
Número 52 (diciembre de 2024) | No. 52 (December 2024)

Artículos | *Articles*

Nombre, apellidos y filiación institucional <i>Name, Surname, and institutional affiliation</i>	Título <i>Title</i>	Correo electrónico <i>Email</i>	Páginas <i>Pages</i>
Javier de Lucas Institut de Drets Humans Universitat de València ORCID: 0000-0003-0723-6086	Las democracias, ante las catástrofes: prevención y establecimiento de responsabilidades. Democracies in the face of disasters: prevention and accountability.	Javier.de-lucas@uv.es	1-23
Gonzalo Fernández Codina Universitat de Barcelona ORCID: 0000-0003-1342-477X	La autodeterminación de género: ¿debemos reconocer tal derecho? Gender self-determination: should we recognize such a right?	gonzalo.leynver@gmail.com	24-54

José García Añón
Institut de Drets Humans
Universitat de València
ORCID: 0000-0002-9090-9888

Discriminación y experiencias en la identificación policial por perfil étnico: la evolución en España diez años después.

Jose.garcia@uv.es

55-83

Discrimination and Experiences in Police Ethnic Profiling: Developments in Spain ten years later.

Vinicius Fernandes Ormelesi
Universidade do Estado de Minas Gerais
(Brasil)
ORCID: 0000-0002-6511-6086

Nietzsche y la ciencia jurídica: la interpretación de Bodenheimer sobre la filosofía nietzscheana revisitada.

viniciusormeleli@hotmail.com

84-99

Nietzsche and legal science: Bodenheimer's interpretation on Nietzsche revisited.

Nombre, apellidos y filiación institucional <i>Name, Surname, and institutional affiliation</i>	Recensiones <i>Book Reviews</i> Título <i>Title</i>	Correo electrónico <i>Email</i>	Páginas <i>Pages</i>
Ignacio Álvarez Rodríguez Universidad Complutense de Madrid ORCID: 0000-0001-6873-7269	Carabante Muntada, José María. <i>Perfiles filosóficos. Hombre, sociedad y derecho en el pensamiento contemporáneo</i> , Cizur Menor: Aranzadi, 2022.	ialvarez1@ucm.es	100-102
Isabel Beltrá Villaseñor Universidad Francisco de Vitoria ORCID: 0000-0002-7018-287X	Gómez García, Juan Antonio; Lázaro Pulido, Manuel; Talavero, Víctor (editores). <i>Derecho e interpretación. Temas de Hermenéutica jurídica y Filosofía del Derecho</i> , Madrid: Ed. Reus, 2024.	isabel.beltra@ufv.es	103-105
Ana Colomer Segura Universitat de València ORCID: 0009-0001-0773-2680	Ramiro Avilés, Miguel Ángel. <i>Filosofía política y derechos humanos</i> , Madrid: Dykinson, 2024.	ana.colomer@uv.es	106-114

Gonzalo Fernández Codina
Universitat de Barcelona
ORCID: 0000-0003-1342-477X

Esteve Pardo, José. *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid: Marcial Pons, 2023. gonzalo.leynver@gmail.com 115-120

Diego Fierro Rodríguez
Letrado de la Administración de Justicia

Ayuso Torres, Miguel, et. al. *¿El derecho natural contra el derecho natural? Historia y balance de un problema*, Madrid: Marcial Pons, 2024. diegofr91@hotmail.com 121-126

Andrés Gascón Cuenca
Institut de Drets Humans
Universitat de València
ORCID: 0000-0001-6417-9722

Turégano Mansilla, Isabel. *Barreras en el acceso a la justicia y desigualdad social*, Madrid: Dykinson, 2024. Andres.gascon@uv.es 127-134

Alejandro J. Gomis de Francia
Universidad de Zaragoza

González Ordovás, M.^a José (coord.). *Los límites del derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024. alejandrojgomis@gmail.com 135-144

Julio Llop Tordera
Universitat de València

Colomer Bea, David. *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024. Julio.llop@uv.es 145-148

Estadísticas del número 52 de Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho

Statistics of No. 52 of Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho

Artículos recibidos | *Articles received*: **10**. 2 autoras, 8 autores | 2 female authors, 8 male authors.

Publicados | *Published*: **4 (40%)**. 0 de autoras (0%), 4 de autores (100%) | 0 from female authors (0%), 4 from male authors (100%).

Rechazados | *Rejected*: **6 (60%)**. 2 de autoras (33'3%), 4 de autores (66'6%) | 2 from a female author (33'3%), 4 from male authors (66'6%).

Plazo medio de espera hasta la comunicación de la decisión editorial | *Average waiting time on editor's decision*: 7 meses | *months*

Las democracias, ante las catástrofes: prevención y establecimiento de responsabilidades*

Democracies in the face of disasters: prevention and accountability

Approaches to legal certainty. A reconstruction proposal

Javier de Lucas
Universitat de València
ORCID: 0000-0003-0723-6086

Fecha de recepción 26/05/2024 | De aceptación: 01/12/2024 | De publicación: 23/12/2024

RESUMEN

El mayor desastre natural que se ha producido en España en los últimos cien años, la Dana de octubre de 2024 que provocó una riada descomunal en una parte de la provincia de Valencia, obliga a una reflexión sobre nuestra respuesta ante las catástrofes. Más allá de la visión clásica del azar desgraciado, imprevisible y ajeno a la intervención humana, cabe plantear la relación entre ciencia y gestión política, la respuesta de solidaridad y el debate sobre el establecimiento de responsabilidad moral, política y jurídica.

PALABRAS CLAVE

Catástrofes; ciencia; Estado social; solidaridad; responsabilidad política.

ABSTRACT

The greatest natural disaster to have occurred in Spain in the last hundred years, the Dana of October 2024, which caused an enormous flood in part of the province of Valencia, forces us to reflect on our response to disasters. Beyond the classic view of an unfortunate, unpredictable coincidence that has nothing to do with human intervention, it is worth considering the relationship between science and political management, the response of solidarity and the debate on the definition of moral, political and legal responsibility.

KEY WORDS

Disasters; science; welfare state; solidarity; political responsibility; political accountability.

* Este artículo tiene su origen en mi contribución al homenaje al profesor Ernesto Garzón Valdés, celebrado en la Fundación Coloquio jurídico, el 20 de noviembre de 2024.

