se estudia su evolución históricamente (Benach y Muntaner 2005, 58). Resulta claro que no todas las diferencias en salud, incluso las que se producen ya no entre personas individuales sino entre grupos, son injustas e 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 70 años que entre personas de 20 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 edad⁹. Pero los casos no siempre estarán claros, por lo que el análisis de lo que es una diferencia inequitativa dependerá de nuestros conocimientos o aún de nuestras concepciones sobre lo que es evitable e innecesario. Del mismo modo que dependerá de nuestros juicios sobre lo que es justo.

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 calidad de su salud, la sociedad tendrá *prima facie* una distribución injusta de la salud (Barry 2005, 73). 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,

⁹ 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.

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

Bibliografía

BARRY, B. (2005), *Why social justice matters*. Cambridge: Polity Press.

BARTLEY, M. (2004), *Health inequality. An introduction to theories, concepts and methods*. Cambridge: Polity Press.

BENACH, J., MUNTANER, C. (2005), *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*. Barcelona: El Viejo Topo.

COBREROS, E. (1998), *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

COHEN, J., ROGERS, J. (2000), "Editor's Preface", en COHEN, J AND ROGERS, J. (eds.), *Is Inequality bad for our health?* Boston: Beacon Press.

CURREA-LUGO, V. (2005), *La salud como derecho humano*. Bilbao: Universidad de Deusto.

DAHLGREEN, G., WHITEHEAD, M. (1991), *Policies and Strategies to Promote Social Equality in Health*. Stockholm: Institute for Future Studies

DANIELS, N., KENNEDY, B., KAWACHI, I. (2000), "Justice is good for our health", en COHEN, J AND ROGERS, J. (eds.), *Is Inequality bad for our health?* Boston: Beacon Press.

HOFRICHTER, R. (2000), "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, pp. 1-56

HOUSE, J. S., WILLIAMS, D. (2000), "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, pp. 89-131.

MARMOT, T. (2000), "Policy options", en COHEN, J AND ROGERS, J. (eds.), *Is Inequality bad for our health?* Boston: Beacon Press.

ONU - COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (2000), *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C.12/2000/4*. Observación General nº 14.

OMS - Organización Mundial de la Salud (2002), *Informe sobre la salud mundial 2000. Reducir los riesgos y promover una vida sana*. Ginebra: OMS

PNUD (2005), *Informe sobre desarrollo humano 2005*. Barcelona: Mundiprensa. Disponible en <http://hdr.undp.org/reports/global/2005/espanol/>.

POGGE, TH. (2005), "Human Rights and Global Health: A research programme", *Metaphilosophy*, 36 (1-2), pp. 182-209.

SHAW, M., DORLING, D., SMITH G. D. (2003), "Poverty, social exclusion, and minorities", en MARMOT, M., WILKINSON, R. (eds.), *Social determinants of Health*. Oxford/New York: Oxford University Press.

TOEBES, B. (2001), "The Right to Health", en EIDE, A., KRAUSE, C., ROSAS, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook. Second Revised Edition*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 169-190.

WHITEHEAD, M. (1991), "The concepts and principles of equity and health", *Health Promotion International*, 6 (3), pp. 217-228.

WILKINSON, G. (1996), *Unhealthy Societies. The Afflictions of Inequality*. Londo, Routledge.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2002), *25 Questions and Answers on Health and human Rights*. Geneva: Health and Human Rights Publication Series Issue nº 1.

LA ÉTICA EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA: DE LA BUROCRACIA WEBERIANA A LA GESTIÓN BASADA EN LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Natividad Alfranca Luengo

*Licenciada en Derecho y
Master en Sociología de las Políticas Públicas.
Doctoranda en Sociología
ricarllanes@gmail.com
nalfranca.almunia@dpz.es*

1. Introducción

Durante los últimos años hemos asistido a una serie de reformas en la Administración pública española, reflejo de un afán de modernización y de mejora en la gestión de lo público. En este sentido, la preocupación por la ética aparece junto a estas transformaciones y cambios –al menos en el debate teórico. La adopción de códigos, de regulaciones éticas, así como de sistemas de transparencia y rendición de cuentas es prueba del rol que ha venido jugando la ética en todos estos procesos.

La exigencia de ética o las buenas prácticas en las administraciones públicas no son nuevas y surgen a lo largo de la historia reciente de la mano de escándalos que ponen de manifiesto la corrupción y la ineficacia de los controles o simplemente su inexistencia.

Son muchas las organizaciones que a nivel internacional proponen y diseñan diversos estándares éticos, listas de principios etc. Quisiera destacar en el ámbito europeo el que, en la década de los 90, realizó la OCDE. En la que se proponen un conjunto de recomendaciones y principios para el manejo de la ética en el servicio público (OECD 1998): claridad en los estándares éticos; reflejo de los estándares éticos en los marcos legales; disponibilidad de una guía ética para el servidor público; conocimiento por parte de los servidores públicos de sus derechos y obligaciones; establecimiento de comités políticos que refuercen la conducta ética del servidor público; transparencia y apertura al escrutinio público de los procesos de tomas de decisión; guías claras para la interacción entre los sectores público-privado; demostración por parte de los funcionarios de conductas éticas; promoción de una conducta ética en las prácticas, procesos y

políticas de gestión; incorporación de mecanismos adecuados de *accountability* en el servicio público y establecimiento de procedimientos y sanciones.

En nuestro ordenamiento las listas de principios y valores no son nuevas, baste recordar el artículo 103.1 de la Constitución “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Y si vamos a la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, en su artículo tercero nos encontramos con la buena fe, confianza legítima, cooperación, colaboración, eficiencia, servicio a los ciudadanos, transparencia y participación. Y en el artículo tercero de la Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado donde se enumeran los principios de jerarquía, descentralización funcional, descentralización territorial, economía, suficiencia, simplicidad, claridad, proximidad a los ciudadanos, coordinación, eficacia, programación, responsabilidad, agilidad y cooperación.

Más recientemente con la aprobación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 9 de diciembre de 2013 y la introducción en el Estatuto Básico del empleado público, de 12 abril del 2007, de dos artículos que conforman lo que se podría denominar un código ético o de conducta de los empleados públicos de inspiración anglosajona.

Pero, ¿qué es la ética de la Administración pública, es un valor inherente a la organización, es un elemento más de la gestión administrativa? Para autores como Rodríguez Arana (1993) es la señal identificadora de la función pública, que se caracteriza por el servicio público, o más gratificante, por el servicio público, que son dos manifestaciones de la misma disposición general en la medida en que se orienta a la consecución del bien común.

Las conductas éticas, aunque son diferentes de las derivadas del ordenamiento jurídico, se complementan y están dirigidas hacia los miembros de la sociedad. La ética pública no es más que una manifestación de la ética en general, y es fundamental que guíe, se inserte y, en suma, forme parte de la cultura administrativa.

Como expresa Adela Cortina (1996), “(...) resulta evidente que la ética individual hoy nos parece insuficiente para resolver los problemas de nuestra convivencia, y que también el derecho ha mostrado sus límites: las éticas aplicadas los distintos campos devienen en una necesidad social.” Y en efecto, resulta evidente que la ética aplicada no puede ser una moral más de las que forman parte de la vida cotidiana, precisamente por su carácter de ética; sin embargo de igual modo que las morales de la vida cotidiana, pretende orientar la acción, incluso las formas concretas de decisión.”

El objeto de este trabajo es formular una reflexión sobre lo que es la ética en la Administración pública. Para ello, me propongo analizar distintos tipos de gestión administrativa describiendo los elementos que conforman la ética pública en cada una de ellas.

A lo largo de la historia la gestión pública ha generado comportamientos éticos específicos. Ello ha dado lugar a tres tipos de Administración que se caracterizan por los siguientes rasgos:

1.-*La Administración Pública Tradicional:* que corresponde a un comportamiento ético sustentado en la omnipresencia del Estado en la regulación de la vida social, por lo que la sociedad civil le debe obediencia dado que la única legitimidad es la agregativa (el voto). En este sentido, la interpretación del *interés público* es definida por políticos y, la *expertise* burocrática y el modelo dominante de *accountability* es formal y jerárquico.

2.-*La Nueva Gestión Pública (NGP).*- que le corresponde un comportamiento ético basado en el cumplimiento de resultados. Se basa en la satisfacción de usuarios y en la búsqueda de eficacia en los servicios públicos. Es un modelo posburocrático supone una etapa que supera y evoluciona desde el modelo burocrático de Weber, que tiene como características: del interés público a los resultados que aprecian los ciudadanos; de la eficiencia a la calidad y el valor; de la administración a la producción; del control a la consecución de la adhesión a las normas; más allá de las funciones, la autoridad, la estructura ; de la imposición de la responsabilidad a la construcción de la rendición de cuentas, de la justificación de costos a la provisión de valor; más allá de las reglas y de los procedimientos, y más allá de los sistemas administrativos en operación.

3.-*La Gestión basada en los valores públicos (el interés público o bien común).*- Esta forma de gestión pública, las conductas se hayan inspiradas en la ética basada en la conjunción de la libertad individual y civil con la autoridad legítima del Estado que exige participación democrática, donde la rendición de cuentas y la participación ciudadana son elementos clave. La gestión se basa en la creación de valores públicos, que se caracteriza porque toma los mandatos como puntos de partida, y no como fines por sí mismos. Este tipo de gestión también se enfoca en los resultados operativos (su productividad, efectividad y eficiencia), pero desde la importancia y pertinencia del impacto, de tal manera que amplía la forma en la que se mide el desempeño del gobierno y guía las decisiones sobre políticas públicas. En el esquema de Nelly y Muers (2002):

	Administración Pública Tradicional	Nueva Gestión Pública	Generación de Valor Público
Enfoque principal	Cumplimiento de mandatos	Satisfacción de usuarios, eficacia y eficiencia en los servicios.	Respuesta a ciudadanos y usuarios
Interpretación del “interés público”	Definidos por políticos o expertos	Agregado de preferencias individuales, evidenciadas por elecciones en el mercado	Preferencias públicas en deliberaciones en la arena política
Modelo dominante de Accountability	Hacia arriba y formal y jerárquico	Hacia arriba, por medio de contratos de desempeño	Múltiple, interactivo
Sistema de entrega Preferido	Jerárquico	Privado o público con gestión distante	Múltiple
Instrumentos principales	Gestión de insumos	Gestión de insumos y Productos	Gestión de servicios, Satisfacción, resultados, confianza, legitimidad del Gobierno
Rol de la participación Ciudadana	Voto por representantes gubernamentales	Voto por representantes gubernamentales, uso de encuestas de satisfacción	Multifacética
Metas gerenciales	Respuestas a autoridades Políticas	Metas de desempeño	Metas relacionadas con respuestas a los ciudadanos/ usuarios, confianza y legitimidad

Fuente: Kelly y Muers, 2002.

El objetivo de este trabajo, como ya he expuesto, es reflexionar sobre la ética en el contexto de las tendencias de la gestión pública, y para ello requiere darle un sentido a la ética pública o ética para la política y la Administración pública. Es decir, aquella ética que señala qué deben hacer los poderes, las autoridades y los funcionarios, quiénes pueden y son competentes para hacerlo y con qué procedimientos, precisamente para que los ciudadanos sean libres en la orientación de su moralidad privada (Peces-Barba 2004).

Partiendo de esto, la Administración pública debe sujetarse a la legalidad para proveer servicios públicos con eficacia y transparencia. En el mismo sentido Norberto Bobbio (1997), cuando expresa que el buen gobierno debe distinguirse del malo por dos criterios: uno, el gobierno para el bien común, que es diferente al gobierno para el bien propio; y dos, el gobierno que se ejerce de acuerdo con las leyes establecidas.

2. La ética de la Administración pública tradicional

La acción gubernamental se caracteriza por el estado-centrismo. Esto ha implicado que el Estado históricamente haya adquirido rasgos muy pronunciados en el ejercicio del control autoritario de aparatos burocráticos. Este control se expresa a través de reglamentaciones donde la organización estatal pone un marco y límites a las actividades de los actores, apareciendo esta como la única defensora del orden público y de la regulación social. Este poder estatal es necesario para que el Estado llene su función esencial que ha hecho de este el regulador del orden, articulando las funciones generales de reproducción social y de reproducción del complejo organizacional. Georges Burdeau (1992,109) afirma que “el Estado es asiento de un poder cuyos gobiernos son los agentes en ejercicio. Asiento de un poder quiere decir que este encarna una idea de derecho” Es ahí justamente donde reposa la legitimación de la dominación o del poder autoritario del mandamiento constitucional o legal. Basada en esta premisa Max Weber (1997,175) explica que “el tipo más puro de dominación legal es aquel que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático”

El mismo Max Weber presenta una definición de Estado que pone en relación una estructura de poder legítima (la organización), una distribución del poder (el monopolio de la fuerza física), un conjunto de funciones (coerción), un campo de acción específico (el territorio) y una manera particular de construir este campo (el monopolio de la violencia). Bajo todas estas relaciones de carácter weberiano, el poder del Estado se expresa en *fuerza pública* y en *autoridad pública*; la primera, nos lleva a utilizar los medios de coerción física ya que el

Estado tiene el monopolio de la fuerza. La segunda reposa sobre la confianza que los órganos del Estado inspiran a los ciudadanos.

Como acertadamente señala Nicholas Henry (2001), la Administración pública se originó de la ciencia política y su desarrollo inicial ocurrió en su interior, por lo que los preceptos fundamentales de esta disciplina –el pluralismo, la visión sistémica de la política y los conceptos constitucionales del país–, sirvieron de premisas de la Administración pública. De esta manera, la función de la Ciencia Política era describir los principios que serían adheridos a las cuestiones públicas y a la evaluación de las acciones de los gobiernos para demostrar lo que es bueno, criticar lo que es malo o ineficiente y para sugerir mejoras. Se perfila entonces que el modelo de burocracia como propuesta organizativa, debe estructurarse sobre la base de las siguientes características (Weber 1997):

- a) Carácter legal de las normas y de los reglamentos.
- b) Carácter formal de las comunicaciones.
- c) Racionalidad en la división del trabajo.
- d) Impersonalidad en las relaciones de trabajo.
- e) Jerarquía bien establecida de la autoridad.
- f) Rutinas y procedimientos de trabajo estandarizados en guías y manuales.
- g) Competencia técnica y meritocrática vinculada a la secuencia profesional y legal.
- h) Especialización de la administración y de los administradores, como una clase separada y diferenciada de la propiedad (los accionistas).
- i) Completa previsibilidad del funcionamiento.

Bajo esta visión burocrática, Max Weber (1998) parte del concepto de ética basada en principios y ética basada en responsabilidad. Este término se relaciona con responder por lo hecho, de nuestros propios actos y de las consecuencias de ellos derivadas ante uno mismo (conciencia) o ante alguien. No es más que *prometer solemnemente, dar la palabra*. Si no pudimos actuar de otro modo, si el hombre no es dueño de sus actos (acto moral), si carece de la capacidad de autodeterminarse, no debe sentirse responsable. Por eso, al hablar de los actos morales, se enumeran una serie de circunstancias atenuantes o dirimentes que modifican la responsabilidad del acto moral, como la ignorancia de las circunstancias y consecuencias del mismo. Es decir, mientras un funcionario público cumpla con lo establecido en las normas, se está cumpliendo con la ética pública. De esta manera, cualquier gobierno estará legitimado si defiende y aplica

una ética pública de esta naturaleza ya que esta conlleva responsabilidad, espíritu de servicio, atención y justicia para el ciudadano.

En este escenario, se debe contar con la probidad del burócrata. En su trabajo denominado *Democracia y Administración pública: la conexión emergente*, Guy B. Peters (2006), afirma lo siguiente:

“Allí donde se ha hablado de la burocracia en términos democráticos, la descripción ha obedecido generalmente a una concepción pasiva de la democracia (...). Como mínimo, la burocracia garantiza un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos. Además, una presuposición que ha sido muy influyente es que, si se hace que la burocracia represente mejor a la sociedad, y si se le infunden los valores democráticos apropiados, esta satisfará, como mínimo, los requisitos básicos de comportamiento en un contexto político democrático. Esta concepción pasiva de la democracia con respecto a la burocracia dista de ser irrelevante, pero puede resultar insuficiente en sistemas democráticos contemporáneos dominados por el ejecutivo político. En los sistemas políticos contemporáneos puede ser necesaria una concepción más activa de la democracia dentro de la burocracia, y debemos comprender que la burocracia tiene el potencial necesario para ser una institución democrática importante (2006, 31).

Al objeto de precisar la concepción activa y pasiva de la burocracia en la Administración pública, para que aquella se convierta en actor importante en las sociedades democráticas contemporáneas, Guy B. Peters lo esquematiza de la siguiente manera:

	Activa	Pasiva
Inclusión social	Burocracia representativa	Implicación ciudadana
Elaboración de políticas	Receptividad a las aportaciones.	Consumación, deliberación, creación consensuada de normas.
Implicación Directa	Implementación	Igualdad/equidad.
Inclusión	Gestión	Tratamiento igualitario de los empleados.
Desempeño	Atribución de responsabilidades	Parlamentaria
Relación cliente/servicio	Probidad Weberiana	Centrada en valores

Fuente: Peters (2006)

3. La nueva gestión pública y la ética de los resultados

Es comúnmente asumido por diversos autores, de la ciencia de la administración, que el debate sobre esta nueva forma de gobernar y administrar ha tenido un eje clave común y es que el Estado ha dejado de tener el monopolio sobre los conocimientos y sobre los recursos políticos e institucionales necesarios para gobernar, así como la tendencia creciente de la influencia de actores no gubernamentales en las decisiones públicas.

Autores como B. Guy Peters (2006), Luis F. Aguilar Villanueva (2007), R. Mayntz (2001), entre otros, han venido planteando que estos cambios se deben a factores diferentes. Por una parte, la necesidad de alcanzar mayor eficiencia en la producción de servicios para reducir el gasto público dada la crisis fiscal del Estado; también, por la pérdida de certidumbre sobre un centro de control político eficaz –capacidades del Estado–, que ha venido generando alternativas de coordinación entre lo político y lo social; otro factor es el explicado desde la perspectiva de la globalización que los ve como una de sus consecuencias: la pérdida de la habilidad tradicional del Estado para dirigir la sociedad y la transferencia de competencias a instituciones internacionales, y las que se generan de la desregulación de los mercados internacionales. Por otro lado, precedidos por los conceptos o paradigmas posburocráticos, primero el establecido por Michael Barzelay (2000, 117), en el que propone sustituir la frase *interés público* por los *resultados que valoran los ciudadanos*; y segundo, por los conceptos de Osborne y Gaebler (1997) que expresaban el espíritu empresarial en la gestión pública, vemos la emergencia de la Nueva Gestión Pública (NGP), que trajo aparejada una nueva gestión de lo público donde confluyen según B. Guy Peters (2006), cuatro modelos de gobierno administrativo: el desregulado, el flexible, el de mercado y el participativo.

Esta nueva forma de administrar lo público tiene como objetivo la búsqueda de un sector público que funcione sólo en aquellas áreas con criterio de eficacia y resultados. H. George Frederickson (2005, 167), define algunas premisas que explican la ética pública en la Nueva Gestión Pública:

“1.- Con ausencia de leyes, reglas, convenciones sociales o reciprocidad social, los clientes o personas racionales y las empresas privadas actuarán sobre la base del autointerés. Aquí se asume lo racional como utilitarismo, por lo que se argumenta que las leyes democráticas, reglas y convenciones sociales inciden o influyen tanto en los individuos como en las empresas privadas para ajustar o adaptar el comportamiento auto-interesado en la dirección de los intereses colectivos.

2.- Bajo las condiciones democráticas, las instituciones gubernamentales tienen un sentido más público que las organizaciones no gubernamentales y las empresas privadas, por lo que los valores de justicia, igualdad y equidad están más impregnados en aquellas que en estas”.

En este sentido, David Arellano y Enrique Cabrero (2005) en su trabajo denominado “La Nueva Gestión Pública y su teoría de la organización: ¿son argumentos antiliberales? Justicia y equidad en el debate organizacional público”, han planteado el debate sobre las consecuencias de las consecuencias de la Nueva Gestión:

Consecuencia 1:

La NGP produce una pérdida de la misión organizacional: las organizaciones públicas existen no sólo para producir servicios para los clientes, sino también para evitar la imposición de un valor social mejor. Las organizaciones públicas son creadoras de significado social. Las organizaciones públicas existen en una compleja red interorganizacional.

Consecuencia 2:

El argumento libertario de la NGP elimina la concepción liberal de una sociedad plural y define al gobierno como una organización que persigue un solo fin: una estructura técnica eficiente para proveer servicios. Por lo tanto, produce un *ethos* precario de justicia: la justicia proviene de una organización técnica, no mediante organizaciones ni diálogo político.

Consecuencia 3:

El costo de una visión individualista del mundo en el gobierno y en las organizaciones públicas.

Consecuencia 4:

Las organizaciones meritocráticas esconden una pregunta importante ¿Quién define que mérito es socialmente importante?

Consecuencia 5:

Indiferencia hacia la justicia pública y la importancia del imperio de la ley. ¿Qué hacer cuando actuar justamente u obedecer la ley crea resultados *ineficientes*?

Podemos afirmar que si la NGP no responde a un concepto de justicia basado en la razón pública, entonces su ética es una ética privada material y de contenido carente de obligación pública emanada por consenso. Una ética que no establece criterios para que los espacios sociales, ámbitos de poder y del derecho estén abiertos a la generación de valor público.

Autores como Ramió (1999) consideran que este enfoque neo-empresarial está orientado a la eficacia de la Administración pública. Y que esta búsqueda es lógica y trascendente ya que la ausencia de eficacia del sector público pone en peligro su legitimidad y estabilidad que puede llegar a poner en cuestión el propio sistema político. En la medida en que los gobiernos no proporcionen con eficacia las políticas y los servicios públicos demandados socialmente disminuirían los apoyos al sistema político (Bazaga et al. 1998). La Administración encuentra su legitimidad en la aceptación social de los bienes y servicios que produce. Si los bienes y servicios que produce provocan indiferencia o rechazo en la sociedad por su inconveniencia o por su mala calidad la Administración pública está en falso. Pero ¿cuáles son los criterios de valoración de los bienes y servicios aceptados socialmente? (Bazaga et al. 1998) distinguen, con el inconveniente de simplificar unos elementos muy complejos, cuatro criterios básicos:

1) La eficacia propiamente dicha, en el sentido de que las políticas y los servicios consigan los impactos deseados.

2) La equidad en el reparto social de los costes y los beneficios de las políticas y los servicios.

3) La calidad, es decir, satisfaciendo o excediendo las expectativas de beneficio de los ciudadanos.

4) La eficiencia en el manejo de los recursos, esto es, alcanzando los impactos deseados con una cantidad razonable de recursos.

Estas dimensiones nos permiten vislumbrar los límites de los valores y técnicas empresariales en su posible contribución a la legitimidad de las acciones y productos de la Administración pública. Los enfoques neo-empresariales nada aportan y mucho limitan las posibilidades de mejorar la eficacia de las políticas y servicios públicos. Lo mismo ocurre con la equidad en el reparto social de los costes y de los beneficios. La eficacia y la equidad se derivan de las concepciones políticas de cada espacio temporal y, por lo tanto, deben decidirse y evaluarse en clave estrictamente política y gestionarse en clave de valores y ética pública.

El desenlace más razonable a todo este proceso es la paulatina pérdida de identidad de la Administración pública, de los valores y de la ética pública y el predominio de los criterios de mercado económico y de unos nuevos y parciales criterios de mercado político (Ramió 1999).

4. Valores públicos, bien común, interés público, y ética pública: elementos clave en la gestión pública contemporánea

A diferencia de las dos tendencias éticas anteriores, esta basa su concepto de poder en la conjunción de la libertad individual y civil con la autoridad legítima del Estado, regulando de este modo sus relaciones conforme a un orden institucional consensuado promotor del interés público y garante de los derechos humanos. De este modo, el reconocimiento público y crítico de los ciudadanos podría ser la forma de legitimar el poder, por lo que la astucia y la capacidad política combinada con la coerción legal podrían lograr la legitimidad social, sustento esta de la autoridad estatal. Para la acción política del Estado, esta tendencia reconoce el marco normativo de justicia que, por supuesto, no es de naturaleza ontológica ya que se inspira en un orden constitucional que exige participación democrática. Ello implica, la potenciación del equilibrio de poderes y del Estado de derecho, generando un régimen político democrático donde la rendición de cuentas y la participación son elementos clave.

A partir de este último comportamiento, pudiéramos empezar a hablar de una ética de la política democrática. Como afirma Niklas Luhmann (1998, 106-107), “una ética política tendría sobre todo, que tomar en cuenta la autodirección del sistema” por lo que “el sistema político no está para ser controlado de acuerdo con bases del criterio moral; puede controlarse así mismo sólo políticamente”.

En este sentido, podemos afirmar que la ética debe contemplarse, no sólo como una actitud individual, sino como instituciones políticas y económicas justas. Es esta la razón por la cual la ética pública es una variable en gran medida dependiente del sistema político existente en cada sociedad, no sólo del grado de inmoralidad de los líderes políticos. Así, podemos afirmar que mientras más justas sean las instituciones mayor anclaje tendrá la ética en el sector público, ya que el principio de publicidad ligado al de transparencia así como el de legalidad, dan las bases de las reglas del juego para que funcionarios, políticos y ciudadanos encuentren puntos de vinculación.

Precisamos entonces que si las instituciones políticas son justas es porque son depositarias y garantes de valores y deberes que quienes se impliquen en ellas deben respetar. Manuel Villoria Mendieta (2006, 140) afirma que “no se trata tanto de rogar a la clase política que incorpore a su conducta principios y reglas éticas derivadas de la propia esencia de la democracia, que también, sino esencialmente de construir sistemas políticos que incentiven la moralidad pública y promover sistemas sociales que sancionen eficazmente la inmoralidad en la actuación política” De esta manera, frente a la inmoralidad política es necesario pedir una política democrática de mayor calidad que responda tal como dice el

mismo Villoria Mendieta(2006,146) “a un temor ante la pérdida de capacidad del sistema político para procesar demandas y dar respuestas coherentes”.

La literatura institucionalista –según Gerardo L.Munck (2004)– ofrece también ideas que deberían incorporarse al debate sobre la calidad de las instituciones democráticas. En este sentido, estas pueden expresarse mediante dos relaciones distintas. Una, la *relación entre ciudadanos y gobernantes*; y dos, la *relación del gobernante y los funcionarios públicos*. La primera ha sido preocupación de las investigaciones de estos autores sobre todo en lo relativo a la rendición de cuentas y a la representación. Como podemos ver, la rendición de cuentas es un concepto fundamental a tomar en consideración cuando hablamos de política democrática de calidad ya que nos plantea el alcance y los diversos sistemas de control del poder. Desde este punto de vista, la noción de rendición de cuentas, según Andreas Schedler (2004,12), “incluye, por un lado, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público (*answerability*). Por otro lado, incluye la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios en caso de que hayan violado sus deberes públicos (*enforcement*)”. Esta noción nos lleva a definir lo que Guillermo O’Donnell (2002) ha denominado *accountability horizontal* y *accountability vertical*.

Con la horizontal se refiere este autor, a las relaciones de control entre agencias del Estado que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta sanciones legales, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden ser calificadas como ilícitas. En otras palabras, nos referimos a un sistema intraestatal de controles. “En la teoría democrática, la expresión paradigmática de una relación horizontal de este tipo es la clásica división de poderes. En teoría los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial se limitan y controlan mutuamente en un sistema equilibrado de pesos y contrapesos” (Schedler 2004). En otro sentido, la rendición de cuentas vertical se refiere a las relaciones de control de la sociedad hacia el Estado que implica la existencia de controles externos sobre desiguales, entre superiores y subordinados. Este tipo de rendición de cuentas logra expresarse en las democracias representativas por dos vías: la rendición de cuentas electoral y la rendición de cuentas social. Estos dos tipos de *accountability* o rendición de cuentas vertical tienen un sentido complementario. Mientras que el instrumento fundamental de la *accountability* electoral –representación– que son los partidos políticos, ya no cumple la función de control en el sistema político, la *accountability* social incorpora la esfera pública y la sociedad civil para completar y complementar, que no reemplazar, la *accountability* de la representación (Andrew Arato 2002).

En cuanto a la institución de la representación, Adam Przeworski (1998, 9) ha venido señalando que la conexión entre la democracia y la representación se basa en que en democracia los gobiernos son representativos porque son electos. “Si las elecciones son libremente disputadas, si la participación es ilimitada, y si los ciudadanos gozan de libertades políticas, entonces los gobiernos actuarán de acuerdo con el mejor interés del pueblo”. De allí –señala el mismo autor–, “que la estructura básica de la institución de la representación se pudiera resumir en los siguientes elementos:

a) *Los mandatarios, aquellos que gobiernan, son electos a través de las elecciones.*

b) Los ciudadanos son libres para discutir, criticar y demandar en cualquier circunstancia, no están capacitados para ordenar qué hacer al gobierno.

c) El gobierno se encuentra dividido en órganos separados que pueden controlarse recíprocamente, y está limitado en cuanto a lo que puede hacer, por una Constitución.

d) Los gobernantes están sometidos a elecciones periódicas”.

La segunda relación vinculada al institucionalismo, la del gobernante y los funcionarios públicos, cobra también una importancia relevante porque presenta los retos de los funcionarios electos en su intento de controlar a la burocracia del Estado en la implementación de las políticas públicas. De allí que el grado de satisfacción de los actores frente a las instituciones políticas y administrativas del Estado constituyen una medida cierta de calidad de la democracia. En el caso latinoamericano, la debilidad de la burocracia ha contribuido a la debilidad del Poder Ejecutivo de los países ya que ha servido más como un recurso privado de los partidos políticos que como actor profesional que responda a una ética pública. Con la práctica del uso de las instituciones para reforzar el poder partidista, las burocracias, haciendo caso a los intereses políticos, dificultan el desarrollo justo de las instituciones, así como la labor de otros actores –partidos de oposición, organizaciones de la sociedad civil– en el fortalecimiento del mismo. Idealmente–dice Adam Przeworski (2004, 196)– “lo que uno desearía sería una burocracia que implementara aquellas decisiones tomadas por los políticos pero que están orientadas al interés general, sin llegar a transformarse en un instrumento de aquellos intereses que sean meramente partidarios”.

Para ello, debe cumplirse con el principio de la legalidad, así como, aquellas reglas de comportamiento predispuestas por un sistema político para los funcionarios públicos en relación con los ciudadanos. Es lo que en palabras de John Rawls (1986) denomina *Juego limpio*, expresa no sólo la obligación de seguir las normas que uno ha aceptado por consenso, sino de que cuando se aceptan los beneficios de su práctica común se tiene la obligación de actuar de acuerdo con

ella, cuando le llega la hora de hacerlo, pues habitualmente se considera injusto y perverso (*unfair*) que uno acepte los beneficios de una práctica pero uno renuncie a hacer lo que le corresponde por mantenerla.

De esta manera, para que en una democracia esta relación se convierta en una pieza fundamental de sus instituciones, aquella debe tomar una dimensión participativa que facilite la *accountability social* inclusión de la sociedad en las acciones públicas (políticas y decisiones públicas). Con el control de las políticas o funcionarios públicos estos mecanismos sociales pueden supervisar no sólo la legalidad de los procedimientos seguidos por los actores gubernamentales y políticos, sino la producción de servicios de calidad, la consulta al público sobre estos servicios y la forma en que se prestarán, así como la implicación del ciudadano en su prestación

Por otra parte, la *inclusión de la sociedad en las acciones públicas (políticas públicas y decisiones públicas)* no sería posible sin un impulso de una democracia más allá de la representación. Precizando entonces, podríamos afirmar que la comprensión de la política pública en un contexto de democracia más allá de la representación nos lleva a detectar los espacios públicos de deliberación. El espacio público lo veríamos entonces como la gama heterogénea y diversa de posibilidades, de visiones, de creencias, de percepciones, de problemáticas y de soluciones donde el diálogo y la deliberación permiten sistematizar en forma legítima acuerdos y consensos para la toma de decisiones públicas. Esta visión nos llevaría a dos cuestiones importantes al hablar de políticas públicas: por un lado, –como dice Jan Kooiman (2004)– a la creación de oportunidades sociales, además de solución de problemas públicos y, por el otro, al incremento del valor público. El valor público (el bien común, el interés público) se refiere al valor creado por el Estado a través de servicios, leyes, regulaciones y otras acciones. En una democracia, estos valores son definidos en última instancia por el ciudadano. Los valores determinados por las preferencias ciudadanas expresadas a través de una variedad de medios y reflejados a través de las decisiones de los políticos electos (Kelly y Muers 2002).

De esta manera este concepto contempla que la gente tiene la capacidad y la libertad para expresar sus preferencias respecto a las actividades y resultados de la Administración pública. También que las Administraciones Públicas tienen la voluntad y la capacidad para acomodar sus objetivos a las preferencias ciudadanas. Se trata de una relación transparente entre ciudadano y gobierno cuyo aspecto central es la capacidad de las administraciones para orientar su trabajo hacia lo que más le importa a la gente, y a darles servicios (Guido Bertucci 2005). Visto así, se necesita que el tipo de liderazgo del gobierno cambie de proveedor autoritario de soluciones que usa su autoridad sólo para la toma de decisiones de la política pública a un gobierno que genere ambientes y contextos

en que los ciudadanos hagan frente a los problemas colectivos para decidir juntos sobre lo que ellos quieran hacer (Moore 1995).

En este sentido, expresa el mismo Moore (1995) que la negociación, la deliberación pública y el acuerdo político se convierten en instrumentos necesarios para establecer acuerdos sobre lo que es más valioso para la sociedad en su conjunto. Y es sobre la base del aprendizaje social –idea asociada a la deliberación– y el liderazgo en que las acciones de los ciudadanos pueden inventar soluciones y movilizar acción. “Este aspecto debe ser particularmente importante cuando la *solución* al problema público requiere muchos individuos para inventar sus propias adaptaciones a los problemas reales a los que ellos le hacen frente (Moore 1995, 183).

Así, la gestión política es una herramienta clave que los funcionarios públicos deben manejar para hacer efectivo su trabajo. Pero esta herramienta es muy sensible éticamente; por ello y dado que los funcionarios públicos tienen la responsabilidad compartida con otros actores gubernamentales y con los ciudadanos, para decidir qué sería lo más recomendable producir con los recursos públicos, lo más conveniente para el interés común. Esto nos lleva a pensar en una gestión donde el desafío ético del liderazgo público es un punto esencial, por lo que el concepto de valor o interés público y de rendición de cuentas (*accountability*) debe estar presente en los servidores públicos. También la ética de la deliberación o participación ciudadana se manifiesta cuando el funcionario público establece el marco para que ciudadanos y actores privados y gubernamentales puedan institucionalizar los procedimientos y presupuestos participativos así como la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente. Es así mismo como se generaría el valor o interés público a través de respuestas a problemas relevantes para los beneficiarios y ciudadanos; la apertura de nuevas oportunidades para generaciones actuales y/o futuras; procesos que construyen ciudadanía, democracia y capital social; y procesos que demuestran el buen uso de recursos públicos expresado en el buen gobierno.

En esta línea, nos encontramos con una nueva forma de gobierno, mas cooperativa, en la que las instituciones públicas y las no públicas, actores públicos y privados, participan y cooperan en la formación y la aplicación de la política y las políticas públicas.

Eso comporta como ya hemos expuesto una evolución desde las decisiones públicas unilaterales a fórmulas basadas en la negociación y desde la dirección jerárquica en el seno de las organizaciones públicas a fórmulas basadas en la coordinación y la cooperación, mediante las que los responsables públicos tratan de movilizar recursos y esfuerzos dispersos entre actores públicos y privados. En

este campo se instala el concepto de gobernanza. Una buena gobernanza que implica una buena administración, pero sin olvidarnos como dice Prats (2007, 220 y ss.) “ha sido sensible a las posibilidades de renovación y mejora administrativa que el derecho a una buena administración ofrece”, aunque se ha cuidado de recordar que difícilmente será posible el logro de una buena administración sin ciudadanos y ciudadanas virtuosos, en el marco del republicanismo que este autor propugna.

El derecho a una buena administración supone un cambio de paradigma en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública, pues respecto a esta debe entenderse, ante todo, que incluso la producción de actos jurídicos formalizados (autorizaciones, reglamentos etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas, supone un servicio para la colectividad, como lo es la gestión de un hospital o un centro cívico, servicios que pueden y deben ser evaluados tomando como parámetros, entre otros, los criterios de eficacia, eficiencia y economía que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones. Pero no sólo depende del Derecho la garantía de una buena administración sino de las conductas de quienes adoptan estas decisiones, es decir, de la ética de su comportamiento en aras al servicio del bien común.

5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se han ido vislumbrando los comportamientos éticos más importantes vinculados con las diferentes visiones de gestión pública: la Administración pública tradicional, la Nueva Gestión Pública y la gestión pública sustentada en el Valor Público o Interés Público. Se ha podido constatar que la ética pública es entendida de manera diferente en las tres visiones de gestión. Mientras que para la Administración pública tradicional la ética pública tiene su fundamento en la legitimidad de la acción gubernamental emanada sólo de la legalidad y de la intencionalidad de dicha acción y para la NGP son los resultados, producto de decisiones tecnocráticas aisladas de la razón pública, para la visión del Interés Público, la ética pública no está basada sólo en la legalidad, sino en la responsabilidad sobre las consecuencias prácticas que resultan de la acción, legitimada por los hechos y por la capacidad de resolver problemas. Ello nos introduce a diversas posibilidades de acción práctica en la Administración pública. Por un lado, las implicación el diálogo como conversación estructurada a partir de espacios de conflictos y de participación de actores que disponen de un mínimo de información e interés para hacerlo; por otro lado y como consecuencia, la mejora de la eficiencia y la eficacia dadas las

reducciones de la resistencia del entorno como producto de una Administración pública o interactiva, y, por último, como eje clave y articulador, la mejora del rendimiento institucional entendido como la capacidad de las instituciones públicas de dar respuestas a las necesidades sociales y de ser efectiva en sus actuaciones o interacciones con la sociedad, es decir, los acuerdos y la consecución de objetivos vía intervenciones directas o indirectas para generar las tomas de decisiones.

Lo que nos lleva a afirmar que la participación de actores diferentes del gobierno y funcionarios públicos en la Administración pública, expresadas en la deliberación de la agenda pública y en el nuevo control social de las decisiones públicas, pueden contribuir a un rendimiento institucional en el marco de una legitimidad de la ética pública.

Asistimos entonces a un escenario en el que la legitimidad de la acción gubernamental, del ámbito público y de la ética pública no se deriva sólo de la legalidad ni tampoco sólo de la intencionalidad de dicha acción, sino fundamentalmente de la responsabilidad sobre las consecuencias prácticas que resultan de la acción. La acción pública entonces, enmarcada en una ética basada en la interacción democrática entre actores públicos y no públicos, toma importancia en la Administración pública, y en consecuencia, en el análisis e implementación de la política pública, y por supuesto en la tarea del Estado. Esta afirmación es central en el debate sobre la legitimidad democrática y la gestión pública. De esta manera, cuando se plantea el desafío de una reforma política de la Administración pública en el marco de la ética pública, podríamos asumir, por un lado, como un espacio nuevo de regeneración democrática que se plantee, promueva, apoye y sustente los derechos humanos y, por el otro, por el hecho de que los ciudadanos identifiquen conscientemente aquello que desean o necesitan. En este sentido, las actitudes tanto del funcionario público como de los ciudadanos son de una importancia fundamental para que las prácticas en la gestión pública estén sujetas al marco de la legalidad, y también para que los servicios públicos suministrados por el Estado a los ciudadanos se lleven a cabo con efectividad, eficacia, transparencia y rendición de cuentas. De ahí que una estrategia básica sería hacer un esfuerzo en la formación en formación y socialización en unos valores y una ética pública moderna que contribuya a configurar una nueva cultura administrativa.

Bibliografía

AGUILAR VILLANUEVA, L. F. (2007), “El aporte de la Política Pública y la nueva Gestión Pública a la gobernanza”, *XII Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y Administración Pública*.

BARZELAY M., BABACK J. (2000), *Atravesando la Burocracia. Una nueva perspectiva de la Administración Pública*. México: Fondo de Cultura económica.

BAZAGA, I., CARRILLO, E, RAMOS, J.A., SOSA, J., TAMAYO, M. (1998) *El consumo y la calidad de los servicios públicos. Estudio de caso de la ciudad de Coslada*, Madrid: Comunidad de Madrid/Ayuntamiento de Coslada.

BOBBIO, N. (2008), *El futuro de la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.

BURDEAU, G. (1992) *L'Etat*. Paris: Seuil

HENRY, N.L. (2001), “La raíz y las ramas: peripecias de la Administración pública hacia el futuro”, en LYNN, N.B., WILDAVSKY, A. (comp.) *Administración Pública. El estado actual de la disciplina*. México: Fondo de Cultura Económica.

EASTON, D. (1997), *Enfoque sobre Teoría Política*. Argentina: Amorrortu ediciones.

FREDERIKSON, H. G. (2005), “Public Ethics and New Managerialism: An Axiomatic Theory”, en FREDERIKSON, H.G., GHERE, R.K. (eds.), *Ethics in Public Management*. New York: M.E. Sharpe.

KELLY, G., MULGAN, G., MUERS, S. (2002), “Creating Public Value: An Analytical Framework for Public Service Reform” (*Discussion paper prepared by the cabinet office strategy unit*). London: United Kingdom.

KOOIMAN, J., (2004), “Gobernar en gobernanza”, *Revistas instituciones y desarrollo*, nº 16, pp. 171-194.

LUHMAN, N. (1998), *Teoría de los sistemas sociales*. Mexico: Universidad Iberoamericana.

LUHMAN, N., BERGER, P. (1993), *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu ediciones.

NIETO, A. (2011), “Los supuestos valores de la Administración Pública”, *Revista de la Academia de Ciencias Morales y Política*, Anales nº 88, pp.235.

MARÍÑEZ, F. (2011) “Reflexiones sobre las éticas en la gestión pública”, *Administración & Desarrollo*, 39, (54) pp. 85-98.

MEXÍA, P. G. (2001), “La ética pública: perspectivas actuales”, *Revista de estudios políticos*, (114), pp. 131-168.

MOORE, M. (1995), *Greeting Public Value. Strategie Management in Government*. Cambridge: Harvard University Press.

O’DONELL, G. (2002), “Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones”, en PERUZZOTTI, E., SMULOVITZ, C. (eds.), *Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias latinoamericanas*. Buenos Aires: Grupo editorial SRL.

OCDE (1998), *Principles for managing ethics in the public service*. Recommendation.

OSBORNE, D., GAEBLER, T. (1997), *La reinención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Barcelona: Paidós.

PECES-BARBA, G. (2004), *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Mexico: Editorial Fontamara.

PRATS, J. (2007), “Aproximación al concepto de gobernanza”, en DIAZ MENDEZ, A., CUELLAR E, (coords.), *Administración Inteligente*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, pp. 119-166.

PETERS, G. B. (2006), *Democracia y Administración Pública. Una conexión emergente*. Administración y ciudadanía 1, pp. 29-46.

PRZEWORSKI, A. (1995), *Democracia y Mercados*. Cambridge: Cambridge University Press.

RAWLS, J. (1986), *La justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Tecnos.

RAMIÓ, C. (1999), “Corrientes neoempresariales versus corrientes neo públicas: cultura administrativa, valores públicos y credibilidad social. Un planteamiento radical”, *Instituciones y Desarrollo*, 5.

SCHELDER, A. (2004), *¿Que es la rendición de cuentas?* Mexico: IFAI.

VILLORIA MENDIETA, M. (2006), *La corrupción política*. Madrid: Síntesis.

VILLORIA MENDIETA, M. (2007), “Ética postconvencional e instituciones en el servicio público”, *REIS*, nº 117, pp 109-140.

WEBER, M. (1997), *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA ABOGACÍA ANTE EL ACTUAL PANORAMA DE GLOBALIZACIÓN

Juan Jesús Garza Onofre

Universidad Carlos III de Madrid

Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”

Estudiante del doctorado en estudios avanzado en derechos humanos

jjgo86@gmail.com

1. Introducción

La abogacía, en cuanto actividad preferente que aborda al derecho como núcleo de los procesos que estructuran nuestro entorno, al moldear instituciones, forjar esquemas, provocar transformaciones o establecer tendencias, se contempla como una de las profesiones de mayor influjo en la vida social.

El preponderante rol en el manejo de las estructuras jurídicas, descubren a la figura del abogado inmersa en una íntima conexión con el contexto en que despliega sus actividades; por ende, los cambios que afecten a la sociedad en general, en igual sentido incidirán sobre la configuración de la profesión.

Cuando, a mediados de los años setenta del siglo pasado, comienza una compleja y vertiginosa “transformación en la escala de la organización humana que enlaza comunidades distantes y expande el alcance de las relaciones de poder a través de regiones y continentes” (Held y McGrew 2003, 13), el mundo experimenta un proceso dinámico que al día de hoy resulta inacabado y el cual tendrá consecuencias que a la fecha son impredecibles.

Según María José Fariñas, la globalización, como término polisémico y pluridimensional, pretende expresar diferentes dimensiones o facetas de un mismo proceso, y como tal responde a una nueva etapa histórica de desarrollo endógeno del capitalismo moderno y de su ideología política, el neoliberalismo político y económico (Fariñas 2004, 5-10).

Caracterizada por la interdependencia¹⁰ y la voraz expansión del mercado a la par de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, la

¹⁰ Para William Twining (2010), la interdependencia es, de manera extensa, una función de la proximidad o la cercanía: la proximidad puede ser espacial (contigüidad geográfica), colonial, militar, financiera, lingüística, religiosa, histórica o jurídica; y en ese sentido, dicha

globalización ha fomentado la desintegración y la fusión de realidades que, en lo que respecta al derecho, ha desembocado en la adecuación de las estructuras normativas e institucionales de las diferentes tradiciones jurídicas a las demandas de los poderes económicos y en la integración cada vez mayor de los estados al foro internacional a través de un complejo entramado institucional (Julios Campuzano 2004, 230).

Como consecuencia de dichas transformaciones, los abogados, de forma ineludible, se encuentran proclives a que su rol en el campo jurídico se vea trastocado por las complejas implicaciones que plantea el proceso de globalización.

La preeminencia con la que actualmente cuenta un determinado prototipo de abogado, caracterizado por articular jurídicamente los intereses de los nuevos poderes económicos, cuyas labores usualmente son gestionadas a través de grandes e influyentes despachos trasnacionales, es una clara manifestación de la manera en que la aparición de realidades jurídicas heterogéneas, provocadas por el actual contexto globalizado, ha transformado la abogacía tanto en sus actividades, como en sus formas organizacionales.

En ese mismo sentido, cuando al día de hoy lo más frecuente es que las empresas ya no busquen a los abogados para salir de algún problema, sino más bien para tratar de evitarlos o prevenirlos, o en el momento en que la denominada *abogacía empresarial* refleja el contacto entre proveedores y clientes de distintos continentes y culturas, y naturalmente abogados de distintas naciones, no cabe duda de que los cambios sociales afectan a la manera en que vivimos y trabajamos, y por ende resulta necesario repensar las ocupaciones y profesiones (Pérez 2005, 9-11), sobre todo aquellas de mayor influjo en sociedad.

De ahí que a continuación se exponen las caracterizaciones de la profesión que se han manifestado en el contexto globalizado de hoy en día, preponderantemente en las actividades empresariales y a través de los despachos internacionales

2. El abogado de empresa como referente de la profesión

Juan Ramón Capella, al exponer las transformaciones del jurista en la etapa que corre entre las dos grandes crisis económicas del siglo pasado (1929 y 1973), configura la evolución del abogado de un modelo básico formado por la sociedad

interdependencia es una cuestión relativa, pues una gran proporción de los procesos denominados como *globales* operan en niveles sub-globales más limitados.

liberal clásica, relacionado con la producción de mercancías en sus fases preparatorias y su conversión en dinero (Capella 2000, 54-63), hacia un arquetipo de abogado como administrador negociador y con fuerte tendencia a la especialización. Es decir, a lo largo del siglo XX y desde algunos años antes, el abogado ha pasado de ser contemplado como una figura cuya principal tarea consistía sencillamente en ordenar las relaciones privadas, para el eventual florecimiento de las condiciones que propiciarán el auge industrial, a convertirse en el profesionista idóneo para hacerse cargo de la gestión de dichas actividades, tender puentes entre la administración pública y el mundo de las empresas, y al mismo tiempo seguir siendo pieza clave en los actos de naturaleza privada.

Considerando que el potencial de la licenciatura en derecho se encuentra relacionado con el hecho de que la economía y la política se rigen en términos jurídicos (Garth 2013, 531), los abogados aprovechan el escenario que se despliega (privatización del mercado, desregulación, apertura de fronteras a las exportaciones, eclosión de acuerdos comerciales entre naciones, formación de bloques comerciales, creciente interés en la gestión del riesgo), para desempeñar un papel clave en la edificación del capitalismo corporativista, siendo fundamentales para su gobernabilidad y legitimación (Picciotto 2013, 625).

Oscilando entre los sectores públicos y privados, los abogados ejercen “un importante papel en la construcción, la transmisión y la necesaria adaptación de la hegemonía cultural de la burguesía” (Capella 2000, 58); pues utilizando recursos y estrategias en distintas índoles para dominar la producción del derecho, estos han sido ejes centrales de lo que se podría caracterizar como una de las muchas *estrategias imperiales* de Estados Unidos, a lo largo del siglo XX (Dezalay y Garth 2008, 718-719), para instaurar una serie de condiciones afines al mundo de los negocios.

Cuando desde principios de los años setenta, los abogados de empresa “han sido entrenados para vislumbrar los propósitos, las directrices políticas y las tendencias históricas subyacentes a las normas, para aconsejar a sus clientes empresarios a *jugar* en ese nivel más profundo de las normas por sus propios intereses de largo plazo” (Gordon 2001, 503), al día de hoy, con el aumento del número de conflictos empresariales y la existencia de asuntos que exigen cada vez un mayor grado de especialización, se ha propiciado que el abogado de empresa sea visualizado como representante de lo mejor de la abogacía (Freeman 2007, 72).

La idea generalizada respecto a que el estatus en el campo del derecho societario se debe en parte a una supuesta proximidad a la riqueza y el poder, así como también a la constante proyección que, a través de representaciones en series de televisión y películas de cine, hacen los medios de este tipo de abogados,

quienes suelen gozar de una vida glamorosa y cuya estabilidad económica se encuentra garantizada¹¹, ha inducido a que la práctica del abogado en el derecho de empresa se convierta prácticamente en un negocio (Galanter 1996, 556).

En la abogacía, como en muchos otros campos, el fenómeno de la empresarialización se manifiesta cuando la figura humana se reunifica en el sujeto económico, en un contexto donde toda decisión está sometida a reglas de eficacia inmediata dentro de una dinámica de competitividad y maximización de resultados (Laval 2012, 19-21). Tanto en el surgimiento del derecho mercantil durante la Edad Media, como en el actual fenómeno de la empresarialización, es posible distinguir un paralelismo en la figura del abogado como actor que abandona su rol emancipatorio y transformador, para quedar subordinado a la eficacia y rentabilidad de las formas empresariales. “La tensión antes existente entre el mercader y el ciudadano, entre el interés económico y el impulso benefactor hacia los demás tiende a borrarse” (Laval 2012, 19), provocando que el influjo del fenómeno descrito afecte profundamente a nuestra vida política y social.

Así, al fusionarse y confundirse el pragmatismo y la profesionalidad, “las formas de abogados de negocios son un producto y una instancia clave de la norteamericanización del campo jurídico” (Dezalay y Garth 2008, 301). Y esto a pesar de que las nuevas condiciones globales ofrecen a los abogados la oportunidad de asumir roles distintos con el fin de reducir la necesidad de los servicios jurídicos convencionales -mediación, arbitraje, negociación, evaluación, diseño de funciones para organizaciones y otras instituciones dedicadas a las disputas, asesoramiento en la gestión de conflictos (Menkel-Meadow 2013, 386-391). No por casualidad, Duncan Kennedy define a este tipo de abogados como personas comprometidas con intereses empresariales egoístas, abogados a preservar un entorno donde no figuren los sindicatos y donde la política fiscal signifique impuestos mínimos, realizando sus actividades a cambio de grotescas recompensas de dinero, que ellos aceptan sin el menor rastro de vergüenza (Kennedy 2001, 578-579).

En ese sentido, la combinación de los avances tecnológicos y la expansión geográfica de las finanzas, ha empujado a los abogados a profundizar su presencia internacional (Silver 2009, 5), generando que estos, frente al contexto de globalización, más que fungir como cómplices evidentes del proceso en cuestión, se presenten oportunamente a manera de intermediarios que reaccionan y se adaptan a las necesidades de los nuevos poderes predominantes.

¹¹ Es pertinente señalar la constante presencia de un perfil particular de abogado como uno de los múltiples recursos y estrategias para influir, sobre todo entre los más jóvenes, al momento de construir determinadas concepciones en la profesión.

Hoy más que nunca, cuando la profesionalidad ha venido a convertirse en una virtud moral indispensable para que una sociedad funcione de acuerdo con las exigencias de la dignidad humana (Cortina 2005, 376), muchos abogados se encuentran en la disyuntiva entre ser profesionales o fingir, como muchos otros *hombres de negocios*, que venden sus servicios (Mullerat 2002, 304) siguiendo patrones definidos por el mercado. Dicha encrucijada, que recurre a la idea de que un importante sector de la abogacía se ha comercializado hasta el extremo, independientemente del resurgimiento de las virtudes cívicas que propugnan una profesionalidad que construya una sociedad mejor, es otra de las muchas consecuencias de la globalización que afecta a las actividades de quienes ejercen dicha profesión en específico.

Para finalizar el presente apartado, resulta pertinente señalar, aunque sea de forma sucinta, la existencia de otro tipo de abogado que contrasta con el modelo descrito y que, si bien no es socio-culturalmente considerado como paradigmático, su carácter excepcional descubre tanto las distintas facetas que se pueden ejercer en dicha profesión como sus potencialidades. Este tipo de profesionalista, al que se denominará abogado *activista* o *promotor*, suele implicarse en causas sociales con el objetivo de develar estructuras desde las que sistemáticamente se vulneran derechos, o bien intenta contravenir determinadas políticas públicas por medio de sus acciones.

Dicho abogado frecuentemente encauza su actividad profesional al litigio, porque además de accionar del sistema legal, también viene a significar “una actividad valorativa y creadora por el hecho de orientar –agitar– en uno u otro sentido el poder coercitivo del derecho; al punto que el abogado puede convertirse en un verdadero *agitador* político que lleva a cabo una guerrilla privada con las armas del derecho” (Trazegnies 1974, 273). Así, su actividad viene a representar un contrapeso a los poderes dominantes en el entorno, a la vez que una manera de activismo social que, al explorar y trabajar alternativas jurídicas, propulsa el sistema en beneficio de personas o grupos que han sufrido injusticias.

Varios ejemplos del prototipo en cuestión son los abogados que protegieron a los ciudadanos a través de sus servicios legales en las dictaduras latinoamericanas, contribuyendo además al incipiente proceso de democratización en casi toda esa parte del continente (Falcão 1986, 11-12), o los colectivos de abogados en varias ciudades de Estados Unidos que, durante la década de los setenta, se organizaron para denunciar el trato otorgado a los judíos y otros grupos minoritarios en Rusia (Salter 1978). Más recientemente (por citar solo algunos ejemplos en el actual contexto de la crisis española) los casos particulares de abogados independientes que dieron un vuelco al sistema de

desahucios,¹² que frenaron la privatización de la sanidad en la Comunidad de Madrid,¹³ o que provocaron la dimisión del presidente del Fútbol Club Barcelona.¹⁴

Y es que como afirman algunos, la paulatina democratización del acceso a la justicia no surgió *desde arriba* sino *desde abajo*, no fue el activismo judicial el principal motor del cambio, sino distintos fenómenos que manifiestan la existencia de actores y colectivos que han apoyado diversas causas de índole social y así ofrecen una posibilidad para aquellas personas que no cuentan con los recursos necesarios para sostener una demanda (Epp 1998). Bajo dicha lógica, son precisamente este tipo de abogados quienes ejecutan un rol crucial en sociedad, pues, entre otras muchas funciones, se encargan de defender los derechos de los demandantes en los juzgados, planean la estrategia jurídica a seguir y proporcionan gran parte de la información a sus representados (Epp 1998, 5-20).

Sin lugar a dudas, en cada parte del mundo, la abogacía ha hecho y puede hacer mucho por una tutela efectiva de los derechos humanos (Chiassoni 2012, 405). Sin embargo, a pesar de que los juristas críticos (es decir, los abogados cuya actitud política es contestataria frente a la sociedad burguesa y las formas políticas autoritarias) son cada vez más numerosos (Correas 1986, 218-219), lo cierto es que habitualmente suelen quedar relegados frente a los abogados de empresa y sus formas organizacionales, pues estos son concebidos como el

¹² Cuando en España, desde hace varios años, a raíz de la denominada *burbuja inmobiliaria*, se multiplicaron las privaciones de los inquilinos del uso de sus inmuebles mediante resolución judicial por incumplimiento de contrato con entidades bancarias, distintas acciones tanto de exigibilidad como de justiciabilidad de los derechos involucrados se iniciaron para detener tales procesos. El caso de un trabajador de la construcción en paro de origen marroquí, quien fue desahuciado sin ninguna posibilidad de negociar con el banco, fue llevado durante meses por Dionisio Moreno, humilde abogado que, sin cobrar por su trabajo, logró una sentencia histórica en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo, que obliga a reformar la ley hipotecaria española. Vid. García, Jesús, “La gigantesca hazaña de un humilde abogado”, en *El País*, 17 de marzo de 2013; Gallego, Javier, “El Tribunal de Justicia de la UE declara incompatible el sistema de desahucios en España”, en *El Mundo*, 14 de marzo de 2013.

¹³ “Juan De la Cruz, provocó la dimisión del consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, Javier Fernández-Lasquetty, después de que el Tribunal de Justicia de Madrid confirmara la suspensión de la privatización sanitaria. De la Cruz, un reputado abogado y profesor de derecho administrativo que dirige el bufete López Rodó & Cruz Ferrer, presentó los tres primeros recursos judiciales para paralizar la privatización de seis hospitales públicos”. García-León, Carlos, “Abogados que hacen tambalear al poder y a los sistemas”, en *Diario Expansión*, 25 de febrero de 2013; vid. Gracia, Ana I., “Habla el abogado que paró la privatización: “Es todo un éxito de la iniciativa social””, en *El Confidencial*, 29 de enero de 2014.

¹⁴ La imputación del Barça como persona jurídica, señalado como presunto autor de un fraude fiscal derivado de los contratos que desembocaron en el fichaje del jugador brasileño Neymar, se deriva de la querrela interpuesta por el abogado de un socio, quien acusó al ahora expresidente del club, Sandro Rosell, de apropiación indebida en su modalidad de distracción. Vid. Fabra, María, “Ruz imputa al Barça por no tributar por todos los contratos de Neymar”, en *El País*, 20 de febrero de 2014.

modelo menos incómodo para promover las condiciones generales que exige el mercado.

3. Despachos como transnacionales jurídicas

Esta nueva generación de abogados-empresarios, caracterizada en los despachos jurídicos norteamericanos que se especializan en derecho mercantil, bajo los esquemas conceptuales de Boaventura de Sousa Santos, constituye “uno de los localismos globales más importantes en el proceso actual de globalización de los fenómenos jurídicos” (Santos 2009, 355). Es decir, desde el momento en que las exigencias del carácter transnacional de las operaciones de este tipo de grandes organizaciones influyen y determinan las prácticas generales del mercado de servicios jurídicos, inminentemente se genera que otros despachos y firmas de abogados locales (más allá del tamaño, orientación y país de origen) se internacionalicen y se especialicen en el ámbito comercial, ya sea al abrir sucursales en otros países y continentes o entablando alianzas con despachos extranjeros (Marcos 2002, 236), como una de las pocas vías para subsistir en el ámbito.