Sumario: (I) Catástrofes y calamidades, una distinción que hay que revisar: I.1. El azar desgraciado, la hipótesis clásica sobre las catástrofes. I.2. ¿Qué son las catástrofes, hoy? (II) Ciencia y política, ante las catástrofes: II.1. Redefinir el papel del hombre ante las catástrofes. II.2. La ignorancia de lo que la ciencia analiza, multiplica el efecto de las catástrofes. II.3. La decisión siempre es política. (III) El establecimiento de responsabilidades por las catástrofes: III.1. La responsabilidad jurídica ante las catástrofes. III.2. La responsabilidad política ante las catástrofes.

(I) Catástrofes y calamidades, una distinción que hay que revisar

La catástrofe causada por una descomunal riada que arrasó el día 29 de octubre más de 70 municipios de varias comarcas de la provincia de Valencia, especialmente en l’Horta Sud y La Ribera (más de un 30% del territorio de esa provincia), es, probablemente, el mayor desastre de origen natural que se ha vivido en España en casi cien años¹. Los datos de la tragedia, comenzando por las víctimas humanas, son aterradores para un país como el nuestro. A pesar de que apenas ha transcurrido tiempo, creo que vale la pena tratar de apuntar algunas pistas para la reflexión sobre esta catástrofe, desde la filosofía jurídica, moral y política. En el trasfondo de del debate sobre las catástrofes está un asunto de calado filosófico (teológico, según otros planteamientos): la vieja cuestión del mal, que va más allá de la noción de mal

¹ La magnitud del desastre tiene que ver con la Dana, pero sobre todo con la riada que fue consecuencia de ella y de otros factores. Al cumplirse un mes del desastre, la pérdida más importante son las víctimas mortales y desaparecidos aún por localizar, en una cifra que se acerca a 230 personas. En las poblaciones afectadas (la mayoría, de las comarcas de de l’horta Sud y La Ribera, en gran parte poblaciones de la conurbación de la metrópolis de Valencia) viven cerca de 850000 personas. Se trata de un 30% de la superficie de la provincia. Los cálculos más fiables permiten hablar de 400000 personas afectadas directamente, casi 100000 hogares gravemente dañados, con más de 350000 trabajadores, buena parte de los cuales se han quedado sin puestos de trabajo o en precario, y más de 30000 empresas seriamente perjudicadas. Un estudio del Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, IVIE (<https://www.levante-emv.com/economia/2024/11/03/dana-tendra-gran-impacto-negativo-111143911.html>) cifra las pérdidas en 28.000 millones de euros, y subraya que los 70 municipios que han salido más golpeados por la DANA generan el 34,5% del PIB provincial y el 22% del PIB regional (más de lo que producen en un año las comunidades de Asturias, Cantabria, Extremadura, La Rioja o Navarra). El desastre ha dañado gravemente a infraestructuras, incluidas la comunicación, que impactan directamente sobre la movilidad de toda esa población e incluso sobre las comunicaciones de Valencia con otros territorios, a través de carretera y ferrocarril. Por su parte, el Departamento de geografía de la Universitat de València ha cartografiado el mapa del desastre y cifra el área afectada en 562,7Km2, de los que casi 60 constituyen área urbana y están ocupados por viviendas familiares (21km2 son zonas residenciales) y empresas (33 km2 son superficies industriales). El estudio permite identificar las zonas definidas como inundables, en las que se cebó la catástrofe, una de las razones de su magnitud, más que previsible en ese sentido: https://www.uv.es/uvweb/uv-noticies/ca/noticies/universitat-crea-primera-cartografia-precisa-inundacions-provocades-dana-1285973304159/Novetat.html?id=1286405127409&plantilla=UV_Noticies/Page/TPGDetaillNews. Es importante subrayar que, entre esos daños, se encuentra el terrible impacto sobre un entorno natural protegido como es la Albufera de Valencia, un ecosistema tan único como frágil, como consecuencia de la contaminación arrastrada desde el barranco del Poyo, el causante de la riada, que desemboca en la Albufera y que arrastró elementos altamente tóxicos (además del fango contaminado, una enorme presencia, por ejemplo, de plásticos, combustible, metales y bacterias). Así lo revela el primer informe de evaluación, elaborado por el Servicio de la Devesa-Albufera del Ayuntamiento de Valencia que, literalmente, asegura: ““La magnitud del evento no es comparable a ninguno otro vivido anteriormente en el Parque Natural de la Albufera (creado en 1986), y por extensión en el ámbito del lago, teniendo sobre las zonas afectadas un carácter excepcional y catastrófico desde el punto de vista ambiental””: cfr. <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2024-11-21/un-informe-advierde-de-la-devastacion-del-parque-natural-de-la-albufera-por-la-dana-no-es-comparable-a-ningun-evento-anterior.html>. Cfr. asimismo <https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2024/11/22/albufera-dana-111917983.html>.

moral y sobre la que no tengo capacidad para tratar de responder. Me limitaré a otras, bastante más terrenales, con una precaución: se trata de evitar la discusión partidista y los debates marcados por la polarización sin freno, para centrarse en exponer algunos argumentos sobre cómo debemos enjuiciar nuestra respuesta ante ese tipo de acontecimientos y, en su caso, el establecimiento de responsabilidades.

I.1. El azar desgraciado, la hipótesis clásica sobre las catástrofes.

En el intento de entender cómo reaccionar ante el desastre que nos ha sacudido a los valencianos, muchos de nosotros hemos acudido a algunas lecturas. En mi caso, he releído la polémica entre Voltaire y Rousseau a propósito del terremoto de Lisboa de 1755². También, un texto imprescindible de Camus, *La peste* (1947), que tantos releímos durante la epidemia del COVID. Pero, como hilo conductor de mi reflexión, he recurrido sobre todo a un ensayo de Ernesto Garzón Valdés, *Calamidades*³, cuyo origen, recuerdo, fue su intervención en las Conferencias Aranguren, en la Residencia de Estudiantes.

Hoy, la mayoría de nosotros tenemos claro que ya no vivimos en los tiempos en los que dominaba la visión que subrayaba el <azar desgraciado> como causa de las catástrofes. Esa mirada es la que propuso Voltaire en su largo poema de 234 versos, “*Poème sur le désastre de Lisbonne, ou examen de cet axiome, tout est bien*” (*Sobre el desastre de Lisboa, o un examen del axioma todo está bien*), publicado en 1756. Su origen fue la carta que dirigió Voltaire desde Ginebra a su amigo Jean Robert Tronchin, el 24 de noviembre de 1755, cuando tuvo noticia del desastre acaecido el 1 de noviembre. En ese poema, tras poner de relieve la fragilidad de la vida humana, lamenta la muerte de “cien mil a quienes la tierra devora” y nos recuerda lo cerca que estamos todos de la muerte por “crueldades del destino”; pero, sobre todo, se rebela contra las tesis del mejor de los mundos posibles, que minimiza la existencia del mal (la posición de Leibniz, ejemplificada en un poema de Pope, que Rousseau cita en su carta a Voltaire), y también contra el quietismo de quienes aceptan una resignación impotente, desde la convicción de que se trata de “las leyes de hierro que encadenan la voluntad de Dios”.