A partir del modelo de despacho jurídico angloamericano, la manera en que las firmas de abogados hacen frente al proceso de expansión internacional ha generado diversos modelos de oferta de sus servicios jurídicos, como son, entre otros, las fusiones entre despachos, la creación de *joint-ventures*, el establecimiento de franquicias, o sencillamente la combinación de abogados egresados y educados en el país de origen de la sede del despacho local que busca internacionalizarse con abogados radicados en otro país (Silver 2009, 7), con el objetivo de brindar los servicios que sus clientes requieren en el marco de un mundo globalizado.

Estas nuevas formas de organización del trabajo jurídico, además de profundizar la “estratificación interna de la profesión” (Bergoglio 2007, 8), al situarse en el corazón del nuevo mercado internacional de la consultoría se encuentran en simbiosis con las relaciones económicas, lo que cubre e implica la inserción de una competencia elevada y de imperativos mercantiles en la práctica misma del derecho (Santos 2009, 355). Es posible afirmar que “la proliferación y el crecimiento de las firmas de abogados de negocios parece ser el transplante jurídico más exitoso, o incluso el único que se ha producido desde el Norte hacia el Sur” (Dezalay y Garth 2008, 301).

Los orígenes de dicho modelo americano dominante¹⁵ se remontan a los últimos años del siglo XIX, cuando el abogado neoyorquino Paul Drenan Cravath aplicó los métodos de producción fordistas al ámbito de los servicios legales. A través de una feroz optimización de recursos tanto personales como materiales, y cambiando el rol de los despachos de abogados, en cuanto a que su intercesión solo se daba de forma posterior al surgimiento de problemas legales, Cravath ideó un sistema de servicios jurídicos que revolucionó por completo este campo.

Impulsando la especialización y la oferta de otros servicios más allá de los estrictamente jurídicos (como el asesoramiento, representación en distintos foros, *lobbying*, planeación, la prevención de problemas y la detección de riesgos en las actividades empresariales), el *sistema Cravath* o *Cravathism* se encargó de propagar una idea del despacho de abogados como un negocio redituable con amplias posibilidades de influencia en distintos ámbitos. Se ha llegado al grado de acuñar el término de *law factory* para referirse a este tipo de firmas, como fábricas legales en las que el cliente se transforma en consumidor y donde el abogado “no opera, en realidad, con personas, sino con patrimonios” (Capella 2000, 55). La competencia, entonces, se convierte en la principal función del mercado de los servicios jurídicos.

Con el paso del tiempo, sobre todo después de la segunda guerra mundial, el *sistema Cravath* fue refinándose a la par del cambiante escenario y de la progresiva intención de los despachos por expandirse hacia nuevas jurisdicciones, propiciando que, lo que eventualmente terminará llamándose *megalawyering*, no solo se popularizara, sino que, como se dijo anteriormente, también haya sido contemplado como una de las pocas vías para hacer frente al nuevo panorama jurídico. De esta forma los despachos de abogados de hoy en día, en lugar de tener relaciones estables con las personas a quienes prestan sus servicios, compiten por estas, en aras de lograr potenciales negocios para su beneficio (Garth 2013, 531).

Independientemente de que los grandes despachos de abogados como transnacionales jurídicas no son el único reflejo del papel de los abogados en el contexto de globalización (Silver 2009, 10), no cabe duda de que la enérgica expansión de estos fenómenos ha acarreado nuevas formas de organización y gestión del ejercicio profesional, que afectan e impactan a todos aquellos que ejercen esta actividad.

¹⁵ El estudio de los campos jurídicos (en el sentido de Bourdieu) y su internacionalización refleja una de las múltiples formas en que un determinado modelo de producción del derecho domina a los demás. A partir de una aproximación del rol de los abogados en sociedad, parecería que el *modelo americano*, frente al *viejo modelo europeo*, resulta preponderante por su amplio desarrollo y aceptación en distintas latitudes, que incluso todavía se sigue propagando al día de hoy.

Así, cuando “en poco tiempo se están produciendo cambios decisivos y radicales que a su vez están suscitando problemas jurídicos” (Garrigues 2012, 106), el crecimiento y la prosperidad de las grandes firmas develan una ansiedad palpable y consternación en el medio, al temer que el aumento de la competitividad y la comercialización de los despachos auguren el declive de la profesionalidad (Galanter y Palay 1990, 749).

La idea, cada vez más extendida entre quienes ejercen la abogacía, de que el derecho es una profesión que se encuentra en crisis, y que dicha crisis está relacionada directamente con el desencanto generalizado hacia la misma, incluso entre los abogados más talentosos (Seligman et al. 2005, 52), sugiere una intensa incertidumbre respecto a los desafíos a los que estos profesionistas tendrán que hacer frente; y es que las crisis, como afirma María Zambrano, refieren un presente dilatado donde lo primero que se siente perder es la seguridad, y así minorías, grupos sociales y aun profesiones, pierden la fe en sí mismas porque van a tener que vivir de otra forma (Zambrano 2004, 38).

A la par del nuevo escenario global, es posible distinguir la creciente consolidación de una nueva serie de poderes fácticos que, con arreglo a sus propios intereses, intentan sustituir al Estado, determinando las condiciones generales en que se desarrolla la vida en sociedad. Así, en la actualidad, el Estado (al ser forzado por la transformación en los modelos de producción y sometido por el cambio tecnológico y económico), pierde poder para ganar influencia, dotándose de instrumentos cooperativos de gestión y negociación (Castells 2000, 11-12).

El declive de dicha institución encuentra correlación con la época medieval, cuando a partir de distintos procesos (expansión del influjo de la Iglesia e incipiente mercantilización), el poder centralizado se diluye y surgen nuevos grupos de poder a los que los abogados deberán atender de forma diligente para poder subsistir. En efecto, al disiparse la influencia del Estado, siendo entendido como uno de los referentes históricos de la profesión, las actividades de los abogados necesariamente se ven diversificadas entre los nuevos poderes fácticos con el fin de hacer frente a las nuevas condiciones, aunque muchas veces en dicho intento los profesionistas terminan sometidos a los mismos.

Así las cosas, parecería que las condiciones para ejercer la abogacía se agravan debido al nuevo contexto caracterizado por la ausencia general de estabilidad. Sin embargo, “tanto la globalización de la economía como las orientaciones políticas que la favorecen, crean oportunidades para el derecho y los profesionales del derecho, suponiendo al mismo tiempo un cambio en la lógica de las prácticas jurídicas” (Arnaud y Fariñas 2006, 286).

Cuando la relación de fuerzas ha cambiado de manera radical, generando desigualdades cada vez más palpables y poniendo de manifiesto un persistente estado de crisis (que al final del día se descubre como una crisis de derechos), los abogados, utilizando las estructuras del sistema jurídico como herramientas emancipadoras, podrían entender las crisis como oportunidades para agudizar la conciencia (Žižek 2006, 61) y así ser uno de los principales artífices de la transformación social.

Las drásticas transformaciones ocurridas durante las últimas décadas, donde el dinero es la única medida de producción social (Negri 2012, 160), han provocando que muchos abogados desaprovechen la faceta activista de su carácter ambivalente y, por tanto, “están frustrados porque han perdido el contacto con la sociedad” (Barcellona 1998, 29), contribuyendo a agravar el actual contexto. De ahí entonces que estos actores, para recuperar el sentido de la realidad social y participar de forma activa en los procesos necesarios para revertir el estado generalizado de crisis, deberían hacer conciencia sobre su importante papel en el entorno, “teniendo en cuenta el impacto que causa en los derechos humanos de otras personas la elección de ciertos clientes y estrategias jurídicas” (Luban 2013, 231).

Bibliografía

ANDRÉ-JEAN, A., FARIÑAS DULCE, M.J. (1996), *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/ Boletín Oficial del Estado.

BARCELLONA, P. (1988), “La formación del jurista”, en BARCELLONA, P., HART, D., MÜCKENBERGER, U. (eds.), *La formación del jurista (Capitalismo monopolística y cultura jurídica)*. Madrid: Civitas.

BERGOGLIO, M. I. (2007), “El papel del abogado litigante”, en Pasara, L. (ed.), *La justicia Latinoamericana. El papel de los actores*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

CAPELLA, J. R. (2000), “Las transformaciones de la función del jurista en nuestro tiempo”, *Revista Crítica Jurídica, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, núm. 17, Agosto.

CASTELLS, M. (2000), “Globalización, Estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos”, *Isegoría, Instituto de Filosofía - Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, núm. 22.

CHIASSONI, P. (2012), *Desencantos para abogados realistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CORREAS, O. (1986), “La democracia y las tareas de los abogados en América Latina”, en AA.VV., *Los abogados y la democracia en América Latina*: Quito. Instituto de Servicios Legales Alternativos /ILSA.

CORTINA, A. (2005), “Profesionalidad”, en CERESO GALÁN, P. (ed.) *Democracia y virtudes cívicas*. Madrid: Biblioteca Nueva.

DEZALAY, Y., GARTH, B. G. (2008), “Law, Lawyers, and Empire: From the Foreign Policy Establishment to Technical Legal Hegemony”, en GROSSBERG, M., TOMLINS, C. (eds.), *The Cambridge History of Law in America. The Twentieth Century and After (1920-) Vol. 3*. NuevaYork: Cambridge University Press.

EPP, C. (1998), *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

FALCÃO, J. (1986), “A manera de introducción: Democratización y servicios legales en América Latina”, en AA.VV., *Los abogados y la democracia en América Latina*: Quito. Instituto de Servicios Legales Alternativos /ILSA.

FARIÑAS DULCE, M. J. (2004), *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson.

FREEMAN, A. (2007), “Una mirada jurídica crítica sobre el ejercicio de la abogacía en el ámbito societario”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 5, núm. 10.

GALANTER, M., PALAY, T.M. (1990), “Why the big get bigger: the promotion-to-partner tournament and the growth of large law firms”, *Virginia Law Review, University of Virginia*, Vol. 76, núm. 4.

GALANTER, M. (1996), “Lawyers in the mist: The golden age of legal nostalgia”, *Dickinson Law Review, Dickinson School of Law - Penn State University*, núm. 100.

GARRIGUES WALKER, A. (2012), “La responsabilidad del estamento jurídico”, en AA. VV., *Retos de la abogacía ante la sociedad global*. Pamplona: Civitas.

GARTH, B. G. (2013), “Crises, Crisis Rhetoric, and Competition in Legal Education: A Sociological Perspective on the (Latest) Crisis of the Legal Profession and Legal Education”, *Stanford Law & Policy Review*, Vol. XXIV: II.

GORDON, R. W. (2001), “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en COURTIS, C. (ed.), *Desde la otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

HELD, D., MCGREW, A. (2003), *Globalización/Antiglobalización: Sobre la reconstrucción del orden mundial*. Barcelona: Paidós.

JULIOS CAMPUZANO, A. de (2004), “Culturas jurídicas y globalización. Presupuestos metodológicos de un derecho cosmopolita”, *Derechos y Libertades*, núm. 13.

KENNEDY, D. (2001), “¿Son los abogados realmente necesarios?”, en COURTIS, C. (ed.), *Desde la otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

LAVAL, C. (2012), “Pensar el neoliberalismo”, en AA.VV., *Pensar desde la izquierda*. Madrid: Errata naturae

LUBAN, D. (2013), “¿Existe el derecho humano a un abogado?”, en GARCÍA PASCUAL, C. (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MARCOS, F. (2002), “La eficiencia de los bufetes de abogados”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7.

MENKEL-MEADOW, C. (2013) “Doing Good Instead of Doing Well? What Lawyers Could be doing in a World of “Too Many” Lawyers”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 3, núm. 3.

MULLERAT, R. (2002), “El futuro de la abogacía y la formación del abogado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6.

NEGRI, A. (2012), “Producir lo común”, en AA.VV., *Pensar desde la izquierda*. Madrid: Errata naturae.

PÉREZ PERDOMO, R. (2005), “Educación jurídica, abogados, y globalización en América Latina”, *Sistemas Judiciales Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales INECIP, núm. 9.

PICCIOTTO, S. (2013), “Mediating Contestations of Private, Public and Property Rights in Corporate Capitalism”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 3, núm. 4.

SALTER, L. (1978), “American Lawyers and Russian Dissidents: The Lawyer as Social Engineer”, *The International Lawyer, American Bar Association*, Vol. 12, núm. 4.

SANTOS, B. DE SOUSA (2009), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, nota introductoria y revisión de la traducción de Carlos Lema Añón. Madrid: Trotta.

SELIGMAN, M. E. P., VERKUIL, P. R., KANG, T. H. (2005), “Why lawyers are unhappy”, en *Deakin Law Review*, Deakin University, Vol. 10, núm. 1.

SILVER, C. (2009), “Educating Lawyers for the Global Economy: National Challenges”, *Kyung Hee University Law Review*, *forthcoming*; *Georgetown Public Law Research Paper No. 1519387*, *Georgetown University Law Center, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, diciembre.

TRAZEGNIES G, F DE. (1974), “El rol político del abogado litigante”, *Revista Derecho PUCP*, *Pontificia Universidad Católica de Perú*, núm. 32.

TWINING, W. (2010), “Implicaciones de la globalización para el derecho como disciplina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Departamento de Filosofía del derecho de la Universidad de Granada*, Vol. 44.

ZAMBRANO, M. (2004), *Persona y democracia. La historia sacrificial*. Madrid: Ediciones Siruela.

ŽIŽEK, S. (2006), *Arriesgar lo imposible. Conversaciones con Glyn Daly*. Madrid: Trotta.

SOBRE LA FUNCIÓN SIMBÓLICA, EL USO SIMBÓLICO Y LA EFICACIA SIMBÓLICA DEL DERECHO. UNA DISTINCIÓN CONCEPTUAL CON FINES METODOLÓGICOS

Cristopher Corvalán Rivera

Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Universidad Carlos III de Madrid

Alumno Doctorado en Estudios avanzados en

Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid

christophercorvalan@hotmail.com

1. Introducción

La cuestión de las funciones del derecho habitualmente ha sido tratada desde una perspectiva generalista: sin referencias a un derecho concreto (español, chileno, comunitario, etc.), se intenta determinar las funciones últimas desempeñadas por éste en la sociedad y no por una norma o institución jurídica particular. En otras palabras, se discurre sobre una idea de derecho construida abstractamente, un derecho des-situado, y respecto de esa idea de derecho –que coincide con el objeto de estudios de la Teoría General del Derecho y la Filosofía Jurídica– se procura determinar las funciones más generales que desempeña en la sociedad, sin referencias tampoco a una sociedad específica.

Estas *funciones generales del derecho* no han sido establecidas como el resultado de lo que, desde un punto de vista socio-jurídico práctico, puede entenderse por análisis funcional¹. Éste –considerado en su faz estrictamente metodológica– impone que sea necesariamente la observación previa del derecho² en un contexto específico, lo que llevará a concluir cuáles son las

¹ Por tal, en el ámbito jurídico y basándonos en Arnaud y Fariñas (2006) podemos entender el método científico que analiza y explica el Derecho, alguna de sus instituciones, normas y demás fenómenos normativos, por las tareas o funciones que realiza en el contexto en que opera, las que debería realizar, y cómo las realiza o debería realizarlas.

² Se está considerando al derecho desde una perspectiva sociológica. Aunque no puede desarrollarse largamente aquí esta cuestión, un concepto de este tipo, útil al objeto de estas explicaciones, es el de Boaventura de Sousa Santos, quien lo define como un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza (1998, 20). Un análisis sobre el concepto sociológico de derecho en Krawietz (1988). Otros conceptos

funciones que él, una norma o institución jurídica, está desempeñando en el ámbito de análisis que se haya definido. En otras palabras, si queremos hablar con propiedad de las funciones del derecho en el marco de una investigación socio-jurídica, debemos atender al desenvolvimiento efectivo del derecho, en tanto fenómeno complejo de poder, en un contexto o ámbito determinado, y no reducir el tema de las funciones del derecho a un estudio de lo que puede entenderse por tales desde una perspectiva teórica general.

El catálogo clásico de funciones³ que ha resultado de ese enfoque, aunque parece asumir la identificación monista entre Estado y derecho – idea que, como ponen de manifiesto los fenómenos de pluralismo jurídico, parece necesario desechar desde una perspectiva socio-jurídica – presenta no obstante enorme utilidad si es pensado en relación a los resultados que pudiere arrojar el análisis funcional de un derecho y contexto concretos. Su aptitud conceptualizadora y sistematizadora permite que puedan ser considerados a la manera de los *tipos ideales weberianos*. Incluso, el análisis funcional podría ser pensado como medio útil para comprobar la efectividad o no de las funciones que la Filosofía o la Teoría General del Derecho han determinado. Sin embargo, no podemos reducirlo el análisis funcional sólo a ese papel comprobatorio, pues ello atenta contra su aptitud como medio de indagación social y niega la posibilidad de que a través de él se establezcan funciones no contempladas en las funciones generales del derecho; lo cual arriesga volver a relacionar el método –análisis funcional– con algunos apriorismos, tal como ocurría antes de la obra renovadora de Merton (1995), pero esta vez y en nuestro ámbito, estarían constituidos por las funciones que la reflexión teórica general entiende que el derecho puede o debe desarrollar.

De estas consideraciones se deriva algunas consecuencias para un estudio socio-jurídico práctico acerca de la función, eficacia y uso simbólicos del derecho. La primera, que lo que podamos razonar en relación a las funciones del Derecho, antes del examen de un derecho y contexto determinados, tiene necesariamente el carácter de hipótesis a ser comprobadas, y es en este sentido en que debe entenderse la idea de función simbólica⁴. La segunda consecuencia se refiere al alcance de las conclusiones que podría tener una investigación de este tipo, pues ellas tendrán una validez situada, referida exclusivamente para el ámbito de observación definido, sin que constituyan en sí mismas una teoría general de las

sociológicos de derecho en (Weber 2001, 27; Ferrari 1989, 61-90; Hoeckema 2002, 99; Yrigoyen 2006, 538).

³ Aquel desarrollado por Llewellyn y continuado luego por Reh binder (1981) y que distingue entre: a) resolución de conflictos, b) dirección de la conducta, c) legitimación y organización del poder social, d) configuración de las condiciones de vida y e) el cuidado del Derecho. Ferrari las agrupa en sólo tres categorías: a) la orientación social, b) el tratamiento de conflictos declarados, y c) la de legitimación del poder (1989).

⁴ Es decir, como mera hipótesis para el estudio de un campo jurídico concreto: el chileno.

funciones del derecho –de todo derecho y en toda sociedad. La tercera consecuencia es que, para analizar las funciones del Derecho, debemos antes delimitar a qué derecho estamos haciendo referencia⁵.

2. La función simbólica del derecho

Es en este marco que debe entenderse la idea de *función simbólica del derecho*, la cual puede conceptualizarse como “aquella tarea desempeñada por éste en un contexto determinado, consistente en la trasmisión o evocación de ciertas imágenes, ideas, sentimientos o representaciones en los destinatarios, por medio del lenguaje o discurso jurídico, y aun con independencia de la eficacia instrumental de éste”.

En ocasiones la producción jurídica está destinada única y exclusivamente a actuar a nivel representacional de los destinatarios del mensaje jurídico, y su realización es independiente del cumplimiento o realización de las funciones manifiestas; la mera generación de expectativas puede aparecer como el objeto de la dictación de normas, tornándose entonces importante considerar el fenómeno jurídico desde una perspectiva más comunicacional, pragmática, y menos dogmática

El concepto de *función simbólica* se encuentra estrechamente vinculado con lo que Raz denomina *funciones indirectas*⁶ y lo que, a partir de Merton, suele

⁵ El concepto sociológico de derecho permite incluir en él diversos fenómenos, y por lo mismo, debe especificarse y justificarse en referencia a cuál de ellos es que se desarrolla la idea de función simbólica. En este caso, los conceptos que aquí se desarrollan tienen en vista el estudio de la incidencia del derecho estatal chileno en dos de los conflictos sociales más importantes actualmente: el *conflicto mapuche* y el *problema educacional*. Sin embargo, la elección no pasa por una identificación monita y apriorística entre Estado y derecho, sino que se justifica por los casos para cuyo estudio se trabaja, y porque en la génesis del estado –siguiendo a Bourdieu (1997)- es posible advertir una acumulación de diversos capitales, entre los que destaca un capital simbólico que permite a los agentes sociales percibir (conocer y re-conocer) como legítimas las diferentes especies de poder sobre (o en) las que se construye el Estado, que es lo que precisamente hace duradera la acumulación de poderes en el Estado. El Estado aparece así como la forma por antonomasia de concentración y ejercicio del poder simbólico, y la forma objetivada y codificada del capital simbólico es, por excelencia, el capital jurídico, que constituye para el Estado el medio a través del cual impone e inculca los principios duraderos de división conformes a sus propias estructuras. El Estado se encarna tanto en la objetividad como la subjetividad, facilitando el ejercicio de la violencia simbólica, entendida como aquella que se ejerce mediante las formas y con la complicidad de quien la padece (1992, 148).

⁶ Para Raz (1985, 209), las funciones son *consecuencias sociales del Derecho, intentadas o efectivas* y se clasifican en *directas* o *indirectas*. Las primeras pueden ser divididas a su vez en *funciones primarias* - prevención de comportamientos indeseables y obtención de comportamientos deseables, proveimiento de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos, proveimiento de servicios y redistribución de bienes, y resolución de disputas no reguladas (1985: 213-220)-y *secundarias*- la determinación de los procedimientos para cambiar el derecho, y la

llamarse *funciones latentes*⁷. Se trata de una relación que no sólo es conceptual, sino que también, no siempre, empírica. Al consistir – su realización – en la transmisión de creencia, opiniones, imágenes, representaciones, etc., la función simbólica opera siempre en el ámbito de los que Raz denomina *funciones indirectas*; incluso en aquellos casos en los que se trata de normas con objetivos instrumentales claros y en que las representaciones en el cuerpo social dependen de la aplicación efectiva de los contenidos de esas normas. Esto puede apreciarse claramente en los casos de normas penales que han sido concebidas bajo lo que suele denominarse como penas ejemplares. Aunque es posible advertir desde su sola dictación la función simbólica, cuando son aplicadas a un caso concreto pueden examinarse igualmente los efectos que a nivel representacional generan en la sociedad; se trata de los llamados, por la doctrina penal, fines preventivos generales y especiales de la pena

La función simbólica que puede apreciarse tanto en la creación de las normas como en su aplicación ejemplar, no consiste propiamente en el cumplimiento de la norma, sino en las imágenes que el derecho transmite desde su creación y hasta en su aplicación, sólo que en este último caso, para que opere la función simbólica, es necesario que la norma tenga eficacia instrumental, es decir, que sea efectivamente aplicada.

Pero la *función simbólica* no siempre consiste en una *función latente*. Es normal encontrar normas cuyos contenidos declarados consisten en aspectos simbólicos. Son normas que persiguen fines simbólicos expresos o instrumentales y para cuyo éxito es necesario que opere la función simbólica a su respecto. Piénsese por ejemplo en la normas que confieren honores a determinadas personas, en el primer caso, y las que decretan días de duelo nacional o funerales de Estado, en el segundo. En esta misma situación podemos ubicar a todas aquellas normas que declaran determinados valores como fundamentales en la organización social. Los efectos simbólicos no aparecen en estos casos como no

regulación del funcionamiento de los órganos encargados de la aplicación del derecho (1985, 221-222). Las *funciones indirectas* son “...aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento; no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación” El cumplimiento de estas funciones exige más que la mera conformidad al derecho, como ocurre en el caso de las directas (1985, 212-213). En este tipo de funciones se agrupan, por ejemplo, cuestiones que contribuyan o debiliten el respeto a valores morales, a la autoridad, a los sentimientos de unidad nacional o enajenación, etc. la distinción entre funciones directas primarias y secundarias también se relacionan con la clasificación de Hart entre normas primarias y normas secundarias, así como la idea de funciones indirectas se relaciona con lo que Hart denomina el punto de vista interno (2007).

⁷ Por tales puede entenderse “aquellas funciones que, consistiendo en proyectos de acción de los sujetos, no aparecen como queridas o buscadas por ellos, sea porque no las previeron o porque obedecen a un propósito que no ha sido declarado, y aquellas funciones que, sin consistir en esos proyectos de acción, son ignoradas o desconocidas por los sujetos”

queridos o desconocidos, que es lo que caracteriza a las funciones latentes. No obstante, es verdad que la función simbólica suele encontrarse más como una función latente, y esto ocurre fundamentalmente en normas que aparentan una exclusiva función instrumental; se trata de una relación preferente, pero no necesaria. Las funciones latentes pueden ser igualmente instrumentales. Raz (1985, 222-223), sin distinguir entre funciones latentes, indirectas ni simbólicas, da un ejemplo en el que puede apreciarse este carácter instrumental que pueden tener las funciones latentes: pensemos en la excepción de conscripción para estudiantes universitarios establecida como medida para incrementar la matrícula en las universidades. Luego, no toda función latente es simbólica, ni toda función simbólica opera siempre como latente.

Las *funciones indirectas*, por su parte, suelen coincidir con las *funciones latentes*, en el sentido en que el reforzamiento de ciertos valores, el fomento al respeto por la autoridad, la exacerbación de sentimientos de unidad nacional, etc. no suelen aparecer como expresamente queridas o declaradas, sino como una suerte de efecto colateral que será ponderado como positivo o negativo según el fin que se defiende. Sin embargo, esta relación tampoco es necesaria. “El derecho –señala Raz (1985, 222)– ayuda a crear y mantener la estratificación social, algunas ocasiones ayuda a crear un sentimiento de participación en el gobierno del país; en ocasiones contribuye a crear un sentimiento de enajenación. Algunas disposiciones están creadas con la intención de tener efectos indirectos. Por ejemplo, el conferimiento de ciertos privilegios a ciertas clases de personas puede ser hecho con la intención de mejorar su status”. En este caso, la función indirecta, como podría ser el mantener o generar movilidad en la estratificación social, no opera bajo la forma de función latente, sino como una manifiesta.

Como podrá ya advertirse, el estudio de la función simbólica, su uso y eficacia, cobra importancia en países con sistemas políticos desarraigados socialmente, donde las demandas ciudadanas lejos de marcar las líneas por las cuales debe orientarse la acción política, son vistas como un escollo a superar– sea porque no coinciden con los lineamientos técnicos en los cuales se ha depositado absoluta confianza, o porque no resultan armónicas con la ideología sostenida por los gobernantes, o bien, porque esas demandas se oponen a intereses particulares, propios o ajenos, defendidos por los actores políticos–. En estos contextos, la producción normativa puede ser utilizada con el único objeto de reducirse a su promulgación, sin objetivos de implementación concretos, sino simplemente para responder a las demandas ciudadanas mediante la producción de normas que, cual placebo, permiten representar en los demandantes una idea de acogida de sus pretensiones. Mediante la promulgación de normas se hace pensar que la realidad ha cambiado por la sola circunstancia de consagrarse a nivel normativo dicho cambio. Así –sostiene García Villegas (1993, 150)– la

promulgación funciona como un canal de comunicación entre un sistema social productor de demandas y un sistema político llamado a dar respuesta a esas demandas. En estos casos, las funciones asignadas al Derecho pueden calificarse como funciones indirectas (en términos de Raz), pues su realización no resulta del cumplimiento u observancia del contenido normativo, sino que depende de actitudes, ideas o imágenes generadas en los destinatarios de las normas.

Los objetivos perseguidos con la producción normativa, muchas veces, no requieren la implementación de la norma, estos se satisfacen con su sola promulgación e incluso, con el simple anuncio de que será creada; son normas instrumentalmente ineficaces en relación a los objetivos que declara perseguir, mas no por ello inocuas. Su incidencia social se reduce al impacto simbólico que genera su dictación. La estrategia deliberada del creador de la norma es, estos casos, perseguir objetivos distintos de los declarados, mediante el poder simbólico del Derecho. “A través de este tipo de eficacia simbólica – señala García Villegas (1993, 151) – los gobiernos reducen el impacto de las políticas públicas, implementadas a través del derecho, a la política de impacto mediático, implementada a través de la publicidad del derecho”. Se trata entonces de un aprovechamiento, de un uso, de esta función simbólica del Derecho.

3. Distinción entre función simbólica, uso simbólico y eficacia simbólica del derecho

Como sostiene García Villegas, la fuerza reguladora del Derecho puede arrancar tanto de la norma –de la capacidad impositiva de sus contenidos jurídicos– o de sus formalidades –de la capacidad vinculadora de sus formas rituales–, pero estos dos elementos no necesariamente se encuentran en una relación de complementariedad y unidad como supone un abordaje dogmático del Derecho. Así, las normas jurídicas pueden concebirse: a) como instrumentos prácticos dirigidos a la acción que producen un cierto estado de cosas como consecuencia de la implementación, observancia o cumplimiento de sus contenidos normativos –a esta situación García Villegas la denomina eficacia instrumental⁸–; pero también b) como símbolos dirigidos a la representación, y

⁸ La cuestión de la eficacia instrumental debe enmarcarse en un tema más amplio conocido como puesta en obra. García entiende por tal, “la sucesión de secuencias de acción social sobrevinientes luego de la adopción formal de la decisión normativa”. No se trata simplemente la proyección mecánica de los textos jurídicos a la realidad, pues el sentido de estos es siempre recreable en virtud de la movilidad de las palabras y los hechos puestos en relación. Esa tensión entre los textos y la realidad es la que haría posible la movilidad del sentido en la aplicación del derecho. Bajo los estudios de la puesta en obra de las normas se realizan en realidad dos tipos diferentes de estudios. Por una parte, se estudian los mecanismos que debe utilizar el Estado para el mejor

“aquí el texto jurídico, como el texto recitado por el chamán al curar a sus enfermos, crea una mediación puramente psicológica y construye la realidad que el mismo regula” (García Villegas 1993, 89)⁹. En estos casos no importa si se corresponde o no con la realidad, lo que importa es que la norma sea conocida, comprendida y aceptada por el destinatario – a esta situación García Villegas lo denomina *eficacia simbólica* –¹⁰.

El funcionamiento del derecho en la sociedad, sea en su faz instrumental o simbólica, supone una suerte de *eficacia simbólica* de todo el ordenamiento jurídico, una aceptación o reconocimiento del sistema normativo en el conjunto de la sociedad. García Villegas habla en este caso de un *sentido genérico* de la *eficacia simbólica* y la relaciona con el *punto de vista interno* de aceptación del derecho descrito por Hart; es decir, las funciones del derecho operan sobre una suerte de *eficacia simbólica general* del ordenamiento¹¹.

logro de sus propósitos (por ejemplo, creación de bienes y servicios, regulaciones o reglamentaciones, persuasión y propaganda, etc.). Por otro lado, lo que encontramos son estudios referidos al impacto de las normas, en los que se estudian las relaciones entre la conducta prevista en la norma y el comportamiento logrado. En esta segunda clase de estudios se han desarrollado dos modelos teóricos, el de la efectividad –o también llamado *eficacia* en sentido amplio– que se refiere a la consecución de la conducta prevista en la norma, sin que ello implique el logro de los objetivos también previstos; y el modelo de la *eficacia* en sentido estricto, que se presenta cuando una norma además de conseguir la adecuación de la conducta a la prevista, logra también la realización de los objetivos previstos (García 1993, 97-100). Para el estudio de estos temas, una destacada guía en Hierro (2003, 70 y ss.)

⁹ La referencia al rito chamánico viene de la obra de antropología estructural de Levi-Strauss, específicamente al capítulo denominado *La eficacia simbólica* (Levi Strauss 1995, 211 y ss).

¹⁰ Vincenzo Ferrari advertía también cómo la producción jurídica podía abordarse, finalmente, como un problema de comunicación o propaganda. (1989, 199).

¹¹ La *eficacia simbólica general* se relaciona con lo que en la cultura jurídica alemana se denomina *Rechtsgefühl* y que Luis Lloredo (2012, 257) explica como una “...especie de conciencia colectiva que resultaría imprescindible como soporte del sistema”. Es verdad que el concepto ha tenido también otra acepción más particular, especialmente en *La lucha por el derecho* de Jhering (2003), pero esa idea del *noble sentimiento del propietario* presente en su obra, que lo lleva a centrarse en el sentimiento que nace de la violación del derecho subjetivo y que es el que motiva la lucha por el restablecimiento del mismo –o como señala Lloredo (2012, 257), “esa especie de resorte moral que se acciona en cuanto los derechos se ven dañados en el plano subjetivo” estaría más próxima a lo que aquí apuntaremos como *eficacia simbólica en sentido estricto*. La idea de propiedad sobre la que discurre Jhering es particular. Para él, ese sentimiento por el derecho de propiedad violado se relaciona con una suerte de adquisición honrosa de la misma derivada del trabajo que ello implica; de hecho, repudia la adquisición especulativa de la propiedad, que aparece como extremadamente común hoy: “Esa constante relación con el trabajo –señala Jhering (2003)–, es la que hace mantenerse a la propiedad sin tacha; con ese origen que debe reflejar siempre, hace ver lo que en realidad es para el hombre, apareciendo clara y transparente hasta en sus profundidades; pero cuanto más se aleja de tal origen para perderse y adulterarse, por decirlo así, proviniendo de ganancias fáciles y sin esfuerzo alguno, más pierde su carácter y naturaleza propia, hasta convertirse en jugadas de bolsa y en un agiotaje fraudulento (...) nada hay aquí del sentimiento de propiedad. Hoy en día, el efecto propio del discurso jurídico que intenta mantener esa idea de vinculación entre trabajo y propiedad, que justificaría el derecho subjetivo de propiedad como

Pero podemos referirnos a la eficacia simbólica del derecho en un sentido más restrictivo y con ella indicar la *incidencia o efectos* que éste tiene en el ámbito representacional o sentimental de los imperados y agentes jurídicos; es decir, si la función simbólica consistía en la tarea de transmisión o inculcación de imágenes, de sentidos, de sentimientos..., la eficacia simbólica son esos productos o efectos transmitidos o inculcados, es la realización de la función simbólica. Si se toma como referencia el esquema de Hierro¹², el término *eficacia* estaría siendo empleado en un sentido *cercano* al de *éxito*, por cuanto con él no hacemos *total* referencia al *cumplimiento* del contenido normativo de la norma, ni *tampoco totalmente*¹³ a su *aplicación* por parte de los órganos del Estado, sino más bien a la consecución de los objetivos previstos por el legislador, hayan sido estos o no declarados¹⁴.

Pero tampoco se reduce exclusivamente a lo que el legislador previó como objetivos, como fines. Una norma puede tener eficacia simbólica por diversas razones, una es un uso simbólico del Derecho por parte de su creador, en que intencionadamente se busca que la norma no tenga efectos instrumentales, caso en el que la eficacia simbólica obedece a un *uso simbólico originario*¹⁵ realizado bajo la forma de función latente; o en otras palabras, *la ineficacia instrumental*

derecho absoluto, puede apreciarse más como un caso de lo que denominaremos *eficacia simbólica en sentido estricto*.

¹² Genéricamente (pues por espacio no puede ser de otro modo la referencia), Hierro distingue en la perspectiva externa o sociológica de la eficacia –pues también hay una interna o jurídica– cuatro diferentes concepciones: 1) como correspondencia, en la que distingue a su vez la a) mera coincidencia y b) cumplimiento, el que puede deberse a temor a la sanción, respeto al orden, a la autoridad, por utilidad y por adhesión; 2) como aplicación; 3) como éxito, y 4) como eficiencia (2003, 74-209)

¹³ El uso del adverbio se justifica porque el tema de la eficacia simbólica no puede reducirse ni al cumplimiento ni a la aplicación de la norma, pero tampoco es un fenómeno del todo ajeno a estas perspectivas. Se relaciona con ellas tanto en un sentido positivo como negativo; es decir, la eficacia simbólica del Derecho puede relacionarse con aspectos destacados desde la eficacia como cumplimiento y aplicación, pero también con aspectos que bajo esas perspectivas serían apreciados como ineficacias. Esto pone de manifiesto la necesidad de desarrollar de manera mucho más acabada la idea de eficacia, pero eso formará parte de un trabajo en que el espacio me permita asumir esa tarea que implica una profunda revisión de un profuso material doctrinal elaborado al respecto.

¹⁴ Por tanto, esos objetivos no deben identificarse con lo que se denomina la voluntad del legislador como criterio interpretativo, pues como señala Hierro (2003, 161), “el legislador explicita los propósitos que juzga confesables y calla los que juzga inconfesables (afirma, por ejemplo, que la norma se propone mejorar la calidad de un servicio público y calla que se propone poner fin a una huelga)”. Las normas son el resultado de diversos juegos de presión cuyo resultado tiende siempre a ser presentado bajo la apariencia de interés general, seguridad pública, orden público, bien común, etc.

¹⁵ Estoy utilizando la clasificación que Mauricio García Villegas utiliza, pero en relación a la eficacia simbólica, en la segunda edición de su libro sobre la *Eficacia simbólica del derecho* (García Villegas 2014). He preferido valerme de dicha clasificación, pero utilizándola para lo que aquí se denominará el *uso simbólico del Derecho*.

constituye en sí misma la función latente. Pero la eficacia simbólica también podría ser consecuencia de que aun habiéndose previsto y dispuesto a nivel legislativo los medios para la efectiva implementación de sus contenidos, la norma ha sido deficientemente aplicada o implementada – dolosa o culposamente–, lo que ha redundado en falta de eficacia instrumental pero sin que ello obste a la simbólica; aquí se hace creer que algo se está haciendo mediante el impacto que produce la enunciación de puesta en marcha de mecanismo jurídicos, por ejemplo el inicio de un procedimiento sancionatorio cuyos resultados absolutorios no son nunca difundidos¹⁶. Estos dos casos podrían encuadrarse en lo que Austin denominó como *acto perlocucionario*: aquél que tiene lugar en el destinatario del mensaje y que es consecuencia de haberse enunciado algo¹⁷.

Pero otras causas de la eficacia simbólica pueden ser, simplemente, la negligente falta de previsión de los medios necesarios para que una norma tenga eficacia instrumental, por lo que queda reducida sólo al impacto simbólico que generó o genera su dictación o su constante presencia en los cuerpos normativos –códigos, constitución, reglamentos, etc.–; aquí *no* podríamos hablar de un *uso simbólico* del Derecho sino sólo de *eficacia simbólica*, pues no es posible acreditar una estrategia deliberada en la producción o utilización de esos efectos simbólicos.

Otra eventual razón podría encontrarse en que una nueva norma no cumple sus objetivos normativos porque encuentra resistencia en los comportamientos modelados bajo una norma anterior, y aquí podría hablarse de una eficacia simbólica derivada del *efecto de histéresis* del habitus.

¹⁶ Consideremos, por ejemplo, el caso de los directivos de *Catalunya Bank S.A.* que por administración fraudulenta generaron su quiebra y una grave crisis en la economía nacional. La administración del Estado, en un acto con profusa difusión mediática, los destituye sin pagarles las millonarias indemnizaciones que éstos mismos se habían fijado. Los ex directivos del banco iniciaron un proceso laboral contra el Estado, y los profesionales representantes de éste no produjeron ninguna prueba en la forma en que legalmente se estipula, no solicitaron informes periciales, ni siquiera el interrogatorio de los demandantes, y hasta renunciaron a los hechos invocados en la misma carta de despido. De esta manera, no acreditaron en el proceso ninguna de las causas por las que fueron despedidos los ex directivos, y la sentencia del 04 de marzo del 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona se vio obligada a declarar como improcedente el despido, condenando al Estado –pues el banco fue nacionalizado– a pagar la millonaria indemnización de 600.000 euros a cada uno de los dos directivos. Bajo el marco que presento, ese proceso judicial puede ser visto como intencionalmente utilizado para legitimar un pago que de otra forma no hubiese sido aceptado en la opinión pública.

¹⁷ Actos perlocucionarios son aquellos que logramos o producimos porque decimos algo, tales podrían ser, por ejemplo: convencer, persuadir, disuadir, confundir, sorprender, etc. (Austin, 1955: 71). Los actos perlocucionarios se relacionan con los efectos o consecuencias de un acto del habla en los sentimientos, pensamiento o acciones de un auditorio determinado, y que pueden ser precisamente los propósitos buscados por el emisor (Austin 1955, 66).

Finalmente –sin intentar agotar las posibilidades, sino sólo introducir una distinción– la norma podría manifiestamente perseguir fines simbólicos, como las que conceden honores o títulos nobiliarios, y efectivamente conseguirlo, por ejemplo, cuando al beneficiario le es reconocido un cierto estatus en sus relaciones sociales que antes no tenía; en este caso hablaríamos de una eficacia instrumental, pues se cumplen los contenidos dispositivos de la norma, y a la vez de una eficacia simbólica del Derecho por el ámbito en el que operan los efectos o consecuencias de la efectiva ejecución de los contenidos normativos –el representacional–; se trataría entonces de un *uso simbólico del Derecho* bajo la forma de *función manifiesta* que tiene tano una *eficacia instrumental* como *simbólica*.

Este último ejemplo nos permite introducir una advertencia respecto a las categorías de *instrumental* y *simbólico*, antes de aventurar un concepto de eficacia simbólica en sentido estricto. Debemos considerar que lo instrumental y lo simbólico son dimensiones presentes en la manera en la que el derecho incide en la realidad, mas no se encuentran en un estado puro, sino que en grados no siempre diferenciables. Por ejemplo, en ocasiones lo simbólico no está dirigido exclusivamente a producir representaciones en los destinatarios, también puede estar dirigido a la acción, pues la modificación de la visión oficial del mundo que el derecho representa puede producir también cambios en el comportamiento. Por tanto, lo simbólico e instrumental pueden presentarse en la realidad en una relación de complementariedad, de exclusión, proporcionalidad inversa o simple paralelismo (García Villegas 1993, 90). Por eso, con García Villegas (1993, 90), podemos decir que las categorías de instrumental y simbólica son una especie de *tipos ideales* weberianos, modelos analíticos, “...ejercicio metodológico y analítico que sólo tiene por objeto describir una realidad que se acerca a cada uno de estos modelos pero que nunca se confunde con ellos”.

Aclarado esto es posible intentar una definición de la *eficacia simbólica en sentido estricto* que la sitúe en el ámbito de los efectos o consecuencias a nivel representacional y emocional de los sujetos, que destaque que son producidas por el discurso jurídico, y que a su vez las relacione y diferencie con la eficacia instrumental de éste. Una definición que cumpla estas condiciones puede enunciarse como: “la eficacia simbólica del derecho es una categoría analítica que busca describir y explicar la incidencia social que éste tiene mediante su función simbólica y que se traduce en las representaciones, emociones o sentimientos que el discurso jurídico genera en sus destinatarios en virtud de las ideas o significaciones asociadas a éste desde el momento mismo de su enunciación y aun con independencia de su implementación, o bien, como consecuencia de ésta última y hasta ya cesado su periodo de vigencia”. O, en términos más abstractos,

podría definirse simplemente como “el impacto del derecho en la realidad social a través de su función simbólica”.

De las posibles combinaciones que fueron expuestas en relación a la *eficacia simbólica* aparece con relativa facilidad la relación que tiene el *uso simbólico del derecho* con las estrategias y fines a los que se presta la función simbólica del derecho. La primera idea que vendría a la mente sería pensar en las posibilidades de dominación que alberga la función simbólica del derecho, pues como señala Lasswell (1974, 31), “Una elite se defiende y hace valer sus derechos a nombre de símbolos del destino común.” Pero nuestro punto de partida para la observación será que el derecho alberga tanto potencial *emancipatorio* como de *dominación* – lo que, en todo caso, podría terminar siendo desvirtuado durante una investigación empírica –. Así se aprecia por ejemplo en la juridificación de las luchas laborales que en nombre del *pueblo* han obtenido verdaderas mejoras de condiciones de vida para los ciudadanos, y en los mismos recortes que ellas han sufrido por parte del poder político ejercido también a nombre del *pueblo* que, supuestamente, representan de manera legítima como resultado de un proceso electoral democrático.

La obra de Pierre Bourdieu puede considerarse que hace primar en el análisis la perspectiva de dominación, pero no descarta su potencial emancipatorio. Así lo sostienen García Villegas (2014) y también García Inda cuando señala “...el análisis antiformalista de Bourdieu [lo que] nos ofrece es la posibilidad de comprender mejor cómo aquellos utilizan (o utilizamos) la legalidad para servir a diferentes intereses. Lo cual permite (o nos permite) a otros, concurrir más coherentemente a la lucha que en ese campo jurídico, y en los diversos campos sociales, se lleva a cabo por el monopolio de los medios que contribuyen a la dominación legítima” (Bourdieu 2000b, 50). Y efectivamente Bourdieu plantea que el texto jurídico, igual que el religioso, filosófico o literario, es un objeto de luchas, “dado que la lectura es una manera de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada en estado potencial” (Bourdieu 2000b, 171)

Si nos centramos en el ámbito de los derechos humanos, es evidente el potencial emancipatorio que estos tienen. Una de las Cortes considerada como de las más progresistas del mundo, la Corte Constitucional Colombiana, lo definió precisamente como el “...código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos...”¹⁸.

¹⁸ Sentencia Fallo T-254/94

Esta creencia en la legitimidad de los derechos, su poder simbólico, que en el ámbito interno norteamericano ha sido denominada por Stuart Scheingold como el *mito de los derechos*¹⁹, es lo que permitiría que a su amparo se libren verdaderas luchas emancipatorias tendientes a la implementación efectiva de sus contenidos; por seguir la denominación de Scheingold, una *política de los derechos*²⁰ que se vale del poder simbólico de estos y lo utiliza como recursos para la acción. Sin embargo, el poder simbólico que tienen los derechos en el ámbito norteamericano descansa en una verdadera ideología política –en el sentido simplemente de creencia –que confía en la legalidad como sustento de la legitimidad (Scheingold 2004, 14), lo cual no es extrapolable automáticamente a cualquier sitio.

Boaventura de Sousa Santos también ha reflexionado sobre la capacidad o uso emancipatorio de los derechos humanos, y ha señalado que mientras sean concebidos acríticamente *prima facie* como universales, tenderán a funcionar como *localismos globalizados*²¹. Para poder funcionar como una forma de globalización cosmopolita y contrahegemónica –como una globalización desde abajo– es necesario que sean reconceptualizados como multiculturales. “Concebidos de esta manera –como universales– el ámbito global de los derechos humanos se obtendrá a costa de su legitimidad local” (Santos 2010, 67). Para una relación equilibrada y mutuamente reforzante entre la competencia global y la legitimidad local, los dos atributos de una política contrahegemónica de derechos humanos según Santos, es necesario que antes opere una reconstrucción intercultural de los mismos como condición indispensable para liberarlos de aquellos aspectos que determinan que, actualmente, operen como la visión

¹⁹ El núcleo del mito de los derechos apunta a una perspectiva social que asume el paradigma legal para percibir y explicar gran parte de la interacción humana en términos de reglas, y de los derechos y obligaciones inherentes a ellas (Scheingold, 2004: 13) Para un desarrollo de este concepto ver Scheingold (2004, 13 y ss.)

²⁰ La *política de los derechos* – señala Scheingold – es un término para describir las formas de actividad política que son posibles por la presencia de los derechos en la sociedad estadounidense. “Sólo en la medida en que entendemos la política de los derechos es posible evaluar de manera realista la importancia política del mito de los derechos” (Scheingold 2004, 83). La idea de política de los derechos apunta a la acción política y al rol que puede desempeñar el activismo judicial. Se enfoca en formas distintivas de acción política estrechamente asociadas con abogados y litigios. Así, la atención es dirigida a la posibilidad de articular los objetivos de las políticas públicas por parte de los tribunales y al proceso político que tiene lugar con posterioridad a la sentencia (2010, 8). Para un desarrollo de este concepto ver Scheingold (2004, 81 y ss.).

²¹ Para Santos (1998, 202), un localismo globalizado es un fenómeno local que ha sido globalizado con éxito. En sus palabras, se trata de “un proceso cultural mediante el cual una cultura local hegemónica se come y digiere, como un caníbal, otras culturas subordinadas”.

occidental globalizada de lo que en esta cultura consideramos valores fundamentales, lo cual atentaría contra su potencial emancipatorio²².

De estas simples referencias podemos apreciar que el potencial emancipatorio o de dominación no es algo filiado de manera indisoluble a las formas jurídicas. Esa misma eficacia simbólica sobre la que reposa el Derecho estatal abre un espacio de apropiación simbólica de la función simbólica del Derecho, dirigido tanto hacia fines emancipatorios como de dominación. Sin embargo, ello no opera automáticamente, es necesario cumplir ciertas condiciones indispensables para la realización del potencial emancipatorio de las formas jurídicas. No es el objeto de este trabajo desarrollarlas acá, simplemente hemos intentado con estas breves explicaciones introducir un concepto de *uso simbólico del Derecho* que no esté automáticamente identificado con la dominación –como ocurre desde un análisis marxista clásico del Derecho estatal²³–, pero que tampoco aparezca filiado a los fines emancipatorios a que puede ser dirigido –como ocurre casi por antonomasia con los derechos humanos concebido acríticamente en su configuración occidental hegemónica.

Por último -antes de pasar a conceptualizar el uso simbólico- se debe poner de manifiesto también cómo, para apreciar la configuración del uso de la función simbólica, tanto en su faz de dominación como de emancipación, debemos realizar un análisis que trascienda el mero campo jurídico e intentar

²² Esta tarea partiría – a su juicio – de cinco premisas básicas: a) Trascender el debate entre universalismo y relativismo cultural. Todas las culturas son relativas pero el relativismo cultural es una postura filosófica errónea; y es verdad también que todas las culturas aspiran a tener valores y preocupaciones absolutas, pero el universalismo cultural es igualmente una postura filosófica errónea. Contra el universalismo, el sociólogo portugués plantea diálogos transculturales acerca de preocupaciones isomórficas, y contra el relativismo, postula desarrollar criterios procedimentales transculturales para distinguir las políticas progresistas de las conservadoras, la emancipación de la regulación (Santos 2010, 90-91); b) Todas las culturas contienen ideas sobre la dignidad humana, pero no todas la entienden como equivalente a derechos humanos; ello impondría la necesidad de buscar preocupaciones isomórficas, pues los diferentes conceptos o nombres reflejan preocupaciones o aspiraciones similares o mutuamente inteligibles (Santos 2010, 91); c) Asumir que todas las culturales son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana (Santos 2010, 91); d) Entender que ninguna cultura importante es monolítica. “...las culturas tienen diferentes versiones de dignidad humana, algunas más extensas que otras, algunas con un círculo más amplio de reciprocidad que otras, algunas más abiertas a otras cultura que otras. Por ejemplo, la modernidad occidental se ha desdoblado en dos concepciones y prácticas sumamente divergentes de derechos humanos –la liberal y la marxista– de tal modo que una prioriza los derechos civiles y políticos y la otra los derechos sociales y económicos” (Santos 2010, 92); e) Como quinta premisa, Santos sostiene que todas las culturas tienden a distribuir a las personas y grupos sociales entre dos principios competitivos de pertenencia jerárquica. “Uno funciona a través de jerarquías entre unidades homogéneas. El otro funciona a través de la separación entre diferencias e identidades únicas. Los dos principios no necesariamente se yuxtaponen y por eso no todas las igualdades son idénticas y no todas las diferencias son desiguales” (Santos 2010, 92).

²³ Para un estudio de las visiones marxistas en el derecho, puede verse de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2004).

establecer relaciones con otros campos, y principalmente, el de los medios de comunicación masivos, la educación, el campo cultural, la propaganda, la formación de la opinión pública, etc. Incluir ésta arista en una futura investigación se justifica porque, si bien los derechos pueden constituir recursos para construir una determinada realidad social, muchas veces, los estrictamente productos del funcionamiento del campo jurídico pueden resultar intrascendentes frente a una realidad social constituida mediáticamente. Sólo así, por ejemplo, podría entenderse la reiterada invocación de la ley antiterrorista por parte de órganos de gobierno chileno en contra de los mapuches pese a la mayoritaria jurisprudencia que ha rechazado su aplicación en ese conflicto. El impacto simbólico que tiene la sola enunciación de *invocación de la ley antiterrorista* ya ha producido una cierta *eficacia simbólica* que parece contundente si se compara con la que logran los fallos absolutorios cuando no van acompañados de la misma cobertura mediática. Lasswell (1974, 38) señalaba que cuando las elites recurren a la propaganda, su problema táctico es el de seleccionar los símbolos y canales que sean capaces de provocar los actos concertados que se desean. Cuando la propaganda tiene éxito “manipula sagazmente los sentimientos de agresividad, culpabilidad, debilidad y afecto. (...) el símbolo del *otro* es objeto de una elaboración que lo convierte en *influencia* intrigante, traicionera, malévol,” (Lasswell 1974, 39). Todos los elementos involucrados en esta cuestión: propiedad de los medios de comunicación, su impacto social, la relación que tiene con la política, los negocios vinculados a los territorios donde acaecen los hechos juzgados, la publicidad de los procesos versus la de la sentencia, etc. muestran lo incompleto que resultaría para el análisis un enfoque meramente jurídico.

Dicho todo esto, podemos definir el *uso simbólico del Derecho* como “aquellas estrategias desarrolladas por los operadores jurídicos –creadores, aplicadores, litigantes, activistas– y los destinatarios de las normas jurídicas, cuyo principal objetivo es utilizar en beneficio de fines propios o ajenos aquellas representaciones, sentimientos o imágenes que evoca el discurso jurídico”. Si bien hemos dicho que la función simbólica podía operar como manifiesta o latente, y cualquier análisis que se emprenda debe intentar dar cuenta de todas esas posibilidades, el principal objetivo que se tiene en mente con estos conceptos es intentar develar el uso simbólico consistente en las estrategias que los actores sociales ponen en ejecución, valiéndose de la función simbólica del derecho, para perseguir fines diferentes a aquellos que se desprenden del sentido propio del discurso jurídico.

Aplicando la clasificación de García Villegas sobre eficacia simbólica, pero dentro de éste marco que hemos definido, podemos decir que si la instancia en que se verifica este uso es el momento del diseño de la normativa hablamos de un

uso simbólico originario, y si se da cuando ya ha entrado en vigencia, hablamos de *derivado*. Y desde otro punto de vista, como hace también el autor, podríamos intentar una clasificación en relación a los fines perseguidos: 1) reificar la realidad social, 2) deslegitimar a un actor social, 3) consagrar un valor o un deber, 4) diferir una decisión, 5) esconder otro propósito distinto, 6) figurar un valor, un principio o una realidad. Y finalmente, en relación a la calificación de esos fines podemos clasificarlos como: 1) uso simbólico de dominación y 2) uso simbólico emancipatorio²⁴.

4. Conclusiones

El *uso simbólico*, la *eficacia simbólica* y la *función simbólica*, son categorías analíticas que buscan dar cuenta de diferentes aspectos involucrados en un mismo fenómeno jurídico-social. Tal vez, lo más importante a nivel práctico es la identificación del uso simbólico del derecho, pero no podríamos dar cuenta de él si no se considera la aptitud que tiene el derecho para transmitir o inculcar creencia o representaciones, los mecanismos mediante los cuales lo hace y en qué consisten precisamente esas imágenes que el derecho genera en el ámbito representacional de los sujetos.

La distinción que se ha expuesto –además de permitir aclarar los conceptos que podrían ser utilizados en la futura formulación de hipótesis para una investigación de casos en el campo jurídico chileno– tiene dos principales objetivos, que constituyen a su vez las dos principales utilidades que presenta. Por un lado, las categorías analizadas nos permiten ordenar los diferentes temas involucrados en el fenómeno y ofrecen un criterio para orientarnos en su identificación.

Bajo la *función simbólica* es necesario estudiar algunos aspectos relativos al lenguaje y análisis del discurso; la cuestión de la legitimidad: en el sentido de eficacia simbólica general, legitimidad como fin al que puede estar orientada la función simbólica, así como el estudio de los mecanismos por los cuales se

²⁴ Por ejemplo, en la reglamentación de la consulta indígena por parte del Estado chileno anunciada como desarrollos necesarios para su implementación efectiva, analizando el contexto, sus efectos concretos, los agentes involucrados, sus respectivos capitales, etc., bajo el marco que proponemos, podría llegar a establecerse un eventual uso simbólico originario que, con fines de dominación, esconde otros propósitos: más que reglamentar, limitar los casos a los que debe ser aplicada, por ejemplo, estableciendo requisitos para ser considerado comunidad indígena consultable, exigirles determinadas formas de organización institucional, definiendo restrictivamente qué se considera como afectación de sus intereses, estableciendo procedimientos engorrosos o excesivamente técnicos, etc.

realiza, especialmente el recurso a la ficción jurídica, la representación política y la representatividad efectiva del sistema político.

La *eficacia simbólica en sentido estricto* implica –en el ámbito teórico– primero, examinar las distintas maneras en que sociológicamente puede ser considerada la eficacia para establecer qué tipo de relaciones guardan con la eficacia simbólica estricta y la instrumental; segundo, el concepto de ideología en sus posibles sentidos, a fin de poner en relación, tanto su acepción de *falsa conciencia* con la de *eficacia simbólica estricta* que resulta de usos con fines *hegemónicos*, como la acepción neutra de totalidad o parte del sistema de creencias de una persona o grupo para explicar las estrategias y objetivos detrás el uso simbólico de los derechos humanos²⁵; deberemos también, y este puede ser uno de los puntos más complejos para una futura investigación, intentar develar cuáles son las representaciones que pueden asociarse a efectos del discurso jurídico, lo que conlleva la necesidad de realizar trabajos de campo y seleccionar los mecanismo de indagación social más adecuados a tales efectos.

Finalmente, bajo el *uso simbólico del Derecho* debemos estudiar los diversos fines a que puede estar dirigida la función simbólica; además, las condiciones bajo las cuales es posible verificar un uso simbólico calificable como de dominación o emancipación, principalmente en los relativo al discurso de los derechos humanos en contexto de pluralidad cultural; y también, la incidencia que tienen los medios de comunicación y otras instancias como el campo cultural, educacional, etc. en la construcción de la realidad social, cuestión que está estrechamente relacionada con los instrumentos necesarios para identificar las imágenes asociadas al discurso jurídico que mencionamos en relación a la eficacia.

La segunda principal utilidad de la distinción conceptual propuesta es que evita caer en la tentación de identificar como la consecuencia o efecto de un *uso simbólico* a todo lo que reviste *eficacia simbólica*; es decir, como vimos antes, no todo resultado simbólico obedece a una estrategia calificable del mismo modo. Y de esto podemos derivar otras ventajas de la clasificación, pues nos permite identificar las causas reales de una eficacia simbólica, proveyendo de este modo herramientas para el diseño de políticas públicas que pretenden una mayor eficacia instrumental, pero también para actores sociales que buscan desarrollar

²⁵ Lasswell (1974: 31) explicaba que los símbolos en nombre de los cuales la elite –entendida como aquellos que obtienen la mayor participación en el reparto de los valores disponibles: respeto, renta, seguridad– se defendía y hacía valer sus derechos constituían la *ideología* del orden establecido o la *utopía* de las contra-elites. “Utilizando palabras y gestos sancionados, la elite obtiene de las masas sangre, trabajo, impuesto, aplausos. Cuando el orden político funciona sin tropiezos las masa veneran los símbolos...”

estrategias en las que, valiéndose en parte de la función simbólica del derecho, buscan conseguir adhesión ciudadana a sus causas.

Bibliografía

ARNAUD, A. J., FARÍÑAS DULCE, M.J. (2006), *Sistemas Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/BOE.

ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J. (2004), *Marxismo y filosofía del derecho*. México D.F.: Fontamara

BOURDIEU, P. (1997), *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama. (Trad. Thomas Kauf).