² Quiero agradecer a mi compañero, el profesor Rodríguez Uribe, sus sugerencias sobre la posición de Rousseau.

³ Publicado en el año 2004, con el título *Calamidades*, Gedisa, 2004, hoy está agotado.

La tesis de Voltaire tuvo una respuesta terminante por parte de Rousseau, en una carta que le dirigió el 18 de agosto de 1756 (aunque no se publicó hasta 1759)⁴. Lo más interesante de esa crítica, es, ante todo, que Rousseau adopta una perspectiva que subraya el papel de la acción del hombre en detrimento de la naturaleza (“por doquier observo que los males que nos produce la naturaleza son menos crueles que los que nosotros le producimos a ella...es constante nuestro abuso hacia la vida, que recargamos de un peso que no le corresponde”). Pero, además, Rousseau denuncia con contundencia la tesis del <azar desgraciado>: “...creo haber demostrado que, a excepción de la muerte, que no es un mal, más que en los momentos que la preceden, la mayor parte de nuestros males físicos son obra de nosotros mismos. En cuanto a lo sucedido en Lisboa, convenga usted que la naturaleza no construyó las 20 mil casas de seis y siete pisos, y que, si los habitantes de esta gran ciudad hubieran vivido menos hacinados, con mayor igualdad y modestia, los estragos del terremoto hubieran sido menores, o quizá inexistentes... ¡Cuántos desgraciados perecieron por querer rescatar, unos sus vestidos, otros sus papeles, otros su dinero! ¿No se habrá convertido la persona de cada hombre en su parte menos importante, al grado de no valer la pena salvarla cuando se ha perdido todo lo demás?”.

La visión de las catástrofes asociada a la tesis existencialista de la ausencia de sentido, es la que encontramos en *La Peste*. Lo que me interesa subrayar ahora, más allá de cómo Camus plantea nuestra voluntad de ignorar ese tipo de catástrofe, incluso si ya está a nuestras puertas⁵, es sobre todo la conclusión que ofrece, a través del protagonista, el doctor Rieux, cuando se enfrenta a ese mal terrible que azota Orán. Rieux, pese a todo, confía en la ciencia y sobre todo en la solidaridad, pero insiste en el peso de la ignorancia y la arrogancia insensatas por parte de muchos de nosotros, y en particular, de los responsables públicos: “el mal que existe en el mundo proviene casi siempre de la ignorancia, y la buena voluntad, sin clarividencia, puede ocasionar tantos desastres como la maldad”.

⁴ No pocos sostienen que el *Candide* de Voltaire fue, a su vez, una réplica de Voltaire para reafirmar sus argumentos, frente a Leibniz y Rousseau.

⁵ Aunque es sabido que Camus ofreció la interpretación de que *La peste* era una metáfora del nazismo y de la guerra, lo es también de nuestra actitud ante los desastres: “Nuestros conciudadanos eran como todo el mundo: pensaban ellos mismos...no creían en las plagas. La plaga no está hecha a la medida del hombre, por tanto, el hombre se dice que la plaga es irreal, un mal sueño que tiene que pasar. Pero no siempre pasa. Y debido a esa incredulidad, a esa ignorancia, sucede que continuaban haciendo negocios, planeando viajes y teniendo opiniones. ¿Cómo hubieran podido pensar en la peste, que suprime el porvenir, los desplazamientos y las discusiones? Se creían libres y nadie será libre mientras haya plagas”

A mi entender, lo más interesante es que, pese a que Camus subraya el absurdo de buscar sentido a un azote como el de la peste, señala que estas catástrofes tienen la capacidad de rehumanizar, pues pueden ser el detonante de la fraternidad, de la solidaridad⁶: frente al mal, inevitable -tanto si hablamos de desastres naturales o epidemias, como si nos referimos al mal moral que subyace a las calamidades, de acuerdo con la propuesta de Ernesto Garzón-, lo importante es nuestra actitud: cómo responder, cómo rebelarse, y la medida es desechar el “sálvese quien pueda” y tratar de hacer el bien a los otros, comenzando por las víctimas. Creo que eso plantea de nuevo un debate sobre el que intervino el propio Garzón Valdés y sobre el que hemos debatido ampliamente: el de los deberes de solidaridad que, más allá de la solidaridad espontánea, del voluntariado, remite a lo que podríamos calificar de “solidaridad institucionalizada”, como respuesta propia de lo que denominamos Estado social, consecuencia de la concepción política que entiende que la necesaria respuesta solidaria no se puede dejar sólo en manos de la espontaneidad de la sociedad civil, del voluntariado.

Ernesto Garzón parte en su ensayo de la noción kantiana de mal moral, para ofrecer una distinción conceptual entre dos tipos de desastres, las catástrofes y las calamidades, pues considera que las primeras son el resultado de causas naturales y las segundas, producto de la intencionalidad humana⁷. Pasa luego a esclarecer los elementos de algunas de esas calamidades, que siguen de actualidad (intervenciones armadas con fines humanitarios, terrorismo de Estado y terrorismo internacional, las guerras...) para tratar de elucidar el tipo de mal que suponen y el establecimiento de responsabilidad, más que la culpabilidad. Todo ello con una referencia que me parece muy importante: la relación de las calamidades con lo que denomina “arrogancia insensata” y con la “ignorancia”. Como señalaré más adelante, conviene tener en cuenta a ese propósito otra aguda reflexión del mismo autor sobre los tipos de ignorancia, que presentó en su *lectio* de aceptación del doctorado honoris causa de la Universitat de València⁸. En efecto, creo que la catástrofe que evoco se relaciona con dos de esas clases de ignorancia

⁶ En diferentes trabajos, inspirándome en las obras de Ibn Jaldún y de Durkheim, he propuesto entender la solidaridad como el tipo de vínculo social que consiste en la conciencia conjunta de derechos y deberes, que se activa de modo particular ante los peligros -no digamos los daños- que afectan a ese fondo común y ante la evidencia de que sólo actuando de modo conjunto, *solidariamente*, se puede dar respuesta.

⁷ “<calamidad>...aquella desgracia, desastre o miseria que resulta de acciones humanas intencionales, es decir, excluiré los casos que pueden caer bajo la denominación general de <mala suerte> individual o colectiva, o que son consecuencia de actos voluntarios no intencionales...<catástrofe>, la desgracia, el desastre o la miseria provocados por causas naturales que escapan al control humano” (ibid., pp.11-12).