BOURDIEU, P. (2000), *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer (Trad. Bernuz, García Inda, González y Lalana).

BOURDIEU, P., WACQUANT, L. (1992), *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: Polity Press.

FERRARI, V. (1989), *Funciones del Derecho*. Madrid: Ed. Debate (trad. María José Añon Roig y Javier de Lucas Martin).

GARCÍA INDA, A. (1997), *La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y del derecho de Pierre Bourdieu*. Barcelona: Cedecs.

GARCÍA VILLEGAS, M. (1993), *La eficacia simbólica del Derecho*. Bogotá: Uniandes.

– (2014), *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: Penguin Random House.

HIERRO, L. (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel.

HOEKEMA, A. (2002), “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *El Otro Derecho*, nº 26-27, 2002, pp. 63-97.

KRAWIETZ, W. (1988), “El concepto sociológico de derecho”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, pp. 253-274.

LARRAIN, J. (2008), *El concepto de ideología. Carlos Marx .Vol. 2*. Santiago de Chile: LOM.

LASSWELL, H. (1974), *La política como reparto de influencias*. Madrid: Aguilar (Traducción de Lugris).

LEVI-STRAUSS, C. (1995), *Antropología Estructural*. Barcelona: Paidós (Traducción de Eliseo Verón).

LLOREDO, L. (2012), “La lucha por el derecho como imperativo ético y político. Glosas a Rudolf Von Jhering”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2012, pp. 231-258

MERTON, R. (1995), *Teoría y Estructura Sociales*. México: Fondo de Cultura Económica (Traducción de Florentino Torner y Rufina Borque).

RAZ, J. (1985), “Las Funciones del Derecho”, en Raz, J. (ed.), *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México (Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán).

REHBINDER, M. (1981), “Las Funciones del Derecho”, en REHBINDER, *Sociología del Derecho*. Madrid: Pirámide (Traducción de Gregorio Robles Morchón), capítulo disponible en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 8, Nº 1-6, 1981, pp. 125-135.

SANTOS, B. de SOUSA (1998), *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ ILSA (Traducción de César Rodríguez Garavito).

—(2010), *Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales,

SHEINGOLD, S. (2004), *The politics of rights. Lawyers, public policy, and political change*. Michigan: University of Michigan.

WEBER, M. (2008), *Economía y sociedad*. México: Fondo de cultura económica (Traducción de José Medina, Juan Roura Parelle, Eduardo García Máynes y José Ferrater Mora).

YRIGOYEN, R. (2006), “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en Berraondo, M. (cord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

“CONTRACULTURA CONSTITUCIONAL” Y PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA

Melba Luz Calle Meza

*PhD en Derecho por la Universidad de Zaragoza-España
Profesora de Planta del Área de Derecho Público de la
Universidad Militar Nueva Granada y Libre de Bogotá*

1. Introducción

"Todo pueblo que alcanza cierto grado de desarrollo se halla naturalmente inclinado a practicar la educación". Con este punto de partida, el historiador alemán W. Jaeger (1957, 3) analiza cómo la cultura para la sociedad griega era la justificación última de su existencia, finalidad colectiva que consistía en la formación de un hombre de las más altas calidades. Ese ideal educativo combinaba la grandeza ética o moral con la excelencia física y mental. Un adiestramiento que únicamente podía darse dentro la estructura político-social, en la *pólis* (Jaeger 1957).

La literatura helénica, en los más célebres poemas de Homero, nos ha legado grandes enseñanzas sobre la guerra y la paz con la recreación de las experiencias bélicas de Aquiles y Ulises.

En *La Ilíada* se nos enseña las virtudes del héroe, pero, en ella se canta, también, el desconsuelo y la fragilidad del hombre, sobre el fondo de la guerra que simboliza la tragedia, el sufrimiento más grave que puede padecer el ser humano. "Canto ¡oh Musa! de Aquiles, hijo de Peleo, la cólera funesta que causó infinitos males a los griegos; que precipitó a los infiernos las almas valerosas de muchos héroes, y los hizo servir de pasto a los perros y a todas las aves de rapiña"(Homero 2010).

La Odisea representa, en contraste, lo extraordinariamente difícil que es alcanzar la paz, pues Ulises tuvo que superar largos años de enormes y sucesivos obstáculos para finalmente llegar a Ítaca y aceptar un tratado de paz. "Hijo de Laertes [...] Odiseo rico en ardidés, contente, abandona la lucha igual para todos, [...]». Así habló Atenea; él obedeció y se alegró en su ánimo. Y Palas Atenea, [...], estableció entre ellos un pacto para el futuro [...]" (Homero 2003).

Los espartanos cultivaron el arte de la guerra, pero el gran legado Ático a la humanidad proviene de la paz, de su literatura, de su filosofía, de su arquitectura, de su modelo estético, en una palabra, de su cultura.

Los colombianos somos un pueblo mestizo, diverso, pero hemos recibido una poderosa influencia de la cultura occidental. Sin embargo, el Estado y sociedad colombianos hemos desconocido en la práctica el profundo significado de la cultura en el sentido helénico. No se ha hecho realidad entre nosotros la educación como justificación de nuestra existencia, ni, tampoco, el objetivo de formar hombres en la máxima integridad ética e intelectual.

Las debilidades de la cultura colombiana, en ese sentido clásico y, específicamente, la fragilidad de la propia cultura constitucional, se relacionan íntimamente con nuestras históricas dificultades para alcanzar la paz.

2. Contracultura constitucional y guerra en el siglo XX colombiano

La comprensión de la Constitución como cultura, es decir, no sólo como un código normativo, sino como expresión del desarrollo cultural de un pueblo, es promovida por el constitucionalista P. Häberle (2002, 44-67). Se trata de la Constitución viviente, la que se expresa en los caracteres esenciales de la sociedad que da vida y que recibe vida de las normas constitucionales, según el historiador del derecho colombiano A. Botero (2013, 14). Ahora bien, si un elemento esencial de la cultura constitucional moderna es la garantía efectiva de los derechos fundamentales (Calle 2010), es posible preguntarse: ¿Cómo se ha cultivado esa Constitución en Colombia?

La respuesta que se plantea aquí es: más allá de los textos que positivaron los derechos y libertades en la hoy derogada Constitución de 1886, en el siglo XX se consolidó localmente lo que podríamos denominar una *contracultura constitucional* o una *cultura anticonstitucional*. Es decir, verdaderas instituciones, desde una perspectiva socio-jurídica y antropológica, contrarias al constitucionalismo moderno. Tales como: el bipartidismo excluyente, el abuso del estado de sitio, el presidencialismo exacerbado, la dictadura constituyente, la confusión de poderes entre el Estado y la iglesia católica, la concepción castrense del orden público, la extrema concentración de la propiedad privada, entre otras (Calle 2014).

Cada una de estas prácticas jurídico políticas viciadas y con repercusión constitucional, se fue consolidando mediante el uso de la fuerza y de la guerra. Pensemos, por ejemplo, en la combinación de bipartidismo excluyente, presidencialismo exacerbado y dictadura constituyente que supuso la derogatoria

de facto de la Constitución de Rionegro de 1863 por el presidente Rafael Núñez, una vez que su gobierno había derrotado a los liberales radicales en la guerra civil de 1885. Y la convocatoria por decreto de la Asamblea de Delegatarios que habría de aprobar una Constitución cuyas bases el propio Núñez había redactado. Una Carta, la de 1886, que según el discurso de Núñez nos iba a traer la paz, pero que tuvo que superar dos guerras civiles más, la de 1895 y la guerra de los mil días (1899-1902) en la que fue prácticamente aniquilada la oposición del liberalismo radical y que dejó completamente arruinado al país. Recordemos, asimismo, el período conocido como *El Quinquenio*, cuando el general Rafael Reyes cerró el Congreso y convocó la Asamblea Nacional que promulgaría como Actos Legislativos las normas dictadas a la medida del presidente déspota, o las llamadas dictaduras civiles de Mariano Ospina y de Laureano Gómez y su incidencia en la posterior guerra civil conocida como *La Violencia*, de mediados de siglo XX (Calle 2014).

Estas costumbres corruptas se prolongan hasta nuestros días. Si hubiera lugar a dudas, recordemos la turbia reforma constitucional impulsada por el expresidente Uribe para hacerse reelegir y el escándalo de la para-Yidis-política.

Los estudios de Historia y Derecho Constitucional colombianos no han profundizado hasta ahora ni en nuestra torcida cultura jurídico-política ni en sus relaciones con los episodios de violencia y guerra. Pero, los jóvenes juristas deben ser educados de forma que desarrollen un espíritu crítico sobre la auténtica trayectoria constitucional de este país. Ya va siendo hora de abrir espacios a estos temas en el *pensum* oficial de los estudios formales de estas asignaturas. Sería una excelente manera de comprometer a los estudiantes de Derecho con la construcción de la paz.

3. Cultura constitucional y paz en el siglo XXI

Las negociaciones que se adelantan en La Habana pueden ser consideradas, pese a todas sus limitaciones, como el acontecimiento político y cultural más importante de los dos últimos siglos en la historia local. Pero es necesario subrayar que estas conversaciones hunden sus raíces en el proceso de modernización del Derecho iniciado en los años ochenta del siglo XX, cuando se recepcionan y adaptan en Colombia las corrientes neo constitucionalistas de mediados de siglo en Europa, y cuya máxima expresión institucional fue el proceso constituyente de 1990 y la promulgación de la Constitución de 1991. Fue entonces cuando surgimos como Estado social de Derecho dotado de una Constitución normativa y de un catálogo de derechos fundamentales garantizado por una Corte especializada y por otros organismos protectores de los derechos

humanos. Esa norma de normas, nacida como un tratado de paz entre el Estado y varios grupos guerrilleros que dejaron la actividad armada y se reincorporaron a la vida civil y política, es la que ha permitido que hoy se estén celebrando las conversaciones de La Habana. Claro está que aquél proceso constituyente tiene sus puntos oscuros. Es evidente que la guerra no terminó porque quedaron fuera del proceso justamente las FARC y el ELN. Y también por la pervivencia del legado cultural de la Constitución de 1886.

Pese a todo, la de 1991 es sin duda una Constitución para la paz. Lo fue efectivamente para los guerrilleros que se reintegraron al sistema. Lo fue desde el punto de vista formal mediante las normas que positivaron el Estado social y los derechos fundamentales. Y lo ha sido en perspectiva socio-jurídica, pues con base en ella se ha venido desplegando la nueva cultura jurídica y constitucional colombiana.

La Constitución de 1991 ha contribuido decisivamente con la legitimación de las instituciones democráticas y del Estado frente a los gravísimos ataques provenientes del narcotráfico y del paramilitarismo. Con ella se continuó decididamente el proceso de modernización de las instituciones colombianas para el siglo XXI, con una fuerte influencia del Derecho Constitucional español y alemán, mediante las reformas que trajeron más democracia y más derechos a sectores sociales y políticos del país antes excluidos, aun cuando se hubieran quedado por fuera fundamentales aspiraciones, como la redistribución de la riqueza.

En aquellos años se logró consenso respecto de la institucionalidad democrática y de la garantía de las libertades ciudadanas. Aunque algunos critiquen la vigente Constitución por demasiado intervencionista y otros por neoliberal, el Estado conserva su función distributiva y debe garantizar el empleo digno, la salud, los servicios públicos. Si bien, debemos exigirle permanentemente a los gobiernos que desarrollen efectivamente esa función.

En todo caso, es necesario contribuir con una teoría constitucional que ensamble las actuales negociaciones de paz con la legitimidad que empezó a conquistarse desde 1991. Ello se requiere para consolidar una cultura constitucional moderna, pues un nuevo proceso constituyente sería un retroceso, debilitaría gravemente el afianzamiento de las instituciones que ya han venido realizando una labor positiva a favor de la Paz. Las importantes reformas que nos hacen falta se deben ir realizando a través del Congreso, aunque sea difícil. Aprovecharemos el ánimo que nos transmitirá la firma de los esperados acuerdos.

4. Epílogo

En este orden de ideas, y para ir construyendo la Paz, emulando a la diosa Atenea, los colombianos podemos proponer a los negociadores de La Habana esta declaración: “Nosotros, los abajo firmantes, declaramos que, a partir de la fecha, no vamos a matar a más colombianos”. Es un compromiso simple que no implica dejación ni entrega de armas. Existen precedentes, en España el grupo armado ETA comenzó haciendo una promesa similar y la cumplió.

La propuesta consiste en dejar de matar ¡ya! Sería el avance político más serio que podría darse para ganar la confianza de un pueblo como el colombiano que si algo comparte con los griegos es la tragedia de una guerra eternamente unida al mito de la paz.

Bibliografía

BOTERO, A. (2013), “De la religión del juramento al juramento legal: conclusiones de un estudio sobre la evolución del juramento procesal en Colombia durante el siglo XIX”, *Precedente*, 2 (1), pp. 9-46.

CALLE, M. (2014), *Constitución y guerra. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia en el siglo XX*. Bogotá: Ibáñez.

—(2010), “A propósito de la cultura constitucional”, *Revista de derecho del Estado*, 25 (12), pp. 221-226.

JAEGER, W. (1957), *Paideia. Los ideales de la cultura griega*. México: Fondo de Cultura Económica.

HÄBERLE, P. (2002), *Constitución como cultura*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HOMERO (2010), *La Ilíada* [online]. LibrosEnRed. Disponible en <http://www.librosenred.com/libros/lailiada.html>.

—(2003) *La Odisea* [online]. LibrosEnRed. Disponible en: <http://www.librosenred.com/libros/lailiada.html>.

LAS MUJERES VIUDAS EN ARAGÓN

Silvia Cebolla Civil

Doctoranda en Relaciones de Género

silviacebolla@gmail.com

1. Introducción

El punto de partida de este estudio se fundamenta en la observación de que a lo largo de la historia el número de mujeres viudas, debido sobre todo a su mayor longevidad, ha sido superior al de los hombres, que históricamente se ha venido dando por diferentes hábitos de vida, tipos de trabajo realizados, etc...

En la actualidad, el número de mujeres viudas sigue siendo mayor que el de hombres, así como podemos comprobar en los datos arrojados por el Instituto Aragonés de Estadística respecto al año 2013. El número total de viudas y viudos en Aragón era de 88.716, de las cuales 72.141 eran mujeres y 16.575 hombres; es decir, el 81,3% de las personas viudas en Aragón en 2013 son mujeres, lo que supone un porcentaje significativamente más alto¹.

A lo largo de la historia, el derecho aragonés ha contemplado la institución de la viudedad dotándola de unas características especiales. Pero podemos ver que en muchas ocasiones esto no se ha ajustado a la realidad social que viven las mujeres viudas. Ya en la Edad Media se consideraba que el derecho aragonés era muy favorable para las viudas aragonesas pero, si observamos el trabajo de M^a Carmen García Herrero (1993, 431-450), podemos ver que no todas las mujeres viudas se beneficiaban de este derecho que otorgaba el usufructo de los bienes del cónyuge premuerto al cónyuge supérstite, ya que las viudas de condición social más baja no tenían usufructo del que beneficiarse y debían contraer un nuevo matrimonio para poder sobrevivir e incluso dar a familiares la tutela de sus hijos o a personas que les enseñasen un oficio. Hoy en día se siguen manteniendo las peculiaridades de la institución de viudedad en el derecho aragonés, pero evidentemente adaptadas a la sociedad actual debido a que la situación social de la mujer también ha cambiado.

¹ Datos disponibles en <http://www.aragon.es/iaest>

2. Metodología de la investigación

En el transcurso de la investigación nos centraremos en temas como la evolución del derecho aragonés (Serrano García, 1-20) en lo que a la institución de la viudedad se refiere, en la situación de las mujeres viudas en la actualidad junto con sus demandas y peticiones, así como en las medidas que adopta el gobierno de Aragón para este tipo de personas y, por último, analizaremos si el derecho aragonés se adapta a las circunstancias y demandas actuales de las viudas. También estarán presentes temas relacionados con la situación económica de las viudas aragonesas según su clase social, se indagará sobre si el tema económico y social condiciona de alguna forma la contracción de un nuevo matrimonio y, por último, cómo aborda el feminismo en la actualidad el tema de la viudedad y qué soluciones aporta tanto desde una economía feminista como sobre si las mujeres viudas están o deberían estar incluidas en el discurso feminista actual.

Para llevar a cabo esta investigación, además de sustentarla en la búsqueda de la bibliografía pertinente y la contrastación de datos estadísticos, también será de apoyo fundamental la metodología cualitativa de entrevistas semidirigidas a personas que se consideran importantes para el estudio como son las mujeres presidentas o miembros de la junta de asociaciones de viudas e instituciones aragonesas que tratan el tema de la mujer como puede ser el instituto aragonés de la mujer, casa de la mujer, etc...

Hasta el momento se ha realizado un acercamiento al estudio mediante consulta de bibliografía pero también por medio de la realización de alguna de las entrevistas planteadas que ya han empezado a arrojar datos interesantes para sentar unas bases de análisis.

En primer lugar he entrevistado a dos instituciones claves en el ámbito de la mujer en Aragón como es la Casa de la mujer y el Instituto Aragonés de la mujer y en segundo lugar he entrevistado a una mujer miembro de la Junta de la asociación de mujeres viudas Isabel de Aragón.

3. Medidas que adopta el Gobierno de Aragón para las mujeres viudas

Por un lado, respecto a las medidas que adopta el Gobierno de Aragón de forma específica para las mujeres viudas, deducimos de las entrevistas realizadas que dichas mujeres carecen de medidas o planes concretos. Las dos instituciones

han manifestado que trabajan con todo tipo de colectivos de mujeres y que dan el mismo soporte al de la viudedad que al resto de asociaciones de mujeres pero que no tienen prevista ninguna medida específica para solventar las demandas o problemas de las viudas aragonesas. También se puede observar que este no es un colectivo con el que trabajen mucho puesto que no están familiarizadas con sus demandas, ni conocen bien su problemática ni su composición.

Por otra parte, las mujeres viudas de la asociación entrevistada también manifiestan que reciben ayudas escasas de las instituciones. En ocasiones les financian cursos que realiza la asociación, pero en relación a planes de ayudas sociales o económicas, no se benefician con ningún tipo de ayuda; es decir, no reciben ayuda en demandas que llevan a cabo y que necesitan tales como un apoyo jurídico -para que les ayude a conocer sus derechos y a poder ejercerlos-, un apoyo psicológico -que es necesario en un primer momento al enviudar-, un apoyo formativo -para aquellas mujeres que deben reincorporarse a la vida laboral después de años dedicadas a su vida familiar-, un apoyo económico -para aquellas que tras enviudar se quedan en una situación económica muy precaria-, etc...

4. Demandas y peticiones de las viudas aragonesas

En cuanto a este tema, además de las que hemos citado anteriormente, existen dos demandas fundamentales por las que se lucha en el plano legal para que las instituciones las mejoren: por una parte, exigen que la pensión de viudedad esté exenta de cargas fiscales, ya que las mujeres que trabajan al mismo tiempo que cobran la pensión, tienen que cotizar como si tuviesen dos pagadores y eso supone que al realizar el IRPF tengan que devolver dinero a Hacienda en la mayoría de los casos, aunque la renta de su trabajo sea baja. En el caso de las pensiones de orfandad, por ejemplo, ya se ha conseguido que estén exentas de cargas fiscales.

Por otro lado, la otra gran demanda de las viudas es que la pensión se equipare al Salario mínimo Interprofesional, puesto que con el fallecimiento de sus maridos solo desaparece una boca que alimentar pero el resto de gastos de la economía familiar (hijos, cargas familiares, etc...) es el mismo².

Desde 1971, que es el tiempo que esta asociación de viudas lleva trabajando, creen que a través de su lucha y constancia han conseguido lograr algunos de los objetivos marcados como, por ejemplo, el de que las pensiones de

² Vid. <http://www.viudashispania.org/>

orfandad de sus hijos fuesen hasta los 21 años y no sólo hasta los 18. Pero también piensan que al ser un colectivo muy pacífico, estas grandes demandas que realizan no son escuchadas, porque ellas no suelen dar problemas; de hecho, un dato a destacar es que a la asamblea regional, que es donde se reúnen todas las asociaciones de viudas de Aragón para poner en común sus demandas y necesidades y que tuvo lugar en Graus, no asistió ningún miembro del Gobierno de Aragón. Esto pone de manifiesto el gran desinterés de las instituciones por este colectivo.

5. Situación económica de las viudas aragonesas según su clase social

Tanto instituciones como asociaciones están de acuerdo en que se trata de un colectivo muy heterogéneo, ya que cualquier mujer casada es susceptible de enviudar sea cual sea su clase social. En las asociaciones de viudas tampoco existe un perfil económico concreto, puesto que se apuntan viudas de diferentes clases sociales. Aunque, por supuesto, las que se encuentran en peor situación económica tienen que lidiar con el dolor que supone la pérdida del cónyuge junto con los problemas económicos sobrevenidos a los que deben hacer frente y por ello encuentran un gran apoyo en la asociación. A pesar de no recibir ayudas económicas por parte de las instituciones, sí que desde las asociaciones las viudas que están mejor posicionadas ayudan a las que tienen mayores dificultades para encontrar algún trabajo moviendo sus contactos, pues una asociación de viudas, insiste una miembro de la junta, es una asociación para hacer amigas y encontrar el apoyo mutuo, puesto que a una viuda quien mejor la puede entender es otra viuda. Por todo esto se buscan relaciones de ayuda mutua y aunque económicamente no se pueda ayudar, sí que entre ellas se pueden apoyar para encontrar algún trabajo (muchas veces dentro de la economía sumergida ya que son mujeres que salieron hace años del mercado laboral y carecen de formación actualizada y los trabajos que suelen llevar acabo suelen ser relacionados con el ámbito doméstico y el cuidado), para darse ese apoyo moral que tanto necesitan en un primer momento y para encontrar compañía de personas en su misma situación. El derecho en muchas ocasiones no tiene en cuenta esta heterogeneidad económica de las viudas y no aporta soluciones correctas a estas situaciones de dificultad y precariedad en que viven algunas.

6. Las mujeres viudas y los segundos matrimonios

Otro de los temas que quiero abordar en la investigación es si las mujeres viudas vuelven a contraer matrimonio o no, y si están condicionadas socialmente o económicamente para hacerlo o no. No ha resultado fácil recabar información sobre las viudas y la viudedad pero en algunos de los textos estudiados se aborda la cuestión de los segundos matrimonios como en el artículo de Amaia Nausia Pimoulier (2006, 233-260). En un principio no pensé que podría suponer ningún problema hablar de ello con mis informantes, por ello, incluí varias preguntas en las entrevistas sobre esta cuestión; tanto para las instituciones como para las asociaciones de viudas. Pero resultó curioso que las preguntas que hacen referencia a un posible segundo matrimonio son las que han causado mayor recelo a la hora de ser contestadas. Por parte de las instituciones en sus repuestas se afirma que no llevan seguimiento de este asunto y en la Asociación de Viudas en un principio eran reacias a contestar esa pregunta porque lo consideraban como algo muy personal. Expliqué que la investigación requería una respuesta general (no se pedían ni historias concretas ni mucho menos nombres de personas) y al final se pudieron llegar a algunas conclusiones. En primer lugar, como se ha dicho anteriormente, este colectivo es muy heterogéneo y hay personas de todo tipo y con todo de tipo de convicciones. En segundo lugar, en cuanto al tema económico si que se pudo dilucidar que había cierta reticencia lógica a volver a casarse. Porque las personas viudas que contraen nuevo matrimonio pierden su pensión de viudedad como indica el Artículo 301.1 del Código del Derecho Foral de Aragón “c) *Por nuevo matrimonio o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario.*”

Esto supone que si una de las personas o las dos que quieren contraer matrimonio son viudas se lo piensen, porque ello les va a suponer perder su pensión (Calduch Garg 2006). A consecuencia de ello, apuntaron que la solución más habitual era simplemente juntarse y convivir con la nueva persona pero sin contraer oficialmente matrimonio. En algunas ocasiones, también comentaron, que había personas que decidían hacer una ceremonia sólo religiosa para que de algún modo se formalizase esa unión pero sin que tuviese consecuencias civiles. Vemos por todo esto que si que siguen existiendo ciertos condicionamientos económicos a la hora de contraer nuevo matrimonio.

En tercer lugar, se habló de condicionamientos sociales que siempre son más difíciles de concretar en una sola respuesta ya que pueden estar influenciados por diferentes factores, como los principios morales de cada

persona, el entorno del que venga, la presión de su entorno, sus circunstancias personales, etc.... Pero hay un factor social más amplio que si que puede condicionar en gran medida a este colectivo y es que en el momento de enviudar se rompe en proyecto de vida en común que tenían con otra persona y deben pasar asumir en solitario las responsabilidades que habían adquirido de forma conjunta con otra persona (como pueden ser hijos u otras cargas familiares o laborales). Afirmaron que en muchas ocasiones las mujeres no se volvían a casar porque era un tema que no les preocupaba. Tenían que atender y educar a sus hijos y sacar a sus familias adelante ellas solas y esa era su prioridad, no tenían tiempo para pensar en ellas o en sus preferencias, ya que el cuidado a los demás, que es un rol del género femenino, pasa a un primer plano. También afirmaban que en el caso de los hombres era distinto porque ellos si que buscaban una mujer, porque necesitaban de alguien que *ayudase* con su familia. En el caso de las mujeres, ellas asumen solas todo el trabajo de los cuidados. Incluso en las circunstancias excepcionales de crisis económica en las que vivimos la situación se ha agravado, porque una vez que sus hijos han crecido no pueden dejar de cuidarlos.

En estos casos asumen el cuidado de los nietos ya que los hijos que trabajan y no se pueden permitir guarderías y los que se encuentran en paro y pasan por dificultades económicas también son ayudados por estas mujeres gracias a que tienen una pequeña pensión. Por tanto, en estas circunstancias económicas y aun llegando a edades más avanzadas no consiguen liberarse de estos trabajos de cuidados, esto conlleva que no tengan tiempo de pensar en tener una nueva relación ni de complicarse la vida con ella y dejan su vida personal a un lado y asumen el rol de cuidadoras. Vemos pues, que sí existen algunos condicionamientos sociales y de género que contribuyen a que haya o no un nuevo matrimonio después de enviudar.

7. Feminismo y viudedad

Por último en la investigación me gustaría analizar la viudedad desde el punto de vista feminista, ver como el feminismo trata este tema y qué soluciones o demandas puede realizar el feminismo actual y en qué cosas puede contribuir. Hay que decir que esta siendo muy complicado encontrar autoras feministas que hayan incluido reflexiones específicas a la viudedad, sólo hay ciertos estudios académicos como el de Márgarita Birriel (Birriel Saldedo 2008) o el de Amaia Nausia Pimoulier (2006) que redundan en la idea de que la viudedad ha sido muy poco estudiada. También es interesante analizar como las mujeres viudas dentro de su heterogeneidad y sus distintas circunstancias encajan por sus aportaciones

en una economía feminista. En la entrevista realizada a la asociación de viudas zaragozana he sacado algunas conclusiones interesantes que pueden ayudar a comenzar la investigación de este tema. Como he dicho anteriormente, este colectivo se considera pacífico y poco problemático y por eso creen que sus reivindicaciones son poco escuchadas. En general, hay menos viudas jóvenes, que son las que están más dispuestas a luchar activamente mediante manifestaciones u acciones de mayor presión al gobierno.

Las menos jóvenes siempre buscan un forma más pacífica y menos agresiva de exponer sus reivindicaciones y suele haber división entre las que quieren ejercer una mayor presión y más directa y entre las que prefieren simplemente presentar sus demandas a las instituciones.

Esto me hizo enlazar la pregunta de si creían positivo que el feminismo incluyese en su discurso la problemática de las mujeres viudas, de la misma forma que se reclaman los derechos laborales de las mujeres o el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, que se reclame que se respeten los derechos de las viudas y que se les descargue de todos los trabajos de cuidados que realizan y que se les reconozcan públicamente. Del mismo modo que se reclama para las mujeres que son amas de casa que se reconozcan los trabajos domésticos como un trabajo, que se reconozca que las mujeres viudas en la mayoría de los casos ejercen estos trabajos y los trabajos de cuidados por las circunstancias que les ha tocado vivir. Es decir, se han quedado solas frente a unas responsabilidades familiares sin haberlo elegido así, ya que en este caso ser una familia monoparental no es su elección, sino una circunstancia sobrevenida.

En cuanto a considerar el trabajo domestico como un trabajo, es una aportación ya realizada por las feministas socialistas a finales del siglo XX, dada la repercusión que este tiene en la economía actual. Pero los últimos estudios y teorías de economía feminista como los que plantea Amaia Pérez Orozco (2014) también van en esta dirección.

En líneas generales, dentro de la economía feminista hay al menos tres elementos distintivos: en primer lugar, la ampliación de la noción de economía para incluir todos los procesos de aprovisionamiento social, pasen o no por los mercados. En segundo lugar, la introducción de las relaciones de género como un elemento constitutivo del sistema socioeconómico y, por lo tanto, del género en tanto que categoría analítica central más allá de la desagregación de datos por sexo. Y por último, en tercer lugar, la convicción de que el conocimiento es siempre un proceso social que sirve a objetivos políticos, de donde se deriva la explicitación de un compromiso feminista.

Señalar igualmente que, en general, una de las premisas básicas de la economía feminista es incluir en ella a las esferas invisibles de la economía y éstas

son las que tienen que ver con los trabajos realizados fundamentalmente por mujeres que no reportan un salario, ni derechos, ni reconocimiento social. Este tipo de trabajos tienen que ver básicamente con los cuidados a los demás, rol asignado históricamente a las mujeres y que nunca ha llegado a tener un reconocimiento económico ni social.

Por eso, la economía feminista en sus premisas plantea que no sólo hay que hablar de las acciones que mueven el dinero, sino que hay que situar en el centro las satisfacciones personales. Es decir, desplazar del centro a los mercados y poner en su lugar a las personas.

Propone que el trabajo de las mujeres, que como he comentado antes ha permanecido invisible durante mucho tiempo, debe ser el centro de atención de la economía ya que la mujer no sólo se ha ocupado de las denominadas tareas domésticas (cocinar, limpiar, comprar, etcétera) o de los cuidados dedicados a los niños, a los mayores y a los enfermos, sino que ha proporcionado el equilibrio afectivo y emocional imprescindible para la buena salud de los familiares y para su capacidad de realizar otras tareas, sean o no productivas.

En la entrevista realizada a la asociación de viudas ellas manifiestan que al fin y a cabo sus trabajos y esfuerzos realizados en el ámbito doméstico y de los cuidados si que son reconocidos y agradecidos, al menos por sus familiares o su círculo cercano. Pero si que es cierto, que no ven dicho reconocimiento por parte de las instituciones, dada la poca atención que les prestan. También verían de forma positiva que el feminismo asumiese sus reivindicaciones ya que les daría impulso para dar pasos adelante y que su voz fuese más escuchada.

En conclusión, con esta investigación se pretende mostrar una realidad cercana que muchas veces nos resulta invisible, de un colectivo de mujeres muy heterogéneo pero con algunos denominadores comunes. Para ello, se hará un repaso por los derechos de las viudas aragonesas a lo largo de la historia para poder ver cómo han evolucionado hasta la actualidad y de esta forma poder visualizar sus problemas actuales junto con las posibles soluciones.

Bibliografía

BAYOD LÓPEZ, M. C. (2011), *Algunas cuestiones prácticas en materia de derecho civil aragonés*. Zaragoza: Gobierno de Aragón.

Bielsa Hernández, M. C. (2009), *El derecho expectante de viudedad aragonés. Aproximación a su fundamento actual y análisis de sus causas de extinción*. Zaragoza: CESA.

CALDUCH GARG, M. (2006), *Las causas de extinción del Derecho de viudedad en el Derecho civil aragonés*. Zaragoza: Institución Fernando El Católico.

LACRUZ BERDEJO, J.L (1946), “El régimen matrimonial de los fueros de Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 3, pp. 19-155.

LÓPEZ, J. L., SOLÓS FERNANDEZ, J. (2007), “La historia del Derecho aragonés en la obra del doctor Juan Luis López” , en GONZALEZ DE SANSEGUNDO, M.A. (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo: el doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, pp. 677-704.

GARCÍA HERRRERO, M.C (1993), “Viudedad foral y viudas aragonesas a finales de la Edad Media”, *Hispania*, 184/2, 1993, pp. 431-50

NAUSIA PILOULIER, A. (2006), “Las viudas y las segundas nupcias en la Europa moderna: últimas aportaciones”, *Memoria y Civilización*, 9, Universidad de Navarra, pp. 233-260.

SANCHO REBULLIDA, F., (1958), “*La viudedad aragonesa*”, *Anuario de Derecho Aragonés*, pp. 5-228.

SAPENA TOMÁS, J. (2001), *La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio: discurso de ingreso en la Academia Aragonesa*. Zaragoza: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

PÉREZ OROZCO, A. (2014), *Subversión feminista de la Economía*. Madrid: Traficantes de Sueños.

PÉREZ OROZCO, A. (2002), “¿Hacia una Economía Feminista de la sospecha?”, *Revista en Otras Palabras*, núm. 13, pp. 14 y ss.

LA DESOBEDIENCIA AL DERECHO POR IMPERATIVO DE LA CONCIENCIA ÉTICA: EL “INDIVIDUALISMO ÉTICO” DE FELIPE GONZÁLEZ VICÉN

Marcos Arjona Herraiz

Universidad de Zaragoza
m.arjona.herraiz@gmail.com

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objeto recuperar del olvido la tesis y defensa de la misma que el profesor González Vicén expuso en su publicación de 1979, *La obediencia al Derecho*. A este objeto central dedico el primer apartado.

Dicha tesis se puede resumir en el siguiente *adagio*: «mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia». Para vislumbrar semejante tesis, González Vicén, hace un repaso de las respuestas más importantes a la pregunta por el fundamento de la obediencia al Derecho por razones meramente éticas. Al rechazar tales respuestas, y tras asistirnos como él dice la perplejidad, González Vicén, imbuido en el *individualismo ético* de raigambre kantiana y existencialista que le caracteriza, así como su idea del Derecho como realidad netamente histórica y coercitiva, hace un enjundioso análisis acerca de conceptos tales como *obligación* y *conciencia*, fundamentando su propuesta. Para González Vicén, la desobediencia al derecho por imperativo de la conciencia no es sólo un derecho que nos asiste sino un deber moral.

Esta conclusión no es fruto de un día sino que es el destino de más de cuarenta años de reflexión iusfilosófica teniendo siempre presente la primacía de la conciencia en esa tensión insalvable entre individuo y Derecho. Tal es el objeto de lo que pretendo mostrar en el último apartado de este trabajo; la conclusión y defensa de su tesis no es más que el colofón de su *individualismo ético*.

Entre medias, he recogido en un segundo apartado, las principales opiniones del debate que suscitaron las ideas recogidas en este artículo de 1979 que removerán las aguas de la Filosofía del Derecho española a lo largo de los años ochenta.

2. La desobediencia al Derecho por imperativo de la conciencia ética

La filosofía del derecho de González Vicén es heredera en más de un sentido del criticismo kantiano, sobre todo del concepto de *autonomía moral*. Es de vital importancia, por tanto, ir dedicando unas reflexiones a la filosofía kantiana a lo largo del presente trabajo. Por lo pronto bastará decir que Kant reacciona contra sus predecesores iusnaturalistas. “Señala Kant que no cabe formular un *sistema metafísico* del derecho, porque éste, debido a la multiplicidad de casos que presenta la experiencia (...), no podría evitar la intromisión de ingredientes empíricos” (Truyol y Serra 1995, 396). Es más, Kant distingue ambos núcleos de normas, morales y jurídicas, haciendo hincapié en la idea de autonomía de la voluntad: “El derecho se conforma con una mera *legalidad*, es decir, con la concordancia del acto externo con la ley sin tener en cuenta su móvil, mientras la ley ética requiere *moralidad*, es decir, el cumplimiento del acto por deber” (Truyol y Serra 1995, 397). Asimismo, con González Vicén, podríamos decir que para Kant, “El Derecho no puede basarse en ninguna noción material, sino que es «un concepto puro, aunque (...) dirigido a la práctica», un concepto «que se refiere a la forma de lo jurídico, no a la materia o al objeto de aquello a lo que yo tengo un derecho»” (González Vicén 1984, 47). Sin embargo, es de sobras conocido que en Kant no hay un derecho de resistencia frente al Derecho constituido: “Kant rechaza el derecho de resistencia en términos contundentes y sin excepción, basándose en que va contra el concepto mismo del Estado como condición de la realización del derecho” (Truyol y Serra 1995, 403). Parece que Kant sólo permite una vía posible a través de la crítica intelectual. Cuestión que contrasta con su simpatía hacia las revoluciones americana y francesa. Pero Kant no pretende que se obedezca a un derecho injusto por el mero hecho de ser un derecho positivo formal, sino que no puede permitir la sombra de amenaza de caos y desorden que del incumplimiento del Derecho podría derivarse. Y es que Kant, en definitiva -y como explicaré más adelante- está dentro de esta tradición de teorías cuyo núcleo formal es la seguridad jurídica; muy en sintonía con la ideología burguesa desde el s. XVIII hasta nuestros días.

Sea como fuere, lo que resulta claro, es que González Vicén da un paso más al afirmar que “si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. O dicho con otras palabras: *mientras que no hay fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia*”

(González Vicén 1979, 308). Esta es la tesis principal defendida en *La obediencia al derecho (1979)*¹ que tan amplio debate provocó en los años ochenta.

Pero empecemos por el principio. Su punto de partida era “el predominio entre los juristas del llamado positivismo legal o legalista, es decir, la teoría de que todo Derecho producido correctamente y revestido, por tanto, de validez formal obliga con independencia de su contenido” (González Vicén 1985, 101). Ante tal teoría González Vicén se pregunta si hay fundamento ético que sustente una obligatoriedad absoluta tan sólo por razón de la validez formal del Derecho. En este sentido examinará algunas de las más importantes respuestas.

Clasificaba nuestro autor tales respuestas en dos grandes grupos: por un lado, aquellas teorías que por el falso planteamiento del problema no dan respuesta a la cuestión de la fundamentación de la obediencia jurídica; y por otro lado, aquellas que soslayan en el planteamiento del problema lo que realmente nos interesa, a saber, si hay o no obligación ética de obedecer al Derecho. Estarían en el primer grupo la teoría del *derecho del más fuerte* y la teoría del *reconocimiento jurídico*. Para la *teoría del más fuerte* no hay mayor argumento que el hecho de que el más débil se tenga que doblegar ante el más fuerte. Por lo que no es siquiera una teoría de la obligatoriedad, no se mueve en el plano del *deber ser* sino en el mundo de los hechos (González Vicén 1979, 368). Es, como dice González Vicén, “una radiografía más o menos fiel de lo que acontece en la realidad, no un esquema de lo que debería acontecer” (González Vicén 1979, 368). En cuanto a la doctrina del *reconocimiento*², su mayor impulsor fue Ernst Rudolf Bierling. Éste “trata de encontrar más allá de la fuerza una noción que sirva de base absoluta para la obediencia del Derecho. (...) Para Bierling todo ordenamiento jurídico es un conjunto de normas, es decir, de imperativos procedentes de una voluntad y dirigidos a otras voluntades para su cumplimiento” (González Vicén 1979, 169-170). Este *reconocimiento*³ es, según Bierling, un respeto ininterrumpido y habitual, un sentirse vinculado y sometido a la norma; una *Annerkennung von Normen oder Imperativen* (Bierling 1894, 42). Errores a parte de la teoría (de los que cualquier lector con sentido rápidamente se percata), lo que nos interesa es “subrayar su error intrínseco en el planteamiento del problema de la obediencia jurídica. (...) Lo que la teoría hace es explicarnos el por qué de que un ordenamiento jurídico, que es en sí una pretensión abstracta de conducta, se convierte en realidad por el obrar

¹Publicado en 1979 aunque escrito unos años antes pero que no pudo ver la luz por cuestiones editoriales. En concreto, la revista que iba a publicarle quebró en ese preciso momento (entre los últimos coletazos del franquismo y la transición española).

²Esta teoría tuvo su mayor influencia desde mitad del s. XIX hasta los primeros 25 años del s. XX.

³*Die Anerkennung*, que en alemán tiene sentido también de acatamiento, aceptación, sometimiento y otras acepciones similares.

de los hombres, es decir, se hace socialmente real. Pero nada nos dice en cambio, acerca de si este Derecho que se hace real debería ser obedecido. (...) Como en el caso de la teoría de la fuerza, lo que aquí nos salen al paso son hechos y sólo hechos (...) pero ni una sola razón o fundamento éticamente válido de este cumplimiento” (González Vicén 1979, 371).

Las respuestas del segundo grupo son las de la teoría del *Derecho Natural* y la teoría de la *seguridad jurídica*. La reflexión que Gonzalez Vicén realiza sobre las mismas es ardua. Su crítica gira entorno a la idea de que sus argumentaciones transitan un círculo vicioso. Sin entrar en mucho detalle, entiende que en el *Derecho Natural* existe una petición de principio insalvable, o lo que es lo mismo, se autojustifica, pues “si se sienta la proposición de que la norma A posee validez y fuerza de obligar absolutas, la afirmación de que la norma B posee fuerza de obligar si coincide con A sólo, en apariencia, es una nueva afirmación o conclusión, mientras que, en realidad, no es más que la repetición con otras palabras de lo que, desde un principio se había sentado dogmáticamente. (...) La institución de la propiedad privada o el matrimonio monogámico son de Derecho natural y revisten validez absoluta, luego todas las normas que consagran la propiedad privada o el matrimonio monogámico poseen fuerza de obligar. Con argumentos así lo único que hacemos es movernos en círculo, sin ganar un criterio firme de fundamentación de la obligatoriedad del Derecho” (González Vicén 1979, 373-374). A mayor abundamiento, tras las guerras de religión, parece que ni siquiera el iusnaturalismo racionalista se podía salvar: la idea de que la deducción del Derecho de la recta razón, “*is an error that hath cost many thousands of men their lives*”⁴ (Hobbes 1966, 176) hace aparecer el Derecho positivo como la única regulación segura de la conducta en medio de la discordia de las opiniones individuales (González Vicén 1979, 377). Surge así con fuerza la idea de la *seguridad jurídica* como garante del orden y tendrá en Hobbes a su más prestigioso representante. Partiendo éste del concepto analizado por él mismo de *estado de naturaleza* como de *bellum omnium contra omnes*, el Derecho será el único instrumento capaz de salvaguardar la paz y la seguridad, y de esta forma lleva en su mismo seno su pretensión absoluta de obediencia. Para Kant, el Derecho será aquello que haga posible la libertad en sentido trascendental, ya que no a todos los hombres les guía una *buena voluntad*. El Derecho es en Kant el medio para hacer posible en el mundo externo la libertad trascendental; hace posible el máximo en el ejercicio externo de la autonomía. Así el fin del Derecho no es la justicia sino el mantenimiento de la paz. Justamente por ello, Kant elimina la posibilidad de resistencia al Derecho ya que es la garantía de la propia autonomía del individuo (González Vicén 1979, 379-380). Desde principios del s. XIX parece que la doctrina

⁴Es un error que ha costado la vida a miles de personas.

de la *seguridad jurídica* se instaure como definitiva. Ésta, tiene dos postulados: una instancia por encima de todo individuo que asegure una solución y que haga posible la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de nuestros actos. Pero González Vicén nos plantea: “¿es verdaderamente y de por sí la seguridad jurídica un valor que fundamenta éticamente la obligatoriedad del Derecho?” (1979, 382). En un primer momento puede parecer que la seguridad jurídica es en sí un valor material y de garantía suficiente para considerar la obligatoriedad. Pero lejos de esa realidad, la seguridad jurídica es un concepto netamente formal. En realidad es una respuesta que hace posibles determinados valores materiales que son tenidos como esenciales para la vida en sociedad. “La paz, la conservación de la vida, la autonomía de la persona (...) son, según las doctrinas - de la seguridad jurídica -, los valores supremos y constitutivos de la vida social, valores que el Derecho tiene que hacer reales en la historia, mientras que la seguridad jurídica representa sólo la condición para esta realización” (González Vicén 1979, 383). Esta teoría, que es la posición ideológica propia de la burguesía, asegura desde el s. XIX los valores propios de una clase competitiva, “concentrada en la explotación indiscriminada de todos los recursos materiales, cuya divisa es la expansión por la expansión de los medios de producción y la acumulación por la acumulación de la riqueza personal” (González Vicén 1979, 381). La teoría es en realidad no fundamento de obligatoriedad sino presupuesto para la realización por el Derecho de unos valores que son *a priori* concebidos como absolutos. Así, establecer certeza y asegurar la convivencia humana no es bastante “para fundamentar éticamente la obediencia jurídica sin consideración a ningún otro valor” (González Vicén 1979, 385).

Ante todas estas respuestas fallidas, según González Vicén, “nos asiste el derecho a la perplejidad” (1979, 385). Pero tal vez la clave está en precisar el concepto de *obligación*. Nuestro autor apela a la falta de univocidad de dicho término, sin embargo, sólo puede hablarse de obligación en sentido estricto cuando se trata de una exigencia absoluta; la cual sólo es posible cuando nos referimos a los imperativos de la conciencia ética individual. Siguiendo a Kant, González Vicén entiende que la esencia de la obligación se halla en una razón - práctica- que determina la voluntad según fundamentos *a priori*, una ley del obrar que la razón se da a sí misma. Pero también sigue a Binder cuando éste decía aquello de que obligación no es un término jurídico (Binder 1912, 45-47) o a Radbruch cuando apunta que “sólo la norma moral tiene en la voluntad un sustrato de deber, mientras que el sustrato del derecho, la conducta, excluye por necesidad conceptual serlo en igual sentido” (Radbruch, 1933). Sentado todo esto, si tomamos la palabra *obligación* como lo que es *stricto sensu*, obligación ética, no hay obligación de obediencia al Derecho. “Más aún, en tanto que orden heterónomo y coactivo, el Derecho no puede crear obligaciones, porque el

concepto de obligación y el de un imperativo procedente de una voluntad ajena y revestido de coacción son términos contradictorios” (González Vicén 1979, 386).

Llegamos así a otra de las ideas clave de la filosofía del derecho de González Vicén: la concepción del Estado como coerción. Tal concepción no es tomada en exclusividad del marxismo, como han planteado algunos autores españoles de la Filosofía del Derecho contemporáneo⁵. Si bien González Vicén estudia a Marx a fondo, y existe en el primero influencias del segundo, no se puede reducir su concepción del Derecho a términos netamente marxistas, ya que González Vicén se mueve en el límite entre influencias muy variadas⁶. En mi opinión, en dicha concepción, hay una influencia muy notable de ese crítico de la cultura que fue Burckhardt, quien puede estar más en la línea de Nietzsche que de Marx. Para González Vicén en Burckhardt ya se hallan más o menos formulados casi todos los conceptos que a mitad del s. XX trabajaba la crítica cultural y política. Y en concreto, sobre esta coerción y dominio del Estado y su Derecho, dice González Vicén: “Con tremenda agudeza, que raya a veces en lo visionario, vio Burckhardt dibujarse en el horizonte la silueta del Estado total, con su nihilismo radical, su dominio técnicamente perfecto de las posibilidades humanas, su ignorancia de los fines individuales y su cálculo detallado del azar. A este Estado le reserva Burckhardt como cometido dar cierre al aniquilamiento del hombre, cerrado así lógicamente el cielo de la cultura occidental (González Vicén 2009a, 33).

Por lo tanto, lo que la obligatoriedad del Derecho oculta, lejos de tener una fundamentación ética, es más bien el testimonio palpable del poder, de la coerción y la imposición ideológica. Es más, “ya no se trata sólo del cumplimiento de hecho de unos esquemas de conducta que expresan los intereses de una clase o su punto de vista sobre la sociedad, sino que esta pretensión se sublima enseguida, y el cumplimiento de aquellos esquemas de conducta se hace aparecer como algo

⁵Dice Montoro Ballesteros que “González Vicén parte de (...) una concepción típicamente marxista del Derecho que ve en el mismo un «mero instrumento técnico de dominación de las clases y de los grupos sociales». Y un poco antes: “No hay lugar para la ética religiosa ni para la ética social, que poseen una evidente dimensión heterónoma”. (Montoro Ballesteros 1991, 2-3). No puedo estar de acuerdo con la primera aseveración que parece encasillar a González Vicén en una dirección muy determinada del pensamiento político y social. Tampoco puedo estar de acuerdo con la segunda, ya que, los principios heterónomos de cualquier religión pueden convertirse en autónomos, y por tanto, no hay ningún desprestigio hacia la religión como bien sabía y defendía el ya fallecido profesor Gómez Caffarena, teólogo y filósofo kantiano. Caffarena trata con amplitud este tema en *El teísmo moral de Kant* o en su artículo *La filosofía de la religión de Kant*. Por su parte, González Vicén, no manifestó ningún desprecio hacia la religiosidad *per se*, en todo caso dijo que el Derecho que proviene de una supuesta Ley divina no es tal Derecho, ya que todo Derecho es creación humana y está enmarcado en un contexto histórico. Sobre este tema hablo más adelante.

⁶De Alf Ross toma la idea de que el poder funciona a través del Derecho: “el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza” (Ross 1994, 58).

debido, como una exigencia de naturaleza ética (...). El esquema de conducta exigido en la norma jurídica lo que nos dice son las consecuencias que tiene para la persona o para el patrimonio su infracción, pero no, en sentido ético, que debamos cumplirlo” (González Vicén 1979, 387).

Esta idea de *obligación* netamente moral que le lleva a González Vicén a concluir que no hay obligatoriedad de raigambre ética para obedecer al Derecho se encuentra, como él mismo cita, en el propio Hegel, que entendía que ante el Derecho no se puede exigir *obligaciones* ya que éstas son patrimonio de la ética; más bien se pueden exigir *responsabilidades* (González Vicén 1979, 387), y esto, nunca lo ha negado González Vicén: “ahora bien, si es cierto que no hay obligación ética de cumplir el Derecho, ¿quiere ello también decir que no hay por qué obedecer el Derecho? ¿Que la desobediencia ética al Derecho es (...) sinónimo de anarquía? De ninguna manera” (González Vicén 1985, 103). Las razones para obedecer el Derecho son de tipo práctico, como que “si gozamos de las ventajas de una sociedad organizada, debemos también cumplir sus exigencias” (González Vicén 1979, 388); pero no práctico en sentido ético.

Como ya he comentado, González Vicén, transita el límite: si la influencia kantiana en su pensamiento es más que evidente (aunque nos proponga más bien un Kant contra Kant), la idea que tiene de la conciencia personal de cada individuo trasciende el sujeto trascendental y moral kantiano. “El sujeto de conciencia no es el *hombre en general* kantiano, ni es tampoco el sujeto del racionalismo, es decir, lo que queda al individuo cuando se ha abstraído de él todo lo que tiene de común con los demás hombres: el sujeto de la conciencia es el hombre en su realidad concreta, en lo que sólo es él y no en lo que tiene de común con los demás” (González Vicén 1979, 389). Es en este tipo de afirmaciones donde se trasluce el *individualismo ético* de González Vicén, perfectamente compatible, en un hombre de matices como él era, con la vida religiosa o la preocupación social de tal individuo. Es así que para comprender la postura de González Vicén hay que percibir los matices: conciencia individual no es *conciencia moral* al modo del saber teórico-moral de la tradición cristiana, y no porque esté negando la posibilidad de la religión, sino porque trata de decirnos que semejante conciencia a la que se refiere es como el principio de individuación de cada hombre, de sus propia vida e intereses, de sus fines más personales. He aquí una notable influencia del existencialismo y de la *filosofía de la facticidad* de Heidegger en *Sein und Zeit*.

Pero en esta tensión entre conciencia y Dios, añade González Vicén: “La conciencia no es hoy ya la tradicional *voz de Dios*, sino, muy al contrario, una de las manifestaciones crepusculares del ocaso de la fe religiosa, una voz en la que, si algo se nos manifiesta, es el silencio de la divinidad. Por eso mismo, desprendida de su fondo trascendente, la conciencia nos obliga tanto más, porque es la única

instancia de nuestra identidad individual: aquella ley encontrada por el hombre mismo, que éste no puede infringir so pena de perder su propio ser” (1979, 390-391). Creo que de nuevo hay que saber interpretar estas palabras. Kant también lo entendía así en cierto modo; quería emancipar la moral de la religión, como ya hizo antes Shaftesbury. La ética, así independizada, ya no rendirá pleitesía ni a una religión positiva ni a un Derecho positivo o natural concretos. Aquí subyace también la diferencia entre Kant y toda la tradición iusnaturalista precedente -a la cual ya me refería al empezar este epígrafe-, a saber, que la emancipación preconizada por Kant (*sapere aude!*) da un paso hacia adelante respecto al Derecho Natural: la naturaleza como creación divina, o la *razón natural* iluminada por Dios, ya no serán fuente de moral ni de Derecho. La ética manará ahora de la voluntad soberana del individuo, de la conciencia y de sus imperativos. Este paso fundamental ya no deja retroceder sin pretender ir contra la propia historia. En el caso de Kant, si Dios aparece en su *teísmo moral* no es tanto como fundamento de la ética sino como horizonte postulado por la propia práctica moral, como exigencia de realización del *Bien Supremo*. En palabras de Gómez Caffarena: “Kant busca, sin dejar la exigencia de autonomía, una *teo-nomía* no heterónoma, que de firmeza a lo absoluto del deber” (Gómez Caffarena 2010, 196).

Así, en esencia, tal emancipación, posibilita la autonomía de la ética, y este mismo es el objetivo, a mi entender, de González Vicén: una autonomización de la ética y de la conciencia individual frente a estructuras sociales tan fuertes como el Derecho o la Religión. La conciencia es así aquello más íntimo de cada individuo, que lo diferencia de los demás y de lo demás. Toda esta reflexión la planteo con un fin muy concreto: no tanto por intentar penetrar en la postura de González Vicén ante la Religión (que en este trabajo no vendría al caso) sino por explicar tales afirmaciones de nuestro autor, demostrando que no son dogmáticas o cerradas, sino perfectamente compatibles con la apertura de esa conciencia a la realidad social o religiosa en el caso de que cada conciencia que somos quiera o lo necesite.

Este es el fundamento filosófico de González Vicén, una conciencia en este y no en otro sentido. Siendo así, una conciencia moral que soy yo mismo, lo que la conciencia nos dicta es la única norma (en sentido amplio) que contiene una obligación absoluta y que exige o se le responde con el cumplimiento.

Si aún no queda claro, hay que seguir delimitando lo que es esta “desobediencia al Derecho por imperativo de conciencia”. Y hay que delimitarlo fundamentalmente de conceptos jurídicos afines como la *desobediencia civil*. Ésta es siempre pública, susceptible de organización y de lucha dirigida en grupos más o menos numerosos. Además, este tipo de desobediencia pretende alcanzar un objetivo concreto: la reforma o derogación de una norma o conjuntos de normas. “Nada de esto se da en la desobediencia individual al Derecho por razones de conciencia. La desobediencia ética no persigue, por definición, ninguna finalidad

concreta y no es, por eso, tampoco susceptible de organización, no busca medios para su eficacia. Su esencia se encuentra en el enfrentamiento de la existencia individual consigo misma” (González Vicén 1979, 392). Es decir, la dignidad moral individual, íntima, solitaria, propia de cada conciencia, frente al poder, el Derecho y el Estado. ¿Es esto insensibilidad social como algunos autores -como el ya mencionado A. Montoro Ballesteros- han insinuado? Ni mucho menos. Es más bien coherencia. Esa coherencia que caracterizaba a González Vicén tanto intelectualmente como en su vida privada. Una conciencia en este caso que, con Elías Díaz, podríamos definir como *libertaria* (Díaz 1994, 93 y ss.). La desobediencia ética es una adhesión a un imperativo moral interior y un intento de salvar la propia identidad; y no es ni una táctica política ni un cálculo de resultados: me adhiero a mi imperativo sean cuales sean las circunstancias, aunque conlleven la cárcel. Es más, al desobedecer el Derecho, sé que lo estoy haciendo con conocimiento de causa, a sabiendas de que el Derecho es válido. Por eso, tal desobediencia ética no posee una declaración de intenciones tasada; no hay mayor intencionalidad que la de ser fiel a la propia conciencia. Por lo tanto, como decía, la “desobediencia al Derecho por imperativo de la conciencia” no se da en un ser ideal, ni en un sujeto nouménico, general o trascendental al estilo kantiano. Aquí radica -dice- el error de la ética kantiana. La conciencia no *habla* igual a todos los hombres o a un hombre en general: “La conciencia me dice inconcusamente cuál es la norma del obrar en un momento determinado, y me lo dice a mí, no a los demás” (González Vicén 1979, 395). González Vicén separa así lo que para Kant son dos caras de la misma moneda: autonomía y universalidad. Al eliminar la trascendentalidad de la conciencia está criticando el idealismo en Kant, quedándose sólo con la autonomía de la conciencia del hombre individual; el hombre, con palabras de Unamuno, de *carne y hueso*.

¿Qué sucede con la objetividad? González Vicén pretende hallar una posición intermedia entre las exigencias éticas de una decisión subjetiva y las de una norma general y supraindividual, a saber, la objetividad de lo individual. “Los imperativos de la conciencia no son subjetivos, sino objetivos, en tanto que son la exigencia para una persona concreta del orden de un momento histórico determinado. (...) Es un prejuicio pensar que una norma sólo reviste validez si posee el carácter de intemporabilidad e invariabilidad. Muy al contrario: hay también una validez referida a un momento determinado, es decir, concreto, histórico, una validez que no abarca a la humanidad entera y que, sin embargo, es una validez absoluta, revestida de una vinculatoriedad incondicionada. La pauta de nuestro obrar no podemos extraerla de una ley abstracta situada misteriosamente sobre nuestras cabezas, sino sólo de la decisión personal e irreversible en el seno farragoso de la historia” (González Vicén 1979, 396). Y es que para González Vicén somos seres situados en la historia, seres que, como decía

Dilthey, vivimos en la historia y nuestra vida no puede separarse de la historia. Sólo existimos históricamente. González Vicén hace suyos los *existenciaristas heideggerianos* del *Dasein*, la historicidad, la temporalidad, etc. como rasgos constitutivos del hombre. Así, desde esta perspectiva existencialista, individualista e histórica, la única objetividad posible está dentro de la conciencia individual. Nuestro autor argumenta que la creencia en una norma supraindividual conduce contradictoriamente al relativismo, al ser imposible su demostración y al ser también imposible su concreción fuera del individuo, es decir, necesita del intermedio de la subjetividad para poder concretarse. Por último, los argumentos de González Vicén contra los que él llama “los enemigos de la tesis de la desobediencia ética al Derecho”, son de corte vitalista y existencial⁷. Considera que en el fondo, sus detractores, adolecen de falta de riesgo y pánico a sus propias decisiones. Padecen de una “*indigencia del ánimo* (...) que hace que el propio hombre busque en la conducta de los demás, es decir, en la generalidad del comportamiento, una confirmación o una corrección a lo que él mismo ha decidido” (González Vicén 1979, 397).