⁸ En esa lección distinguió entre 8 clase de ignorancia: excusante, presuntuosa, culpable, racional, docta, conjetural, inevitable y querida. El texto, junto a una selección de sus ensayos, puede encontrarse en la colección honoris causa de la Universitat de València, con el título *Filosofía, política, derecho*, Universitat de València, 2001, editado por quien suscribe. El texto puede encontrarse también como artículo,

que explica Garzón Valdés, la “ignorancia presuntuosa”, que tiene mucho que ver con la “arrogancia insensata”, y la “ignorancia querida”. Sin embargo, creo que hoy no podemos sostener la distinción entre catástrofes y calamidades, tal y como nos propuso Ernesto Garzón.

1.2. ¿Qué son las catástrofes, hoy?

A mi modesto entender, el problema con la distinción entre calamidades y catástrofes propuesta por Garzón Valdés, es el mismo de tantas propuestas dicotómicas, como las que agradaban a Bobbio. Eso tiene que ver con la categoría de *tipos ideales* de Weber: son modelos que sufren al confrontarse con la realidad que es histórica, plural y cambiante y difícilmente se deja atrapar en categorías conceptuales abstractas. Y es que hablar de esos desastres que denominamos catástrofes en términos de acontecimientos naturales, ajenos a la mano del hombre, tal y como nos propone Ernesto Garzón, en línea de continuidad con el argumento del <azar desgraciado>, que vimos en Voltaire (“la desgracia, el desastre o la miseria *provocados por causas naturales que escapan al control humano*”), tropieza con la evidencia de que existe una suerte de zona gris entre ambas categorías, tal y como le señaló Rousseau a Voltaire.

La dificultad para mantener esta división entre catástrofes y calamidades es algo que se advierte incluso entre quienes han recurrido al ensayo de Ernesto Garzón para sostener paradójicamente -pues contradice la tesis de ese ensayo- que, en el caso de lo sucedido en Valencia, nos encontraríamos ante una *calamidad*⁹. Esa interpretación se debe probablemente a la conciencia creciente de la importancia de la intervención humana respecto a esos desastres naturales, en dos dimensiones: activa, porque actúa como factor acelerador del cambio climático y por omisión, esto es, por incumplimiento de tareas de prevención y respuesta. Pero, a mi juicio, esa interpretación es un error: ninguna de esas dos características anula la distinción básica. Nos encontramos ante una catástrofe, ante un desastre natural, porque la causa directa es un fenómeno de la naturaleza (una *dana*), asociado al cambio climático. Lo que sucede es que ese tipo de desastres naturales incrementan sus consecuencias cuando concurren las dos dimensiones antes

publicado en el número 11 (1999) de la revista *Isonomía*: «*Algunas reflexiones sobre la ignorancia*», pp. 129-148.

⁹ Así, por ejemplo, la interpretación de la tesis de Ernesto Garzón que presenta Norbert Bilbeny: <https://www.lavanguardia.com/opinion/20241118/10113588/llamese-calamidad.html>.

referidas y que vinculan las consecuencias -los efectos terribles de la *riada*- a la intervención humana que, en el ensayo de Garzón Valdés, queda excluida de la caracterización de las catástrofes.

Lo que trato de explicar es que ya no podemos decir sin más que los desastres naturales escapan al control humano. No, desde luego, en cuanto a la capacidad de prevención de los mismos, gracias precisamente a los avances de la ciencia y la tecnología. Tampoco, en lo que se refiere a la gestión de las consecuencias de esos desastres naturales. Todo ello abre otras perspectivas acerca del establecimiento de responsabilidades: moral, política y jurídica, como abordaré en el tercer apartado.

De cualquier modo y a mi juicio, el problema de esa distinción entre catástrofes y calamidades es, sobre todo, que choca con un argumento que, también a mi parecer, no está suficientemente presente entre los asuntos de filosofía moral, jurídica y política a los que dedicó su brillante inteligencia Garzón Valdés ni, reconozcámoslo, tampoco en nuestra generación, con algunas excepciones. Me refiero a la dimensión ecológica de justicia, que integra las exigencias de justicia social y la perspectiva de las respuestas ante la gran transformación que deriva de la crisis ecológica. Pese a su necesidad, aún más, a su urgencia, la filosofía moral, jurídica y política no ha proporcionado suficientemente propuestas sobre ello, salvo las excepciones como los ensayos de filósofos como Hans Jonas, Bruno Latour o Michel Serres, o los de juristas como Michelle Delmas-Marty o Luigi Ferrajoli.

Pues bien, a partir de lo que ya he matizado acerca de las catástrofes, cabe sostener que éstas, como las calamidades, también nos plantean asuntos de relevancia moral, política y jurídica. Me refiero, en primer lugar, a la necesidad de replantear un modelo civilizatorio que ha conducido al *Antropoceno*. Pero también creo que remiten a cuestiones más específicas, como la incidencia que tiene la desigualdad ante las catástrofes naturales de enorme magnitud. En efecto, esos desastres afectan de modo desigual según hablemos de países con alto grado de desarrollo (pienso en los sismos en Japón, en los huracanes y tornados en los EE. UU.), por contraste con lo que acaece con los monzones en buena parte del sureste asiático o con los terremotos en el Magreb o incluso en zonas deprimidas de Turquía). Pero en un mismo país la incidencia es muy diferente asimismo por razones de desigualdad socioeconómica, según hablemos de las clases acomodadas o de las clases más vulnerables.

Las catástrofes, hoy, nos plantean asimismo la relación entre la ciencia y las decisiones políticas que, como se ve en el caso de Oppenheimer, descrito como un Prometeo americano en una biografía en la que

se inspira a su vez una película reciente de Nolan¹⁰, tiene su cara y su cruz: el proyecto Manhattan no se entiende sino en el marco de otro proyecto puesto en marcha por el presidente Roosevelt, que inicialmente sí tenía que ver con la Defensa (el *National Research Defense Committee*, 1940) pero que devino en la creación de una agencia científica de asesoramiento al gobierno (*Office of Scientific Research and Development*, 1941), con fines mucho más amplios, relacionados con la salud y bienestar, como se lee en la carta que el mismo presidente dirigió a esa Agencia y que fue el origen del famoso informe *Science, the endless Frontier*, de 1944¹¹. Hay una relación estrecha entre ciencia, política y complejo militar-industrial, que, recordemos, Eisenhower, en el último discurso de su presidencia¹², denunció como el mayor riesgo para la democracia.

Finalmente, en este breve repaso de cuestiones de relevancia social y política, las catástrofes exigen hoy replantear la cuestión de la responsabilidad política, de la *accountability*. En la apertura de la COP 29, en Baku, el presidente del gobierno español advirtió: “el cambio climático, mata”, evocando expresamente la tragedia ocurrida en Valencia. En esa misma cumbre, la Unión por el Mediterráneo y la red de científicos ambientales y climáticos euromediterráneos, MedECC presentaron un detallado informe, “Cambio climático y ambiental en la cuenca mediterránea: situación actual y riesgos para el futuro. Primer informe de evaluación del Mediterráneo” (MAR1)¹³, que analiza el avance imparable del cambio climático en el Mediterráneo y sus consecuencias, si no se adoptan medidas: precisamente el informe contiene un “Resumen para los responsables de políticas”, en diferentes idiomas. Porque el problema es ese: la ausencia de voluntad política. El cambio climático, mata, en efecto. Pero mata, sobre todo, porque quienes han de poner en marcha las acciones que lo contrarresten, arrastran los pies y retrasan una y otra vez la adopción de las respuestas eficaces, debido a un rasgo del proceso de adopción de esas decisiones, el hecho de que tales medidas no producen un efecto de beneficio electoral inmediato.

¹⁰ Me refiero a *American Prometheus: The Triumph and Tragedy of J. Robert Oppenheimer*, de Kai Bird y Martin J. Sherwin, Atlantic, 2005 (hay versión en castellano, *Prometeo americano. Triunfo y tragedia de J. Robert Oppenheimer*, Debate), en la que se basó la película de Nolan, *Oppenheimer* (2023).

¹¹ Sobre ello me permito remitir a De Lucas, “Variaciones sobre un tópico weberiano. Acerca del lugar de la ciencia en la decisión política”, *Revista De Las Cortes Generales*, (111), pp. 75-96. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/111/1609>.

¹² Se trata de su discurso televisado, el 17 de enero de 1961: cfr https://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/01/110117_eeuu_eisenhower_discurso_armamento_wbm.

¹³ Puede consultarse en <https://www.medecc.org/medecc-reports/climate-and-environmental-change-in-the-mediterranean-basin-current-situation-and-risks-for-the-future-1st-mediterranean-assessment-report/>

Y también, a la presión que ejercen los lobbys de empresas multinacionales muy poderosas, en el ámbito de la energía o la alimentación, por ejemplo.

(II) Ciencia y política, ante las catástrofes

Quiero precisar que mi propósito no es sostener que los seres humanos estamos en disposición de dominar las catástrofes y acabar con ellas. Por supuesto que, más bien, parece que -siguiendo la advertencia de Rousseau en su carta a Voltaire- los seres humanos estamos contribuyendo a que se desencadenen catástrofes más intensas o incluso nuevas catástrofes que perturban las fuerzas de la naturaleza. A fin de cuentas, es a eso a lo que llamamos *Antropoceno*.

II.1. Redefinir el papel del hombre ante las catástrofes

Bajo el impacto del cambio climático, se intensifican los rasgos que permiten definir a las nuestras como “sociedades de riesgo”. Sabemos que hay fenómenos naturales catastróficos que es imposible eliminar, como lo que antes denominábamos *gota fría* y ahora *Dana*.

Pero no es menos cierto que hoy contamos con capacidad científica y tecnológica que nos permitirían otro tipo de respuesta. De un lado, nos permitirían atajar el rumbo de incremento del cambio climático, o, al menos, establecer medidas para prever cómo anticiparse y así reducir las consecuencias de esos desastres: el ejemplo es la riada que siguió a la Dana en la provincia de Valencia. Porque las catástrofes, como la de Valencia, no deben ser entendidas como producto inevitable y exclusivo del azar, sino más bien como un *fallo sistémico* (tal y como definió la Dana de Valencia el director del Instituto de Hidráulica Ambiental de la Universidad de Cantabria, Iñigo Losada¹⁴), que es también el resultado de la ausencia de políticas preventivas que tengan en cuenta los avisos de la ciencia, frente a un modelo de crecimiento y explotación ilimitada de los recursos naturales, aún decimonónico, que explota sin freno la naturaleza, espoleado por la lógica del beneficio. Y, por supuesto, se agravan en función de esa arrogancia insensata y de la ignorancia frente a los avisos de la ciencia, por parte de quienes han de gestionarlas y tomar decisiones que salven vidas y reduzcan daños.

¹⁴ Cfr. entrevista en El País, <https://elpais.com/economia/2024-11-10/obras-hidraulicas-resilientes-el-escudo-ante-la-tesis-del-clima-que-falto-en-valencia.html>.

Insisto: ya no podemos seguir sosteniendo esa concepción de la impotencia del hombre ante los fenómenos naturales. Los conocemos y sabemos bien las posibilidades de ser previsores, de acuerdo con el principio de prudencia y así, aunque no podamos evitar que se produzcan, anticipar la prevención para poder responder mejor a ellos. Pero el problema es que nos falta la voluntad política que tiene mucho que ver con una lógica (la del fundamentalismo neoliberal de mercado) que prima el beneficio de algunos frente a los derechos de los más, comenzando por los más vulnerables, aquellos que necesitan la protección del Derecho y del modelo del Estado social. Es una dolorosa paradoja: si bien, de un lado, ya no aceptamos que el hombre no puede intervenir para prevenir o minimizar los efectos de las fuerzas de la naturaleza, de otro lado, no actuamos en consecuencia. Y por eso, aunque ya no vale aquello de que no hay responsabilidad humana (moral, política e incluso jurídica), porque la hay, por arrogancia e ignorancia ante los avisos de la ciencia y por incompetencia en la gestión de las catástrofes, nuestro sistema jurídico y político, como apuntaré en el tercer apartado, complican considerablemente el ejercicio real de la exigencia de responsabilidades políticas y acrecientan entre la ciudadanía la impresión de impunidad de los responsables políticos que no han sabido gestionar el desastre. Eso es letal para el vínculo de confianza entre los ciudadanos y sus gobernantes.

Con esto -como he anticipado más arriba-, quiero plantear el interés de una cuestión conectada al debate sobre las catástrofes, que es la de la necesidad de revisar las relaciones entre ciencia, técnica y política, sobre todo ante las catástrofes y no sólo ante las calamidades.