En conclusión, González Vicén considera la motivación sincera de su postura de limitar la obediencia al Derecho por decisión ética individual como “el intento de salvar, siquiera negativamente y de modo esporádico, una mínima parcela del sentido humano en un orden social destinado en sí al mantenimiento y aseguración de relaciones específicas de poder. (...) Es más fácil, desde luego, vivir bajo la hipótesis de un orden que nos dice supuestamente lo que hay que hacer en cada momento y en cada situación ética; como es más fácil vivir bajo un régimen despótico patriarcal que bajo el régimen de la propia responsabilidad. Pero frente a este *minus* se alza el gran valor del hombre que se conforma a sí mismo. (...) En una sociedad pluralista y de cambio acelerado (...) los esquemas de comportamiento no proceden ya de la tradición sino sólo de la interioridad”. Tal interioridad es la conciencia. González Vicén apela aquí al modelo de *selbtsüberwindung* nietzscheana, de autoconstrucción y de autosuperación, contra el poder de otra instancia que no sea yo mismo; pero hay en semejante conclusión algo mucho más profundo. Se trata de una resistencia activa contra la

⁷Esta crítica a la cobardía del hombre moderno sería del gusto de Kierkegaard, para quien la vida es *salto*, ascensión en niveles o estadios. Es necesaria una dosis de riesgo para tal ascensión. Para el danés, al igual que para Heidegger, la angustia y su superación son el camino de perfección humana. Una vez superada la angustia de saberse mortales, el hombre debe llevar una vida acorde a un plan propio. Comportarse según lo que uno ha decidido es mantener, en términos sartreanos, un proyecto de vida, o en Heidegger, una vida auténtica. Por último, el propio Nietzsche consideraba un acto de cobardía no contemplar la realidad tal y como es por miedo a la verdad; además de una crítica terrible al hombre gregario que no se tiene a sí mismo la suficiente estima y carece de valor para enfrentarse a la vida.

deshumanización a la que el modelo económico y el mantenimiento del poder por sí mismo nos tienen abocados. Aquí sigue muy claro el mensaje de Burckhardt al que me refería. González Vicén está llamando a la conciencia personal de cada uno, a nuestro yo más íntimo; y veladamente o no, nos insta a resistir.

3. Apuntes sobre un debate

El mismo año en el que el texto de *La obediencia al Derecho* salió a la luz, el profesor González Vicén se jubilaba en la Universidad de la Laguna. Pero por su carácter fuerte e inquieto le impulsó a seguir intelectualmente activo hasta su muerte en 1991. Una década antes, durante los primeros años ochenta, su trabajo de 1979 fue una auténtica bomba de relojería que movilizó algunas de las cabezas más brillantes de la Filosofía del Derecho española.

Para el profesor Eusebio Fernández García la clave está en el uso que González Vicén emplea de la palabra *obligación*. El significado que éste maneja es estrictamente ético, por lo que no existe tal obligación de obedecer al Derecho. El Derecho pertenece a un orden heterónomo y coactivo y la *obligación* moral procede de un imperativo autónomo del individuo (concepción kantiana de la ética). Si Fernández García objeta esta concepción tan estrictamente moral de *obligación* también le parecerá objetable la visión de González Vicén acerca del Derecho como orden de naturaleza histórico-social e instrumento técnico de dominación de las clases y de los grupos sociales. Y esto porque considera que esta visión de González Vicén es reduccionista. No podemos considerar el derecho exclusivamente como instrumento de dominación. Para Eusebio Fernández García, el sistema democrático posibilita que el Derecho deje de ser un instrumento exclusivo de una clase o grupo social al permitir el acceso al poder y la participación en él de todas las personas según las reglas de la libertad política y la igualdad jurídica de todos los ciudadanos (Fernández García 1987, 94-95).

La objeción esta bien llevada ya que el horizonte político que González Vicén estaba criticando era el de la España predemocrática. Pero la pregunta que en seguida me surge es si la democracia partidista o partitocracia que vivimos hoy tiene que ver con esa democracia ideal que el profesor Fernández García plantea. ¿Somos realmente libres por emitir un voto? Thoreau ya se preguntaba esto en el s. XIX. Desde luego la participación política *que es* no coincide con la que *debiera ser*. Los mecanismos de dominación son tan sutiles, están tan sublimados, que el mismo Foucault - descubridor de micropoderes y microestructuras de dominación - se escandalizaría. Pero todas estas cuestiones plantearían un debate distinto y no es momento de argumentos al respecto; así que al menos saco a relucir mis reservas. En cuanto a la primera cuestión acerca del concepto de *obligación*, existe

un problema previo de lenguaje. Desde luego si el profesor Fernández García no comparte la tesis de González Vicén -y su extensa defensa del mismo- acerca de la *obligación* como concepto moral *strictu sensu*, el debate sencillamente no puede continuar.

En cuanto al profesor Atienza, señala que, si hay obligación de desobedecer al Derecho en algunos casos y por determinadas razones éticas, también deberá haber obligación de obedecer este cuando coincida con la autonomía moral del individuo. Es más, sólo si se niega que los imperativos éticos, aunque tengan lugar en la conciencia individual, puedan referirse a acciones que sobrepasen la conciencia y el individuo, es decir, a acciones sociales (que se niegue la coincidencia entre el Derecho y la ética) puede sostenerse lógicamente su afirmación. Otra objeción del profesor Atienza está dirigida a la idea de González Vicén acerca de que la validez de los imperativos morales no está fundamentada, a la manera kantiana, en la posibilidad de su generalización, sino en la individualidad de la conciencia. Esta individualidad de la conciencia tendría validez y objetividad en sus imperativos por estar referida a un momento histórico específico. Al profesor Atienza le parece que esta generalización es problemática y no garantiza la *razonabilidad* de las decisiones y de los imperativos éticos (Fernández García 1987, 95-98).

Sobre el primer punto, considero que el profesor González Vicén, plantea la cuestión entre dos polos casi irreconciliables: la conciencia íntima del individuo y la realidad coercitiva del Estado y el Derecho. En este caso, la dialéctica entre ambos es insalvable e irreconciliable. Pero además González Vicén deja bien clara su postura de que el Derecho es formal y no material. Tal vez aquí continúa parte del influjo de Hans Kelsen, del que ya nos advertía Fernández García en el Prólogo que escribió a la primera obra de González Vicén, *Teoría de la Revolución*. En el mismo, Fernández García se refería en su análisis a la primera parte de la mencionada obra en estos términos: “En cuanto al punto de vista utilizado en la primera parte, (...) se nos anuncia: *Vamos a estudiar la revolución prescindiendo de todas las revoluciones que se hayan verificado a lo largo de todos los siglos*. ¿Es una influencia del método kelseniano? A ciencia cierta parece que sí, dadas las frecuentes referencias al creador de la Teoría Pura del Derecho en esta primera parte” (Fernández García 2010, 16-17). En cuanto a su segunda objeción es más bien difícil de rebatir, ya que tiene razón en objetar que al perder dicha generalidad la *razonabilidad* de los imperativos se torna difícil.

El profesor Elías Díaz, por su parte, comienza por diferenciar la obligación jurídica de la obligación ética. La primera tendría un carácter hipotético, mientras la segunda, sería casi de carácter absoluto. Sin embargo cree que el deber ser jurídico puede comunicarse con el deber ser ético, expresión originaria y última, a la vez de la conciencia individual. Pueden por tanto darse razones éticas fundadas

para el cumplimiento del Derecho, pero también para su no cumplimiento. Así, discrepa con González Vicén en cuanto a la imposibilidad que defiende éste de fundar éticamente la obediencia al Derecho. Más en concreto, se puede fundar éticamente la desobediencia a un Derecho que niegue la libertad, pero también puede haber un fundamento ético para obedecer o más fundamento ético para obedecer que para desobedecer en el caso de un Derecho que la garantice. Pero además, según sea el carácter y la jerarquía de los valores en conflicto, cabría incluso un deber de obediencia respecto de normas concretas con las que uno pueda estar en desacuerdo ético (Fernández García 1987, 99-104).

El propio Fernández García es crítico con esta última afirmación, argumentando que, tal obediencia, no sería por razones éticas sino de otra índole; tal vez políticas, por aceptación del criterio democrático de las mayorías o por fidelidad al sistema. González Vicén, responderá a Elías Díaz de la siguiente manera: “se trata de una afirmación dogmática que no se apoya en argumento alguno, a no ser que se tenga por tal la proposición tautológica, repetida una y otra vez, de que si la conciencia individual puede fundamentar la desobediencia al Derecho, la misma razón hay para que fundamente éticamente su obediencia” (González Vicén 1985, 102). Además acusará a Elías Díaz de tener un “concepto idealista de Derecho”. Recalcará así su concepción del Derecho como un orden coactivo de naturaleza histórica en el que se refleja el enfrentamiento de intereses concretos y el predominio de unos sobre otros. Es, en definitiva, instrumento de dominación de una clase y sus intereses sobre otra u otras clases y sus intereses. En este punto, para Eusebio Fernández García, si bien admite que el Derecho pueda ser instrumento de dominación, considera que también puede ser instrumento de emancipación de clases y grupos sociales; y por otra parte admite que, González Vicén, con semejante concepción del Derecho es comprensible opinar que sólo es posible la desobediencia del Derecho y no su obediencia desde parámetros éticos. Para Eusebio Fernández García, sin embargo, algunas de las razones para el cumplimiento del Derecho mencionadas en el debate pueden ser consideradas como razones morales para observar el Derecho. González Vicén nunca va a aceptar esto: “La obligación ética no puede nunca basarse en la heteronomía de razones o motivos de índole práctica, sino sólo en los imperativos de la conciencia individual” Fernández García observa que si bien este concepto de obligación moral es adecuado, es al mismo tiempo, insuficiente porque no puede explicar por qué existe una obligación moral de obedecer al Derecho cuando se da una convergencia o coincidencia entre las normas jurídicas heterónomas y las normas morales autónomas, fruto de la conciencia individual. Esto lleva a Fernández García a mantener una distinción entre dos tipos de obligación moral: la obligación moral en su sentido estricto o fuerte, que sería la basada en los imperativos de la conciencia individual y autónoma, y la obligación moral en un sentido secundario

o derivado, que sería la obligación moral que es fruto de la aceptación por parte de la conciencia individual de una norma de origen heterónimo pero que desde el momento de su aceptación se convierte en norma moral. Esta distinción da lugar a una concepción más amplia y flexible de la obligación moral, que permite defender la idea de que existe una obligación moral de obedecer al Derecho justo derivada del imperativo moral de ser justos. También esta nueva concepción de la obligación moral hace posible defender la idea de que el fenómeno moral y el fenómeno jurídico son campos distintos pero interconectados entre sí, con lo que la autonomía y la libertad de los individuos quedan a salvo (Fernández García 1987, 105-109).

Javier Muguerza ha terciado en este debate entre los profesores González Vicén y Elías Díaz. Muguerza se pone de favor de la tesis de González Vicén según la cual la obligación moral sólo aparece como tal en la desobediencia. Critica con precisión analítica la postura de Elías Díaz al expresar que la proposición “si la conciencia individual puede fundamentar la desobediencia al Derecho, la misma razón hay para que fundamente éticamente su obediencia” descansa en la postulación de una falsa simetría. Su desacuerdo parte del problema de la autonomía de la moral y la heteronomía del Derecho. La asimetría viene dada por la diferencia de planos moral y jurídico y por la necesidad de no caer en el peligro de que se confundan la ética y el Derecho. Será el imperativo kantiano de los fines, “el hombre existe como un fin en sí mismo y no tan sólo como un medio”, el que servirá a Muguerza en la defensa de la tesis de González Vicén sobre la exclusividad ética en torno a la desobediencia y no a la obediencia del Derecho. La forma que le da Muguerza al imperativo kantiano es, en sus términos, “el imperativo de la disidencia”; al ser este imperativo de los fines interpretado de manera negativa: su cometido es el de autorizar a desobedecer cualquier regla que el individuo crea en conciencia que contradice aquél principio (Muguerza 2011, 283-307). Sin embargo, piensa Eusebio Fernández García que dicho imperativo de los fines ha sido interpretado parcialmente y además Kant, en relación con la obediencia al Derecho no sacó esa conclusión, sino más bien todo lo contrario (Fernández García 1987, 110-115). Pero sobre esto ya he hablado en el epígrafe anterior. La reticencia kantiana al *derecho de resistencia* tiene más que ver con su defensa de la seguridad jurídica más que con su concepto de *autonomía moral*.

4. Una conclusión pertinente: el *individualismo ético* en Felipe González Vicén

Hay una conclusión pertinente que de todo lo expuesto se puede deducir sin error posible, a saber, que en el trasfondo de la compleja trayectoria intelectual de González Vicén existe un *leit motiv* evidente: su *individualismo ético*.

La polarización individuo-Derecho (Estado) es una constante en su obra, en su vida y en su palabra. No es de extrañar que el profesor, un poco antes de jubilarse, nos regalara esta joya (*La obediencia al Derecho*) para reflexionar sobre ello. En efecto, como bien señala Fernández García, la tesis central de González Vicén de que “mientras que no hay un fundamento ético absoluto para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia”, es oportuno señalar que “el principio del que se deriva esta tesis, y que vendría a ser que «la conciencia individual es lo que hace al hombre hombre, lo que presta valor a su personalidad individual, y frente a ella no prevalece ninguna realidad normativa» (...) era también un recurso que aparecía con frecuencia en sus conversaciones” (Fernández García 2010, 15). Esta tesis de su trabajo de 1979 no es por tanto un capítulo anecdótico en su pensamiento, sino una idea estructural, interiorizada, pensada durante más de cuarenta años de dedicación iusfilosófica.

Pero debemos remontarnos al principio para tener visión de todo el arco. El profesor González Vicén, publicaba ya en los años 1931 y 1932 una serie de artículos en el diario vallisoletano *El Norte de Castilla* en los que resaltaba la especial dignidad del individuo que no debe estar sometido al Estado sino que éste ha de servir más bien a aquél. En un artículo titulado *Sendas de las revoluciones (1932)*, nos recuerda que los revolucionarios siglos XVII y XVIII encarnan toda la tensión dialéctica (irresoluble) entre individuo y Estado. Y es que “había que afirmarse, que repetir ante el Estado que lo primario, irreductible y sustancial era el hombre, y que todo el aparato de gobierno era no más que una construcción a su servicio. Por eso existía un derecho a la revolución contra los príncipes que desconocían o atacaban el poder de sus súbditos” (González Vicén 2009b, 153). En el ambiente de la Asamblea francesa de 1789 se percibía que “podían hundirse todos los Estados del mundo y, sin embargo, quedarían siempre hombres constituyendo valores absolutos, fines en sí mismos” (González Vicén 2009b, 153).

Así las cosas, para González Vicén, la revolución no va a significar nada distinto del ejercicio legítimo del ciudadano a resistir la injusticia de un Estado tiránico. “Una revolución no es sino el individualismo llevado a su punto más radical. En esencia, lo que una revolución nos dice, es que en el conflicto planteado

entre Estado y súbdito, éste vence a aquél y se impone destrozándolo para construirlo de nuevo a su buen parecer” (González Vicén 2009b, 153).

Esta idea será precisamente la que inspirará su primera obra, *Teoría de la Revolución*, publicada ese mismo año de 1932. En palabras de Fernández García: “Si comparamos esa reivindicación del valor de la conciencia individual con esta obra de 1932, cuando González Vicén tenía 24 años, y particularmente con el contenido de sus párrafos finales, podemos percibir claramente una sólida continuidad en sus convicciones morales e intelectuales más personales e íntimas” (Fernández García 2010, 16).

Y con este apunte he de cerrar el presente trabajo, no sin antes transcribir uno de esos párrafos a los que alude el profesor Fernández García, para que sirva como broche a toda esta reflexión: “El Derecho y el Estado son, pues, medios al servicio de los valores individuales. Su fin estricto consiste en crear un ambiente propicio al logro más completo y fecundo de éstos. Es decir, que de los predicados de la personalidad humana puede emanar una pretensión frente a los poderes públicos cuando éstos desconozcan su rango y dignidad” (González Vicén 2010, 124).

Bibliografía

BIERLING, E.R. (1894), *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. I. Tübingen: Mohr

BINDER, J. (1912), *Rechtsnorm und Rechtspflicht*. Leipzig: Deichert.

DÍAZ, E. (1994), *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*. Madrid: Alianza.

GÓMEZ CAFFARENA, J. (2010), “La filosofía de la religión en Kant”, en VV.AA, *Filosofía de la religión. Estudios y textos*, Edición y presentación de Manuel Fraijó Nieto. Madrid: Trotta, pp. 179-196.

GONZÁLEZ VICÉN, F. (2010), *Teoría de la revolución. Sistema e historia*. Madrid: Plaza y Valdés.

—(2009a), “J. Burckhardt y el problema de las crisis históricas”, en GONZÁLEZ VICÉN, F., *Escritos (1931-1949)*, Edición, traducción y notas de Carlos Marzán Trujillo. Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, pp. 28-34.

—(2009b), “Sendas de las revoluciones: el triunfo del individuo”. El Norte de Castilla: Diario Independiente de Valladolid (24 de agosto), en GONZÁLEZ VICÉN, F., *Escritos (1931-1949)*, Edición, traducción y notas de Carlos Marzán Trujillo. Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, pp. 153-154.

—(1984), *De Kant a Marx*. Valencia: Fernando Torres Editor S.A.

—(1979) “La obediencia al Derecho”, en GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del derecho*. Santa Cruz de Tenerife: Facultad de Derecho Universidad de La Laguna, pp. 365-398.

—(1985) “La obediencia al Derecho. Una anticrítica”, *Sistema*, marzo de nº 65, pp. 101-105.

—(1989) “Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones”, *Sistema*, nº 88, pp. 105-109.

HOBBS, T. (1966), “The Questions Concerning Liberty, Necessity and Chance, clearly stated and debated between Dr. Bramhall and Th. Hobbes”, *The English works of Thomas Hobbes of Malmesbury, vol V, collected and edited by Sir William Molesworth*, London, Aalen: Scientia

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (1987), *La obediencia al Derecho*. Madrid: Civitas.

—(2010) “Prólogo” en GONZÁLEZ VICÉN, F., *Teoría de la revolución. Sistema e historia*. Madrid: Plaza y Valdés, pp. 13-18.

MONTORO BALLESTEROS, A. (1991), “Sobre las razones éticas de la obediencia al derecho”, *Anales del Derecho, Universidad de Murcia*, nº 11, pp. 157-180

MUGUERZA, J., (2011) “La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia”, en GÓMEZ, C. (ed.), *Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX*. Madrid: Alianza, pp. 283-307.

RADBRUCH, G. (1933), *Filosofía del derecho*, Traducción de José Median Echavarría, Madrid: Revista de Derecho Privado.

ROSS, A. (1994), *Sobre el derecho y la justicia*, Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Eudeba

TRUYOL Y SERRA, A. (1995), *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, vol. 2*. Madrid: Alianza.

SOBRE LA RECEPCIÓN DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA EN ESPAÑA A COMIENZOS DEL SETECIENTOS. DIEGO DE VIDANIA Y SU DERECHO NATURAL INNATO

Guillermo Vicente y Guerrero

Universidad de Zaragoza
gvicente@unizar.es

1. Planteamiento general

Uno de los principales protagonistas que intervinieron en el lento proceso histórico de transmisión y recepción de las corrientes del iusnaturalismo racionalista europeo en España a comienzos del siglo XVIII fue el jurista altoaragonés Diego Vincenzo de Vidania, autor de un interesantísimo manuscrito intitulado *El Derecho Natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos. Escríbelo para su uso Diego Vincencio de Vidania*, trabajo que tras sobrevivir afortunadamente a tres guerras civiles y a la invasión napoleónica se encuentra conservado en la actualidad en la matritense Real Academia de la Historia (Vidania 1712)⁸.

La asimilación de las nuevas ideas propuestas por la Escuela de Derecho Natural del siglo XVII encabezada por Hugo Grocio se fue llevando a cabo en España a lo largo del setecientos en un ambiente intelectualmente adverso, en el que las preocupaciones de índole religiosa, procedentes principalmente de la filosofía y de la teología escolásticas, marcaron indefectiblemente todo el ya de por sí complejo proceso de asimilación de autores e ideas (Carpintero 2000). Todo ello enmarcado, lo que no es precisamente cuestión baladí, en un nuevo período histórico, iniciado por la Guerra de Sucesión y los inefables Decretos de Nueva Planta subsiguientes, en el que el vuelco en el mundo jurídico y político para los territorios de la ya entonces extinta Corona de Aragón fue tan absoluto como irracional (Vicente y Guerrero 2014)⁹.

⁸ En la página inicial se indica que el trabajo se inició el 6 de mayo de 1712, concluyéndose el 15 de julio de ese mismo año. Este manuscrito se halla en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia de Madrid, en buen estado de conservación, con la signatura 9/5581.

⁹ Desdichado proceso de imposición normativa fundamentado en un derecho de conquista basado en una rebelión generalizada que nunca fue tal, y en una *absoluta potestas* completamente contraria a la histórica tradición pactista de los territorios aragoneses. Sobre todo este proceso véase: Vicente y Guerrero (2014).

Precisamente en 1710 el gran jurista de Belmonte, Diego Franco de Villalba, redactaba en Zaragoza su imprescindible *Crisis legal y breve noticia de los fueros privilegiados de Aragón*, con el fin de defender el Derecho aragonés y las instituciones políticas más representativas del viejo Reino, manifiesto con el que consiguió influir lo suficiente en el cambiante ánimo de Felipe V para lograr el indulto de buena parte del Derecho privado aragonés (Franco de Villalba 1710)¹⁰. Dos años más tarde, en los meses centrales de 1712, será otro de los notables juristas aragoneses, Diego Vidania, esta vez desde otra de las principales ciudades de la antigua Corona, Barcelona, todavía en proceso de lucha armada por el pleito dinástico, el que elaborará su sorprendente *El Derecho Natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos*. A través de 674 páginas manuscritas, las ideas defendidas por Grocio en su *De iure belli ac pacis* entraban en sano debate con algunas de las viejas doctrinas hispanas, en especial las de Francisco Suárez, que en la pluma de Vidania parecen presentarse revitalizadas.

El trabajo de Diego Vincencio de Vidania pone de manifiesto, una vez más, la importancia cualitativa de todo ese grupo de juristas aragoneses que, a lo largo de todo el siglo XVII y primeros años del XVIII, destacaron por la aplicación y exégesis de un Derecho de la singularidad y calidad técnica del aragonés. Esos juristas fueron perfectos conocedores de las principales corrientes que se imponían en el pensamiento jurídico europeo, y en no pocos casos sirvieron como canalizadores para el territorio español de toda una serie de nuevas ideas que ellos mismos se encargaron de filtrar y adaptar a la realidad hispana con sus tratados y comentarios. Se trataba, en definitiva, de conciliar el dogma católico con las nuevas ideas nacidas en ámbitos protestantes que necesariamente debían pasar por un proceso de depuración (Gil Cremades 2002, 11).

El Derecho Natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos fue localizado y desempolvado del general olvido hace ya veinte años por Víctor Tau Anzoátegui, quien en los *Quaderni Fiorentini* ofreció una sintética visión de la obra y del personaje con el título de "Fragmento de una cultura jurídica desaparecida. Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)" (Tau 1995). La investigación de Víctor Tau llamó la atención de Juan Vallet de Goytisolo, quien se adelantó presentando un breve trabajo en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: "Diego Vincencio de Vidania, un oscense grociano contemporáneo de Vico" (Vallet de Goytisolo 1992). El propio Vallet de Goytisolo dirigió un trabajo de doctorado que, firmado por Ignacio María Sanuy, tuvo por objeto el análisis del manuscrito de Vidania¹¹. Coincidiendo con la

¹⁰ Se trata de un documento absolutamente capital para la historia del Derecho aragonés. Franco de Villalba (1710).

¹¹ Es un trabajo de doctorado de 213 folios, sin publicar, realizado en la Universidad de Comillas de Madrid, bajo la dirección de Vallet de Goytisolo (1991).

llegada del trescientos aniversario de la redacción del mencionado manuscrito, yo mismo publiqué una biografía del altoaragonés en el *Diccionario de Canonistas* dirigido por Manuel J. Peláez (Vicente y Guerrero 2012, 502-504). Mi personal interés por el estudio de la obra de Vidania se remontaba a un trabajo anterior que realicé sobre la recepción y difusión del Derecho natural en el territorio aragonés, en el que ya dedicaba unas pocas páginas al oscense: "Iniciales vías de penetración del iusnaturalismo en Aragón" (Vicente y Guerrero 2009, 237-239).

2. Diego Vincencio De Vidania

Diego Vincencio de Vidania Broto nació en Huesca en el seno de una familia infanzona de notarios oscenses (Latassa y Otín 1800, 442-446). Hijo de Diego Antonio Vidania y de Inés Josefa de Broto y Santapau. Fue bautizado el día 5 de octubre de 1644¹². Al parecer fue hijo único, quedando pronto huérfano de padre. Cursó estudios superiores en la Universidad de Huesca, graduándose como bachiller en Leyes el 19 de abril de 1663, como licenciado en Leyes el 6 de diciembre de 1667, como doctor en Leyes el 18 de diciembre de ese mismo año y como bachiller en Cánones el 15 de septiembre de 1668 (Lahoz 1997, 150). Pese a aparecer en ocasiones como doctor en ambos derechos no consta haber concluido su doctorado en Cánones. Contrajo matrimonio con Teresa Insausti, con la que no tuvo descendencia.

En esta primera etapa de su vida, entre 1667 y 1684, fue subrayable su labor al frente de dicha Universidad Sertoriana, en la que incluso llegó a ocupar el cargo de rector (1667-1668). Diego Vidania ejerció sucesivamente las cátedras de *Código* (dos meses a lo largo del año 1667 como sustituto), de *Digesto Viejo* (durante el curso 1667-1668), y de *Sexto* (durante el curso 1668-1669) (Lahoz 2000, 177). Igualmente desempeñó la labor de secretario de la Universidad (labor que llevo a cabo entre 1678 y 1684) y del concejo de la ciudad.

A partir de 1670 también actuó como notario, presentándose al Colegio de Notarios de Huesca en 1675. Dando fe en calidad de notario aparece en el testamento (1679) y en el codicilo (1681) de su *maestro* Vincencio Juan de Lastanosa, pues de esta forma le denomina en su *Carta y elogios de Vidania a Lastanosa*, que aparecen como prolegómenos al *Tratado de la moneda jaquesa y de otras de oro y plata del Reyno de Aragón* escrito por el propio Lastanosa

¹² Según consta en el Archivo Diocesano de Huesca, caja 134, libro 2. Sin embargo para Ignacio María Sanuy y para Juan Vallet de Goytisolo el aragonés nació en 1658 (Vallet de Goytisolo 1992: 289), dato que no puede ser cierto si observamos las fechas en las que Vidania obtuvo sus diversos grados en Derecho.

(Lastanosa 1681). Abogado en las Reales Audiencias y Corte del Reino de Aragón, ejerció también como Cronista del Reino de Aragón y de los de Castilla y León.

Vidania debió enviudar hacia 1680, pues en el testamento que redactó el 10 de agosto de 1679 todavía figura casado con Teresa Martínez de Insausti, sin señalar en el mencionado documento descendencia alguna. Tras el fallecimiento de su esposa el altoaragonés se hizo eclesiástico, abandonando la ciudad de Huesca en 1684. La fecha en la que se produjo esta marcha significativamente coincide con la muerte del mencionado Lastanosa, cuya casa era uno de los principales focos de cultura para lo más granado de la intelectualidad oscense (Del Arco 1934). De hecho, alrededor de la casa de los Lastanosa se formó un círculo de escritores y eruditos, entre los que destacó con luz propia el gran Baltasar Gracián. En cualquier caso, las relaciones entre Lastanosa y Vidania fueron en todo momento muy estrechas, como ha estudiado recientemente Carlos Garcés Manau al calor del llamado proyecto Lastanosa (Garcés 2005).

Tras petición propia, el 27 de julio de 1684 el Consejo de la Suprema y General Inquisición lo admitió como oficial y ministro, una vez verificadas las pruebas genealógicas aportadas¹³, pasando a residir inicialmente en Madrid, en donde ejerció como abogado y como consultor de la inquisición. Poco después marchó a Barcelona, ciudad en la que ejerció de inquisidor fiscal, y posteriormente a Roma, desde donde informó en 1686 al inquisidor general sobre el proceso romano contra Miguel de Molinos (Tellechea 1978, 367-377). Condenado previamente por la inquisición española, Molinos estaba entonces siendo juzgado por la inquisición romana. Vidania realizó sobre el bajoaragonés un juicio desapasionado, señalando su carácter *modesto* y *virtuoso* pero advirtiendo no obstante de las malas consecuencias que una lectura poco preparada de su *Guía Espiritual* podía ocasionar entre sus lectores más ingenuos y sencillos, por lo que consideraba *una prevención prudente* su condena por el tribunal español. Igualmente hizo hincapié en la necesidad de mantener la independencia de la inquisición española con respecto del tribunal romano.

Posteriormente se afincó en Nápoles, asentándose allí desde 1693, al ser nombrado capellán mayor de dicho reino, hasta su fallecimiento en 1731. Este largo lapso temporal italiano de casi cuarenta años coincide con el período de mayor riqueza de su producción intelectual, lo que sin duda incidió en un considerable aumento de su relevancia social (Tau 1995, 163), llegando a ser nombrado, entre otros cargos, prefecto de la Universidad de Nápoles e inquisidor de Sicilia. En Nápoles fue muy bien acogido entre los círculos intelectuales, relacionándose con juristas de la talla de Doménico Aulisio, Félix Espinosa y Malo

¹³ Según consta en el Archivo Histórico Nacional de Madrid, Inquisición, informaciones genealógicas, legajo 1220, número 1. Sobre el particular ver: (Tau V. 1995: 162).

o Giambattista Vico, quien en sus memorias califica a Vidania como *hombre doctísimo en antigüedades romanas, especialmente en lo que se refiere a las leyes* (González y Martínez 1998, 124-125). En 1700 Vidania obtuvo plaza honoraria en la suprema inquisición, siendo además cronista de dicha institución.

El oscense alcanzó el cargo de prefecto de la Universidad de Nápoles, proponiendo interesantes planes de reforma académica (García 1992, 253) tanto al virrey español en 1698 como, años más tarde, a los dominadores austríacos, girando siempre sus propuestas alrededor del modelo universitario español. Defendió con notable capacidad las regalías napolitanas frente a Roma, siendo al parecer excomulgado por el Papa Clemente XI en 1707 (Lahoz 2000, 178). También ejerció el cargo de inquisidor de Sicilia. Pese a residir tantos años fuera de Huesca nunca renunció a su origen aragonés, como prueba que poco antes de su muerte enviara desde Italia, tal vez como penitencia, una bella custodia de plata con una representación de San Miguel para la Iglesia de San Lorenzo de Huesca. Falleció en Nápoles en 1731, siendo enterrado en la Iglesia de Santa Anna de Palazzo.