Si aceptamos que vivimos en sociedades de riesgo global, en las que está más claro que nunca que, sin una presunción de fiabilidad, la vida en estas sociedades se desmoronaría, parece evidente la necesidad de obtener esas referencias fiables que nos proporcionan la ciencia y la tecnología, como es el caso de los sistemas expertos, tal y como expuso Anthony Giddens. Mediante ellos, que requieren un uso extensivo de la tecnología de las comunicaciones, hemos alcanzado la presunción de cierta eficiencia y capacidad de reducción de riesgos, que hemos incorporado a nuestra vida cotidiana a cambio de convertir nuestros datos personales en mercancía de ese nuevo y próspero mercado de los sistemas de comunicación tecnológica y la inteligencia artificial y de correr riesgos de fraudes. Como decía Giddens, se trata de “compromisos anónimos sobre los que se sostiene la fe en el manejo de un conocimiento del que una persona profana es en gran parte ignorante”. Cada vez que acudimos a un hospital, consultamos nuestras cuentas bancarias o hacemos gestiones con ellas, preparamos online un viaje, o, desde luego,

cada vez que los gestores públicos quieren prevenir o gestionar emergencias, acudimos a esos sistemas expertos, y aunque no conozcamos a quienes responden a nuestras gestiones o interrogantes, en hospitales, bancos o agencias de viajes, depositamos nuestra confianza en esos sistemas.

Dicho esto, conviene ya señalar dos matizaciones: aunque los avances de la ciencia aumentan nuestra certeza y capacidad de previsión, no disminuyen la incertidumbre, sobre todo porque, como advertieran ya filósofos de la ciencia como Freeman o Skolimowski, la clave del método científico es “llegar asintóticamente cada vez más cerca de la verdad”, lo que viene a coincidir con las tesis de Popper sobre el criterio de prueba y refutación, que hace descansar la verdad científica en la refutabilidad. Nada pues de dogmas que permitan decisiones exactas: “si bien podemos buscar la verdad o incluso podemos encontrarla... nunca podemos estar seguros de haberla encontrado”¹⁵. Es decir, como creo que ya apuntó correctamente Weber en su *El político y el científico*, aunque parece evidente que resulta de todo punto suicida que el político adopte decisiones políticas contra lo que nos indica el científico, no debemos olvidar que la ciencia, la comunidad científica, se caracteriza por una discusión abierta y en permanente corrección, que está muy lejos de esa versión popular de la ciencia como sistema de dogmas irrefutables y asentados de una vez para siempre, una creencia que nos gusta asumir, precisamente porque nos da el espejismo de una total seguridad. El otro matiz es que, como comentaré en el último apartado, por mucho que el político se deba apoyar en el científico, las decisiones últimas, de acuerdo con la legitimidad democrática, corresponde a aquellos que han sido elegidos por los ciudadanos como gobernantes y por eso éstos no pueden no deben escudarse en el científico para eludir su responsabilidad. Y en el fondo eso explica la tesis de Weber: “Sólo la persona que es capaz de decir <¡A pesar de todo!>, tiene el llamado para la profesión de la política”.

II.2 La ignorancia multiplica el efecto de las catástrofes

El problema, a efectos de las catástrofes, no es tanto el fallo de esos sistemas, sino -como señala Ernesto Garzón- la arrogancia insensata, la ignorancia injustificable y la incompetencia de quienes deben adoptar decisiones políticas basándose en los análisis de la ciencia y no lo hacen, por alguno de esos motivos. Y

¹⁵ Popper lo formuló con claridad en la *Addenda I* a su *Open Society and its Enemies*, publicada con el título “Facts, standards and Truth: A Further Criticism of Relativism”, pp.369-396.

es un problema porque no sólo contribuyen a la magnitud de la catástrofe, sino que fomentan muchas veces un populismo basado en la desconfianza ante la ciencia¹⁶.

Pues bien, creo que la gestión política de esta catástrofe se relaciona con la ignorancia que Garzón Valdés llama “presuntuosa”, pero también con la “ignorancia querida”.

El profesor Garzón Valdés se inspira en Jonathan Glover para definir los dos requisitos que concurrirían en la primera¹⁷: que sea fácilmente superable y, al mismo tiempo, que esa superación tenga efectos desagradables. Me parece evidente que, en el caso del que hablamos, era muy fácil superar la ignorancia de los gestores políticos, acudiendo a los avisos de la ciencia, mucho antes, inmediatamente antes y durante el desencadenamiento de la Dana. Y no hace falta hablar de los efectos desagradables: es evidente que esos mismos responsables han tratado de negar tener conocimiento de esos avisos o incluso restarles importancia hasta el límite del negacionismo.

Para ilustrar lo que llama “ignorancia querida”, que entiende como una forma de autoengaño, se apoya en Strawson¹⁸: en nuestra vida cotidiana, al adoptar continuamente decisiones, preferimos “no saber” algunas cosas, o fingir que no están a nuestro alcance (lo que estaría paradójicamente cerca de la ignorancia presuntuosa): ese tipo de ignorancia “nos envuelve en una niebla protectora de la que no podemos prescindir mientras seamos como somos, es decir, seres vulnerables a las reacciones de los demás y a la verdad desnuda que no pocas veces nos ofende”. Ni qué decir tiene que, en una vida política como la nuestra, convertida en demasiada medida en espectáculo, esa niebla protectora puede parecerle al responsable político un escudo benéfico, pero lo cierto es que se trata de la evidencia de la incompetencia.

Lo que quiero señalar es que, con frecuencia, las catástrofes son desencadenadas por fenómenos naturales, pero no estrictamente causadas sólo por ellos. Desde luego, creo que es el caso de esa Dana que ha destrozado las vidas de una buena parte de casi un millón de ciudadanos que viven en esas comarcas próximas a la capital, salvada gracias a lo que se llamó el “Plan Sur”, una obra de envergadura

¹⁶ Sobre esa ideología populista advierte Richard Seymour en su *Disaster Nationalism. The Downfall of the Liberal Civilisation*, Verso Books, 2024.

¹⁷ Cfr. art citado en la nota 3, p.133.

¹⁸ Ibid., p. 144.

que se emprendió tras la gran riada de 1957 en la ciudad y que llevó a cabo el reencauzamiento del río Turia. No era mucho esperar que el sistema de emergencias valenciano y español (con piezas fiables científicamente, como la Agencia Estatal de Meteorología, AEMET), con el conocimiento y los medios informáticos y de comunicación que permiten monitorizar en tiempo real los episodios meteorológicos, y con el marco normativo jurídico que los toma como referencia, pudiera responder en términos de prevención y de reducción de las consecuencias de esta nueva y tremenda riada. Pero es evidente que se producen y se han producido en este caso disonancias importantes entre las aportaciones de la ciencia y la tecnología de un lado, y las decisiones políticas, de otro¹⁹.

Tenemos un grado suficiente de conocimiento científico sobre las amenazas que comporta el cambio climático. Baste pensar en los informes científicos que explican su evolución y que están transformando en alto grado las condiciones ambientales²⁰. Por ejemplo, en Europa, con dos puntos particularmente sensibles: el cambio de las corrientes del Atlántico Norte y la transformación del Mediterráneo en zona cero²¹, y muy concretamente, la existencia de mapas de zona inundables, de “manchas de inundación” sobre el mapa de territorios habitados, en las que se ha construido sin cesar y sin tomar prevenciones, desechando los estudios como el informe de la OCDE de 2018, sobre infraestructuras resilientes al clima, o iniciativas mixtas de I+D, como el proyecto *Adaptare*, emprendido en 2022 por Ferrovial y el Instituto de Hidráulica Ambiental de la Universidad de Cantabria, que trata de identificar y evaluar los riesgos a corto, medio y largo plazo, para prevenir y adaptar infraestructuras que puedan resistir a los riesgos del cambio climático, en vertiginosa evolución.

¹⁹ Aun teniendo esos datos en la mano, la verdad es que ni la administración autonómica ni el gobierno central emprendieron acciones de prevención suficientes a lo largo de los últimos diez años, por las que, por ejemplo, se preguntaba al Ministerio de Transición Ecológica en una pregunta parlamentaria de 28 de julio de 2018, poniendo de manifiesto los riesgos que padecían poblaciones como Torrent, Picanya, Massanassa, Catarroja y Paiporta.

²⁰ En 1988, las Naciones Unidas y la Organización Meteorológica Mundial fundaron el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, IPCC, para proporcionar actualizaciones periódicas sobre la evidencia científica sobre el calentamiento global. El informe *United in Science*, de septiembre de 2019, de la Organización Meteorológica Mundial, reunió los detalles sobre el estado actual del clima y presentó tendencias en las emisiones y concentraciones atmosféricas de los principales gases de efecto invernadero. En la investigación los científicos destacan la urgencia de una transformación socioeconómica fundamental en sectores clave como el uso de la tierra y la energía para evitar un aumento peligroso de la temperatura global con impactos potencialmente irreversibles. También examinan herramientas para apoyar tanto la mitigación como la adaptación. (Se puede descargar en este enlace: <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462482>). Puede consultarse el muy didáctico ensayo de E. Ortega, J.A.Saénz de Santamaría y S. Uhlig, *Cambios climáticos*, Mcgraw Hill, 2024

²¹ Sobre ello, por ejemplo, <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2024-11-09/stefan-rahmstorf-climatologo-el-colapso-de-la-corriente-oceanica-atlantica-provocaria-un-clima-extremo-sin-precedentes-en-europa.html>.

La cartografía permite establecer con precisión los mapas de zonas de riesgo, de zonas inundables. Ya en 2003 se estableció un *Plan de Acción Territorial sobre prevención de riesgo de inundación en la Comunidad Valenciana*: Patricova, que se revisó diez años después y cuya filosofía se incorporó en 2014 a la nueva ley de ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana que textualmente señala: “Se ubicarán espacios libres de edificación junto al dominio público hidráulico, a lo largo de toda su extensión y en las zonas con elevada peligrosidad por inundaciones”. En el mismo 2013, se creó el *Sistema nacional de Cartografía de zonas inundables*, resultado de una directiva europea de 2007 sobre prevención de inundaciones²².

Pero, lamentablemente, estos análisis no se incorporaron para introducir modificaciones legislativas, por ejemplo, en la ley del suelo, ni en las ordenanzas municipales sobre construcción, que se aceleró en los últimos años, no sólo en la costa del Mediterráneo, sino también en esas comarcas que han sufrido el desastre. Ni las autoridades autonómicas ni las del gobierno central ejecutaron con diligencia las actuaciones que se venían exigiendo desde esas instancias científicas.

II.3. La decisión, en democracia, es siempre política

En todo caso, importa señalar algo que, a mi juicio, no siempre se tiene en cuenta cuando se critica la falta de relevancia del papel de los científicos y técnicos en las decisiones que adoptan los responsables políticos. Me refiero a un riesgo que tiene larga tradición (baste pensar en las diferentes versiones de la tecnocracia), el de pretender que las decisiones políticas sean sustituidas por decisiones de expertos. Ya me he referido más arriba al criterio de Weber sobre la diferencia entre el político y el científico a la hora de la toma de decisiones. El científico puede y debe empeñarse en una búsqueda asintótica, permanente, de la verdad y mantener sus proposiciones en el ámbito de una certeza provisional. El político debe actuar; ciertamente, con la ayuda de los medios que los científicos, los expertos, le proporcionan, pero muchas veces -y es el caso de las catástrofes- no puede esperar a tener la certeza, y desde luego, no la certeza absoluta. Ahora bien, en los dos momentos de decisión política que marcan su responsabilidad en la gestión de las catástrofes, la prevención y la respuesta, está claro que la medida en que adopte decisiones conformes con los avisos de la ciencia a la hora de prevenir, marca su responsabilidad. Creo

²² La web del Ministerio para la transición ecológica y reto demográfico alberga el Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables (SNCZI): <https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/gestion-de-los-riesgos-de-inundacion/snczi.html>.

que esto, en el caso de la catástrofe de Valencia, señala la responsabilidad de todos los gobiernos (el central y los autonómicos) que no ejecutaron, por ejemplo, medidas reclamadas durante años por los Ayuntamientos afectados (encauzamiento y limpieza de barrancos, por mencionar una de ellas), al menos desde 2011.

Pero es particularmente importante que en el segundo momento, el de la gestión de las consecuencias de la catástrofe, delimitemos el marco de actuación que corresponde al político, lo que tiene relevancia desde el punto de vista de la exigencia de responsabilidad. Sobre todo, porque si bien resulta necesario también aquí acudir al criterio de los expertos, existe el riesgo de incurrir en una demonización de la política: los políticos no sirven y lo que necesitamos es técnicos “neutrales”, ajenos al juego de la política, se dice frecuentemente. Un ejemplo de ello lo encontramos en la polémica que siguió a la decisión del president del Consell de la Generalitat de nombrar a un militar retirado al frente de las tareas de reconstrucción en Valencia y a las primeras y desafortunadas declaraciones del militar en cuestión²³. Con esa decisión, además de que puede ser interpretada como la interposición de un escudo técnico a la hora de establecer la responsabilidad política en la gestión de la reconstrucción, se corre el riesgo de sugerir que ante catástrofes de ese tipo la gestión *política* es inadecuada y así contribuir a que los ciudadanos que pueden haber perdido su confianza en los responsables políticos, afiancen esa estigmatización de la política democrática.