Vidania destacó además como autor de obras de carácter jurídico, histórico y religioso. En su primera etapa, la de Huesca, publicó varios escritos, ya consignados por Félix de Latassa en su *Biblioteca Nueva de escritores aragoneses* (Latassa 1800, 444-446), entre los que descolla especialmente una *Disertación histórica de la patria del invencible mártir San Laurencio. Respondiendo al doctor Juan Bautista Ballester*, obra en la que defendía el origen oscense del santo frente a quienes lo hacían valenciano (Vidania 1672). También puede subrayarse, por paradigmática, una *Oración panegírica, por la admisión de Jaime Félix Mezquita, en el muy ilustre Colegio de Notarios de Zaragoza*, en la que sobresalen no sólo su afición por las citas de escritores clásicos como Sócrates, Cicerón o Plutarco sino también su gusto por los autores aragoneses como el viejo cronista Gerónimo de Blancas (Vidania 1673). En este sentido, e incidiendo en su refinada cultura, cabe señalar que Vidania destacó a lo largo de toda su trayectoria como un gran coleccionista de libros y de monedas antiguas (Canellas 1982, 3333).

Del período matritense puede subrayarse el panegírico compuesto para mayor gloria del Pontífice Inocencio XI, y que aparece como discurso titulado: *Inocencio XI. Héroe de las victorias contra los bárbaros*, dentro de un libro colectivo publicado por el propio Vidania en 1684 con el significativo nombre de *Triunfos cristianos del mahometismo vencido* (Vidania 1684)¹⁴. De la fase napolitana, mencionar su *Thesoro de las Españas*, en el que ofrecía gran cantidad

¹⁴ En concreto el discurso de Vidania es el primero, y se titula "Inocencio XI. Héroe de las victorias contra los bárbaros", incluyendo al final del texto un elogio en latín que resalta la figura del mencionado Papa Inocencio XI.

de datos históricos, geográficos y genealógicos, así como el escrito publicado en 1696 *D. Francisco de Benavides representa los servicios heredados y propios*, en el que realizaba un recorrido por los favores prestados al rey por dicho noble español, entonces virrey en Nápoles (Vidania 1696).

También fue autor Vidania de varios manuscritos que no llegaron a ver la luz de la imprenta. Cinco de ellos se encuentran en la actualidad en la Universidad de Bonn, según informó hace ya más de medio siglo Ángel Losada en un valioso trabajo titulado "Una crónica inédita de Felipe III y otros manuscritos en la Biblioteca de la Universidad de Bonn" (Losada 1951). Dichos manuscritos son de una considerable extensión, pues entre los cinco suman 2.700 folios. De ellos dos son en castellano y de naturaleza histórica: *Anales de las Españas, desde el diluvio hasta el felicísimo reinado del señor rey don Carlos Segundo* (redactado hacia 1694, 433 hojas), trabajo especialmente inclinado hacia las ciencias auxiliares de la Historia, como la Genealogía o la Heráldica; y *Anales del reinado de don Felipe III, rey de las Españas y Nuevo Mundo* (2 tomos, elaborado en 1707, 913 hojas en total), trabajo que parte de una obra anterior elaborada por el cronista Gil González Dávila. Los otros tres manuscritos están escritos en latín, dos versan sobre temas jurídicos: *Fasti legales* (2 tomos, comentando leyes griegas y romanas, 912 hojas); y *De Praefecto Urbi* (analizando dicha magistratura romana, 383 hojas). El tercero trata sobre el abuso del sacramento de la penitencia: *De abusu poenitentiae* (112 hojas). El Instituto de Estudios Altoaragoneses ha obtenido recientemente reproducciones de estos cinco manuscritos.

En cualquier caso, la obra más importante de Vidania, también manuscrita, fue redactada entre el 6 de mayo y el 15 de julio de 1712 en Barcelona y titulada *El Derecho Natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos. Escríbelo para su uso Diego Vincencio de Vidania*. Como ya ha sido puesto de manifiesto con anterioridad, dicho manuscrito se encuentra conservado en la actualidad en la Real Academia de la Historia de Madrid. Pasemos a una sintética exégesis de la misma procediendo, si cabe, a su cauta revalorización.

3. El derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos

Pasando al análisis del manuscrito hay que comenzar destacando que, ya en la página inicial que abre el texto, dedicada a los posibles lectores, Vidania hace un curioso regate con el fin de intentar librarse de la censura de la inquisición, distinguiendo el dogma religioso del ingenio intelectual de los autores a los que recurre a lo largo de su trabajo: *los escritores acatólicos que cito*

se entenderán con reprobación de sus sectas, por la Luz que dio su ingenio, en lo que no es dogmático. El mío cree y confiesa lo que manda la Iglesia Católica Romana (Vidania 1712, folio inicial). Así, pese a intitular su obra con un engañoso *Escríbelo para su uso Diego Vincencio de Vidania*, el miedo a la censura inquisitorial no cuadraría si verdaderamente su única intención fuera la del uso íntimo y personal del texto.

El manuscrito aparece redactado en un rico castellano, que paradójicamente se aparta de la práctica habitual de los estudios realizados en Europa sobre el ámbito del Derecho natural, elaborados siempre en latín huyendo de sus respectivas lenguas vernáculas. Sorprende en este sentido la elección del aragonés, cuya explicación tal vez más plausible volvería a girar en torno a una posible publicación futura de su obra, con el objeto de llegar al mayor número posible de potenciales lectores. Renunciando entrar en el circuito de la literatura jurídica europea, Vidania parecía asegurarse una mayor difusión en suelo patrio. Ello da pie para suponer que el verdadero objeto de la obra era la adaptación y difusión de las nuevas ideas del iusnaturalismo racionalista de base grociana al territorio español, bajo el correspondiente filtro de su propia formación, más que aportar ideas originales a un debate que en Europa estaba produciendo ya decenas de obras.

Efectivamente a lo largo de sus páginas Vidania introducirá algunas de las principales fuentes del racionalismo europeo del siglo XVII, especialmente a Hugo Grocio, a cuyo *De iure belli ac pacis* parece acudir sin demasiados recelos en búsqueda de autoridad, lo cual no deja de resultar sorprendente si se tiene en consideración que precisamente esa obra había sido prohibida por la inquisición en la temprana fecha de 1637, apenas una docena de años después de su efectiva publicación. Resulta ciertamente curioso que un reputado ministro de la inquisición utilizará como fuente preeminente a la hora de elaborar su trabajo a un autor que su propia institución había condenado de forma tajante. Víctor Tau ha insistido en este interesante punto, afirmando que “la sorpresa mayor que nos ofrece El Derecho Natural de Vidania es, a mi juicio, en punto a la Inquisición... quién hubiese imaginado a un alto ministro del Santo Oficio extrayendo doctrina e invocando *libros prohibidos* en la elaboración de su propia obra” (Tau 1995, 198).

No obstante, por sus páginas desfila un amplio elenco de autores españoles y europeos de muy diverso alcance y significación, como Aristóteles, Séneca, San Pablo de Tarso, San Agustín de Hipona, Santo Tomás de Aquino, Francisco Suárez, Jean Bodino, Joannes J. Mullerus, Fernando Vázquez de Menchaca, Guillermo Grocio, Thomas Hobbes o Samuel Pufendorf. En contraste con la posición favorable adoptada con Hugo Grocio, el aragonés suele rechazar las tesis de esos dos últimos autores. Especial significación revisten sus críticas a

Pufendorf, a quien considera paradigma de la abstracción racionalista, por su falta de pragmatismo.

La obra se estructura en veinte capítulos bien diferenciados. El tono discursivo gira en torno a la idea de presentar una síntesis de los principios constitutivos del Derecho natural. El objeto de estudio es *El Derecho o Jurisprudencia Natural, separada de lo que llamaríamos Derecho de las Gentes, y de la formada de ambos, se intitula Derecho Civil*. Dicha separación no es en absoluto asunto menor, ya que para el oscense a “este Natural Derecho deben todas las Leyes su fundamento; y él a Dios, que lo inscribió en la mente del universal padre dela naturaleza humana, Adán, cuando con su divinina inspiración dio vida y racionalidad en sus manos, al frágil barro del paraíso de Edén” (Vidania 1712, 1). El método que sigue para acometer el estudio del Derecho natural es similar al propuesto por Hugo Grocio. Como señala en este sentido Vallet de Goytisolo, dicho método “es sintético, procediendo a priori de los principios a los efectos, y, a la vez, es analítico al basarse, para confirmar los principios, en los testimonios de filósofos, historiadores, poetas” (Vallet de Goytisolo 1992, 288).

Los cinco primeros capítulos de la obra, a mi juicio los más interesantes, se dedican por completo a extraer una visión general del Derecho natural, a lo que dedica la nada despreciable suma de cerca de 150 hojas. Tras el introductorio se suceden unos capítulos en los que su propia titulación da idea cabal del contenido y de los propósitos de los mismos: *Derecho, Naturaleza y Derecho natural; ¿qué cosa sean?; Varias acepciones y divisiones del Derecho natural; Causas del Derecho natural y cosas que le son propias; De los efectos del Derecho natural*. Una vez esbozada esa idea general, Vidania prosigue con dos capítulos de un notable interés, en los que a lo largo de casi un centenar de hojas se preocupa *Del Derecho natural acerca de las cosas divinas; y Del Derecho natural de las cosas públicas*.

Desde el capítulo décimo hasta ya el fin de la obra Vidania se afana en aplicar los principios obtenidos a partir del Derecho natural en los primeros cinco capítulos al ámbito concreto de lo jurídico. Así desfilan por sus páginas consideraciones sobre el matrimonio, el divorcio, el repudio o la poligamia, sobre el homicidio, el adulterio, el incesto, el hurto o la injuria, sobre los contratos (primero en general y más adelante centrándose en algunos de especial importancia como la prenda o el depósito) y sobre las obligaciones (materia a la que dedica más de un centenar de hojas). Para el estudio y agrupación de todas estas materias el aragonés se basará en los criterios adoptados por el mismo emperador Justiniano en sus *Instituciones*, en las que situó como preceptos esenciales del Derecho *vivir honestamente; no dañar a otro; y dar a cada uno lo que es suyo*.

Para definir el Derecho natural Diego de Vidania se apoyará en una triple autoridad: Hugo Grocio, Joannes J. Mullerus y Guillermo Grocio. Según el aragonés estos tres autores “dicen con poca diferencia una misma cosa”. La traducción que ofrece Vidania de las ideas de estos dos últimos autores resulta convincente. Si para Guillermo Grocio “Ley Natural es la que Dios, como autor de la Naturaleza, fijó en los corazones de todos los mortales, para Mullerus es lo que dicta la recta razón, prácticamente en materia universal, de aquello que es intrínsecamente moral”. Más abigarrada resulta en este caso la traducción que emplea para acercarse a Hugo Grocio, pues señala que el Derecho natural “es lo dictado por la recta razón, que por la conveniencia o inconveniencia con la misma naturaleza racional indica en algún acto moral, manifiesta resultar de el torpeza moral, o moral necesidad; y por consecuencia que Dios, autor de la naturaleza, manda o prohíbe aquel acto” (Vidania 1712, 35-36).

Por su parte Vidania concreta su personal visión en tan importante punto, ya declarada desde el mismo título del manuscrito, subrayando con énfasis “que esta ley estaba fijada en nuestros corazones, esto es decir el modo como se promulgó esta ley; esto es, la impresión o inscripción de ella en el alma del hombre, hecha por el mismo Dios en la mente de la criatura racional” (Vidania 1712, 40). No cabe duda pues de que, en opinión de Vidania, la ley natural se encuentra inscrita en las mentes de los seres humanos. Y siguiendo al menor de los Grocio, “fue Dios quien la gravó en los corazones de todos los mortales” (Vidania 1712, 101).

También resulta de sumo interés la visión que ofrece Vidania sobre la facultad del pueblo de elegir la forma de gobierno que más le convenga, potestad que hace derivar del propio Derecho natural. Influida por la obra de Hugo Grocio, el aragonés señala que “es de Derecho natural, el haber gobierno político; pero por aquel no se establece la forma, que ha de tener este. Quiere que haya quien procure, y vele por el bien común: no determina si ha de ser uno, como cabeza; si pocos juntos que la formen políticamente, para mandar a todos los demás: si ha de ser el de uno, hereditario o electivo: ni si el de muchos... todo esto toca al pueblo, o provincia, que según juzga serle conveniente, lo dispone” (Vidania 1712, 233-234).

Pese a reconocer de forma diáfana la potestad de los pueblos a elegir sus gobiernos, la visión se va oscureciendo cuando Vidania limita esa posibilidad de elección a los pueblos libres, aquellos que no se hayan sometidos a una previa sujeción marcada, por ejemplo, por una derrota en batalla o, todavía más significativo, por haber cedido ya sus derechos a un gobernante, cesión que se entiende de forma irrevocable. De este modo, la posición del oscense se acaba acercando a las posturas dominantes del pensamiento político del setecientos: las del absolutismo: “no es lícito al pueblo variar sobre la potestad suma, que una vez

transfirieron en el príncipe: y mucho menos oponerse, y resistir sus preceptos, ni examinar la justicia o injusticia de ellos” (Vidania 1712, 250). Las únicas excepciones que acepta Vidania para romper esta regla general, de indudable filiación hobbesiana, es cuando los actos del príncipe atentaran contra la Religión o contra *los pueblos y vidas de sus súbditos*.

En cuanto al objeto fundamental del Derecho natural, éste reside, a juicio del altoaragonés, en “el público, y común bien de todas las gentes” (Vidania 1712, 120). Igualmente señala que el Derecho natural debe ocuparse preferentemente de “los bienes y los males: esto es las cosas honestas, y las torpes: apeteciendo aquellas, y huyendo de estas segundas” (Vidania 1712, 102). En cuanto al rol que se le reserva a Dios en la construcción ofrecida por el oscense, se le atribuye el papel de “causa eficiente del Derecho natural, asegurando ser Dios, autor de la naturaleza, el que prescribió esta ley, o Derecho, a todo el género humano” (Vidania 1712, 101).

Evidente intención demuestra Diego Vidania al intentar diferenciar claramente el Derecho natural de la ley positiva e, incluso de las leyes aparecidas en las tablas del Decálogo, asegurando que “ni la escrita ni la de gracia, derogaron en cosa alguna la natural, inmutable pauta de todas, como primero derecho divino, estampado en las humanas mentes para inviolable regla de su culto; y conservación racional del género humano” (Vidania 1712, 3).

También se afana el aragonés en subrayar las diferencias del Derecho Natural con respecto a la Filosofía moral: “confunden algunos este Derecho natural con la filosofía moral; y aunque no negamos ser parte de ella; no asentimos a la identidad. Es el Derecho natural la regla; la ética por su instituto trata de lo intrínseco de la acción moral, y es lo regulado. Y así podremos considerar ese Derecho natural: Una parte de la filosofía moral, que de principios prácticos, conocidos con la luz de la razón, se dará a entender, o confirmar al hombre, las cosas, que son naturalmente justas, y debe universalmente obrar para con Dios, para con sí mismo y para los otros hombres” (Vidania 1712, 5).

Especial interés reviste el hecho de que Vidania estudie el Derecho natural separado del llamado Derecho de gentes, con el que tradicionalmente se había presentado unido. No resulta descabellado atribuir en este sentido al aragonés una cierta originalidad, pues es sin duda uno de los primeros tratados, si no el primero, que se compone en lengua castellana dedicado por completo al Derecho natural. Víctor Tau afirma en este sentido que el manuscrito de Vidania “está marcando entonces el carácter de nueva disciplina dentro de la esfera jurídica, donde reinaban los derechos civil y canónico” (Tau 1995, 179-180).

La obra del oscense Vidania supone, en definitiva, una de las primeras recepciones del iusnaturalismo racionalista de base grociana en el mundo

hispano. Dicha asimilación, a principios del setecientos, se llevó a cabo en un ambiente poco idóneo marcado por una densa preocupación religiosa derivada de la propia teología escolástica (Puy 1962), pero ello no fue óbice para que el altoaragonés se ubicará en una interesante vía media, que Juan Vallet de Goytisolo ha denominado como “versión católica y española del método de Grocio” (Vallet de Goytisolo 1992, 288).

Lo cierto es que Vidania acercó con su trabajo el Derecho natural racionalista al pensamiento iusfilosófico español, adaptando sus presupuestos y conciliándolos con una tradición jurídica que no era tan lejana como a veces se ha querido presentar (Hinojosa 1929). La obra de Vidania supone, y he aquí en mi opinión su principal valor, una mano tendida a toda una corriente de pensamiento jurídico modernizadora que fluía abierta y saludablemente por Europa. Una obra que lejos de los radicales enfrentamientos de otras épocas pasadas postula concordia y conciliación sobre la base de unos presupuestos que se adivinaban comunes, como la defensa del empirismo frente a la abstracción, la creencia en Dios como fuente mediata de la ley natural o la concepción de un Derecho natural procedente de la propia razón humana, de *un Derecho natural innato en las mentes de los hombres*.

Bibliografía

CANELLAS LÓPEZ, A. (1982), "Voz: Vidania, Diego Vicente de", *Gran Enciclopedia Aragonesa*, XII, p 3333.

CARPINTERO BENÍTEZ, F. (2000), *Historia breve del Derecho Natural*. Madrid: COLEX.

DEL ARCO Y GARAY, R. (1934), *La erudición aragonesa en el siglo XVII en torno a Lastanosa*. Madrid: Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos.

FRANCO DE VILLALBA, D. (1710), *Crisis legal y breve noticia de los fueros privilegiados de Aragón*. Valencia: Imprenta de Joseph de Orga.

GARCÉS MANAU, C. (2005), "Diez cartas de Vincencio Juan de Lastanosa y Diego Vincencio Vidania a Athanasius Kircher, conservadas en la Universidad Pontificia Gregoriana de Roma", *Argensola*, 115, pp 187-199.

GARCÍA MARÍN, J. M. (1992), *Monarquía católica en Italia. Burocracia imperial y privilegios constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GIL CREMADES, J. J. (2002), *Derecho y burguesía. Historia de una cátedra zaragozana*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

GONZÁLEZ GARCÍA, M., MARTÍNEZ BISBAL, J. (eds.) (1998) *Autobiografía de Giambattista Vico*. Madrid: Siglo XXI.

HINOJOSA, E. (1929), "Los precursores españoles de Grocio", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, VI, Madrid, 1929, pp 220-236.

LAHOZ FINESTRES, J. M. (1997), "Graduados altoaragoneses", *Argensola*, III.

LAHOZ FINESTRES, J. M. (1999), "Estudio introductorio" a la edición facsímil de *Estatutos de la Universidad y Estudio General de la Universidad de Huesca*. Huesca: Diputación Provincial.

LAHOZ FINESTRES, J. M. (2000), "Una perspectiva de los funcionarios del Santo Oficio", *Revista de la Inquisición*, 9, pp 176-179.

LASTANOSA, V. J. (1681), *Tratado de la moneda jaquesa y de otras de oro y plata del Reyno de Aragón*, Zaragoza (s. n.).

LATASSA Y OTÍN, F. (1800), *Biblioteca Nueva de escritores aragoneses*, PAMPLONA, OFICINA DE JOAQUÍN DE DOMINGO, IV, PP 442-446.

LOSADA, A. (1951), "Una crónica inédita de Felipe II y otros manuscritos en la Biblioteca de la Universidad de Bonn", *Revista Bibliográfica y Documental*, V, pp 153-165.

PUY MUÑOZ, F. (1962), *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Granada, Universidad de Granada.

SANUY, I. M. (1991), *Notas sobre un manuscrito de Don Diego Vincencio de Vidania que se conserva en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia*. Madrid: Universidad de Comillas, inédito.

TAU ANZOÁTEGUI, V. (1995), "Fragmento de una cultura jurídica desaparecida. Un manuscrito del español Vidania sobre Derecho Natural (1712)", *Quaderni Fiorentini*, XXIV, pp 157-198.

TELLECHEA IDÍGORAS, J. I. (1978), "Un juicio desconocido sobre Molinos. Carta del doctor Vidania a la Inquisición española (Roma, 26 de enero de 1686)", *Revista Española de Teología*, 38, pp 367-377.

VALLET DE GOYTISOLO, J. (1992), "Diego Vincencio de Vidania, un oscense grociano contemporáneo de Vico", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 69, pp 287-299.

VICENTE Y GUERRERO, G. (2009), "Iniciales vías de penetración del iusnaturalismo en Aragón", en ROMERO, C., SABIO, A. (coords.) *Universo de micromundos*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, pp 235-248.

– (2012) "Voz: Vidania Broto, Diego Vincencio de", en Peláez, M. J., y Sánchez-Bayón, A. (coords.) *Diccionario de canonistas y eclesiasticistas europeos y americanos*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, I, pp 502-504.

– (2014) *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado. Atmósfera política, fundamentación jurídica y contenido normativo de la Nueva Planta. La reacción de la historiografía jurídica aragonesa*. Zaragoza: El Justicia de Aragón.

VIDANIA, D. V. (1672), *Disertación histórica de la patria del invencible mártir San Laurencio. Respondiendo al doctor Juan Bautista Ballester. Que dedica a la vencedora ciudad de Huesca...* Zaragoza: Juan de Ybar.

– (1673), *Oración panegírica, por la admisión de Jaime Félix Mezquita, en el muy ilustre Colegio de Notarios del número de la Imperial Ciudad de Zaragoza*. Zaragoza: Juan de Ybar.

– (1684), "Inocencio XI. Héroe de las victorias contra los bárbaros", en Vidania, D. V. *Triunfos cristianos del mahometismo vencido. En cinco discursos académicos. Al excelentísimo señor D. Diego Sarmiento de Valladares, Obispo, Inquisidor General*. Madrid: Lucas Antonio de Bedmar y Baldivia.

– (1696) *D. Francisco de Benavides representa los servicios heredados y propios, y los de sus hijos y la antigüedad y calidad de su casa, y de los incorporados a ella*. Nápoles: Dominico Antonio Parrino y Miguel Luis Mucio.

– (1712) *El Derecho Natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos. Escríbelo para su uso Diego Vincencio de Vidania*. Barcelona: manuscrito.

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO Manuel Calvo García, Fernando Arlettaz, Jorge Gracia Ibáñez.....	5
---	----------

1. DIVERSIDAD, IDENTIDADES Y CONTROL SOCIAL..... 9

EL ENFRENTAMIENTO ENTRE DOS IDEAS NACIONALES: LA ESPAÑA UNITARIA VS. LA ESPAÑA PLURAL, Lucía Payero López10

1. Primera respuesta: un demos único	11
2. Segunda respuesta: varios <i>demos</i>	17
2.1. La autodeterminación no es un derecho	19
2.2. Un derecho de autodeterminación nacional	20
3. Las visiones sobre España y la cuestión de las nacionalidades	22
Bibliografía	25

LA ESTRUCTURACIÓN DE LA DIVERSIDAD SOCIAL EN BÉLGICA: EL SISTEMA DE PILARIZACIÓN Y DEMOCRACIA CONSOCIATIVA, Pablo Latorre Rodríguez 28

1. La estructuración de la diversidad social en Bélgica: el sistema de pilarización y democracia consociativa.....	28
2. Repaso abreviado de la historia y la estructura político-territorial del Estado Belga	28
3. El sistema de pilarización y el modelo de democracia consociativa belgas	31
4. Plasmaciones concretas en el Derecho público del sistema de pilarización-democracia consociativa.....	34
4.1 Pacto Cultural	35
4.2. Tratamiento de la inmigración	38
5. ¿Despilarización?	40
6. Conclusiones	41
Bibliografía	42

LAS MEDIDAS DE EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EUROPEOS DE ETNIA GITANA EN FRANCIA: UNA RELECTURA DESDE LAS FUNCIONES DEL DERECHO, Encarnación La Spina..... 44

1. Una retrospectiva sobre la adopción de los mecanismos de expulsión de ciudadanos europeos de etnia gitana en Francia 45
2. El alcance de las medidas de expulsión desde un análisis de las funciones del derecho 51
3. A modo de conclusión 58
- Bibliografía 59

REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA A EXTRANJEROS EN ESPAÑA A PARTIR DEL REAL DECRETO LEY 16/ 2012 Y SUS REPERCUSIONES JURÍDICAS Y JUDICIALES, Saray Noguera Solanas 62

1. Introducción 62
2. La regulación jurídica y el régimen de derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en España 63
 - 2.1. Regulación jurídica 63
 - 2.2. Derechos fundamentales y libertades públicas 65
3. Reformas legislativas en materia de asistencia sanitaria..... 66
 - 3.1. Antecedentes 66
 - 3.2. El real decreto-ley 16/2012 y las disposiciones posteriores en materia de asistencia sanitaria 67
4. Las repercusiones jurídicas y judiciales 70
5. Conclusiones 73
- Bibliografía 74

EL VELO DE ESTRASBURGO. DISCRECIONALIDAD ESTATAL E INTEGRACIÓN, Fernando Arlettaz 76

1. Introducción 76
2. Los precedentes europeos sobre prendas religiosas..... 76
3. S. A. S. c/Francia..... 82
4. A modo de conclusión: margen de discrecionalidad e integración 84
- Bibliografía 87

LA ALTERIDAD DE LOS CUERPOS EN EL DERECHO: CONSTRUCCIÓN DEL SUJETO JURÍDICO TRANSGÉNERO, Liván Soto González 88

1. Introducción	88
2. El cuerpo en el discurso jurídico	90
3. Negar el cuerpo para ser sujeto de derecho	95
4. El avatar jurídico de las personas transgéneros	101
5. Reivindicaciones posibles	106
Bibliografía	108

LA SEGURIDAD, ESA GRAN DESCONOCIDA, Daniel Jiménez Franco 111

1. Seguridad, in-seguridad, seguridad-es.....	111
2. ¿Todo es relativo? El mantra de la transparencia y sus realidades paralelas	116
4. No confundir lo que se dice con lo que se hace	122
Bibliografía	132

EN NOMBRE DE LA VÍCTIMA. REPRESENTACIÓN SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS, VICTIMOLOGÍA Y DERIVA PUNITIVISTA, Jorge Gracia Ibáñez137

1. Introducción	137
2. La representación social de las víctimas	138
3. El (re)descubrimiento de la víctima y el auge de la Victimología	143
4. Lo que las víctimas quieren y lo que necesitan	147
5. Conclusiones: ¿todo por la víctima?.....	153
Bibliografía	155

2. DERECHOS HUMANOS, SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO..... 159

¿QUÉ IMPLICAN LOS CONDICIONANTES SOCIALES DE LA SALUD PARA EL DERECHO A LA SALUD? UNA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN, Carlos Lema Añón..... 160

1. El contenido jurídico del derecho a la salud	160
2. Los condicionantes sociales de la salud	165

3. Condicionantes sociales del derecho a la salud y derecho a la salud	170
Bibliografía	173

LA ÉTICA EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA: DE LA BUROCRACIA WEBERIANA A LA GESTIÓN BASADA EN LOS PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN, Natividad Alfranca Luengo

1. Introducción	175
2. La etica de la administración pública tradicional	179
3. La nueva gestión pública y la ética de los resultados	182
4. Valores públicos, bien común, interés público, y ética pública: elementos clave en la gestión pública contemporánea.....	185
5. Conclusiones	190
Bibliografía	192

SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA ABOGACÍA ANTE EL ACTUAL PANORAMA DE GLOBALIZACIÓN, Juan Jesús Garza Onofre

1. Introducción	194
2. El abogado de empresa como referente de la profesión	195
3. Despachos como trasnacionales jurídicas.....	200
Bibliografía	203

SOBRE LA FUNCIÓN SIMBÓLICA, EL USO SIMBÓLICO Y LA EFICACIA SIMBÓLICA DEL DERECHO. UNA DISTINCIÓN CONCEPTUAL CON FINES METODOLÓGICOS, Cristopher Corvalán Rivera

1. Introducción	207
2. La función simbólica del derecho	209
3. Distinción entre función simbólica, uso simbólico y eficacia simbólica del derecho	212
4. Conclusiones	221
Bibliografía	223

“CONTRACULTURA CONSTITUCIONAL” Y PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA, Melba Luz Calle Meza.....

1. Introducción	225
2. Contracultura constitucional y guerra en el siglo XX colombiano	226
3. Cultura constitucional y paz en el siglo XXI.....	227

4. Epílogo.....	229
Bibliografía	229
LAS MUJERES VIUDAS EN ARAGÓN, Silvia Cebolla Civil.....	230
1. Introducción	230
2. Metodología de la investigación.....	231
3. Medidas que adopta el Gobierno de Aragón para las mujeres viudas.....	231
4. Demandas y peticiones de las viudas aragonesas.....	232
5. Situación económica de las viudas aragonesas según su clase social.....	233
6. Las mujeres viudas y los segundos matrimonios	234
7. Feminismo y viudedad.....	235
Bibliografía	237
LA DESOBEDIENCIA AL DERECHO POR IMPERATIVO DE LA CONCIENCIA ÉTICA: EL “INDIVIDUALISMO ÉTICO” DE FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Marcos Arjona Herraiz	239
1. Introducción	239
2. La desobediencia al Derecho por imperativo de la conciencia ética.....	240
3. Apuntes sobre un debate	249
4. Una conclusión pertinente: el <i>individualismo ético</i> en Felipe González Vicén	253
Bibliografía	254
SOBRE LA RECEPCIÓN DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA EN ESPAÑA A COMIENZOS DEL SETECIENTOS. DIEGO DE VIDANIA Y SU DERECHO NATURAL INNATO, Guillermo Vicente y Guerrero.....	256
1. Planteamiento general.....	256
2. Diego Vincencio De Vidania.....	258
3. El derecho natural innato en las mentes de los hombres y sus efectos.....	261
Bibliografía	266

Zaragoza, diciembre 2014