²³ Se trata del prestigioso teniente general retirado Gan Pampols, a quien el presidente Mazón nombró Vicepresidente del Consell, para la Recuperación Económica y Social de la Comunitat Valenciana, con la competencia de “la coordinación de todas las acciones que sean competencia del Consell vinculadas a la recuperación económica y social de la Comunitat Valenciana como consecuencia de la dana de octubre y noviembre de 2024; asimismo, coordinará las relaciones con el Estado y con cualquier otra administración en todo aquello que tenga vinculación con la actividad de recuperación económica y social tras la dana de 2024” (artículo 4 del Decreto 32/2024, de 21 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat, por el que se determinan el número y la denominación de las consellerías y sus atribuciones). Gan Pampols, un militar de inequívoca obediencia democrática y acreditada experiencia en misiones logísticas, realizó en diferentes entrevistas (cfr. por ejemplo la concedida en la televisión autonómica, A Punt: https://www.apuntmedia.es/noticias/politica/video-gan-pampols-crec-m-veure-un-soldat-posa-disposicio-ajudar-un_1_1745607.html?utm_source=elDiario.es&utm_campaign=ecd06ef7a1-EMAIL_CAMPAIGN_2024_11_20_11_25&utm_medium=email&utm_term=0_-ecd06ef7a1-56371625&mc_cid=ecd06ef7a1&mc_eid=431e753198) unas declaraciones en las que quiso subrayar su carácter técnico y para ello afirmó reiteradamente que “los técnicos no pueden estar influenciados por directrices políticas”, y que no aceptaría “ni injerencias ni sugerencias de carácter político”, aunque reconoció que era su obligación someterse al control parlamentario. Ello planteó dudas acerca de si era consciente de que, al convertirse en vicepresidente de un gobierno presidido por el President Mazón, forma parte de un órgano colegiado que adopta sus decisiones conforme a Derecho, y que su función en todo caso es coordinar, que no dirigir. Se ha de someter, pues, a las directrices políticas que adopte el gobierno del que forma parte.

Dicho de otra manera. Si bien es preciso reconocer que resulta suicida que *el político* adopte decisiones políticas contra lo que nos indica *el científico*, no debemos olvidar lo que ya señalé, siguiendo a Weber, pero también el criterio de la filosofía de la ciencia, sobre las relaciones entre el político y el científico y su distinto papel a la hora de la responsabilidad de las decisiones políticas. Es decir: no es sólo que los dirigentes políticos no deban presentar sus decisiones como consecuencia *necesaria* de dictámenes científicos. Es que no pueden hacerlo.

Esto comporta, como ya he señalado en otras ocasiones, que el político, aun siendo consciente de sus limitaciones, de la dosis de incertidumbre ineliminable a la hora de prever el curso de las acciones que ha de dirigir, ha de ser capaz de tomar esas decisiones y de persuadir a los ciudadanos de que vale la pena intentarlo. Y comporta además otra exigencia que me parece capital y que ya formuló con mucha precisión Kant en el apéndice II de *La paz perpetua*, como proposición trascendental del Derecho público: “son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres, cuyos principios no soportan ser publicados”. Kant sostiene que el político republicano (hoy diríamos democrático) está obligado a adoptar sus decisiones y comunicarlas a sus ciudadanos sin engaño, sin recurrir a lo que Paltón concibió como *noble mentira*, y sobre la que discutieron en 1778 un puñado de ilustrados a raíz de una convocatoria de la Real Academia de Ciencias de Berlín, cuyo tema decidió el rey Federico II, a instancias de Voltaire: *¿conviene engañar al pueblo por su propio bien?*²⁴

La comunicación de las decisiones políticas debería asumir la exigencia de venir presidida por este principio: decir la verdad a los ciudadanos. Lo que incluye reconocer las limitaciones, el grado de incertidumbre en el que nos movemos. Y eso supone también que el político democrático debe respetar a los ciudadanos como titulares del poder que él administra, es decir, debe atenerse al cumplimiento de lo establecido en las reglas de juego institucionales y en los principios que basan la acción política, que son, ante todo, la garantía y desarrollo de los derechos humanos.

²⁴ Sobre ello remito a la edición del concurso de la Academia prusiana que preparé y traduje para el Centro de Estudios Constitucionales en 1991: *¿Es conveniente engañar al pueblo? (Política y filosofía en la Ilustración: el concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

(III) El establecimiento de responsabilidades por las catástrofes

Para terminar, quiero referirme sucintamente a la cuestión del establecimiento de responsabilidades en relación con las catástrofes.

Por supuesto, es evidente la diferencia entre la responsabilidad moral, la política y la jurídica. Voy a centrarme en estas dos, en la medida en que ambas resultan exigibles institucionalmente, mientras que la primera, que es absolutamente fundamental, resulta deseable, pero no es exigible de forma eficaz.

III.1 Sobre la responsabilidad jurídica ante las catástrofes.

Respecto a la responsabilidad jurídica, es evidente ante todo que se pueden y se deben ejercer acciones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, para obtener el resarcimiento por los daños y perjuicios de carácter no personal. Probablemente se ejercerán también acciones en la jurisdicción laboral, por incumplimiento de lo establecido en la ley de prevención de riesgos laborales, en particular en los artículos 20 y 21 sobre situaciones de emergencia. En el momento en que escribo estas páginas, se sabe ya que se han presentado en vía penal tres denuncias y dos querellas contra el presidente Mazón (y una contra la consellera Pradas) ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²⁵. Diferentes juzgados de instrucción han rechazado denuncias contra la delegada del gobierno, la Confederación Hidrográfica del Júcar, la AEMET y el Departamento de Emergencias de la Generalitat, interpuestas por Manos Limpias y Hazte Oír.

Por lo que se refiere a la exigencia de responsabilidades penales, como ha expuesto el profesor Quintero²⁶, conviene ser muy prudentes cuando se habla de presentar acusaciones o denuncias por delitos de homicidio imprudente y omisión del deber de socorro, o incluso de prevaricación omisiva. Aunque a primera vista pueda parecer razonable el argumento de conexión entre las (malas) decisiones e incluso la ausencia de decisiones por parte de responsables políticos de toda laya (salvo, seguramente, los

²⁵ La primera de ellas fue interpuesta por Iustitia Europa ante la sala de lo penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV). Por su parte, el sindicato CGT interpuso denuncia ante la fiscalía provincial de Valencia contra el president Mazón por un delito contra la seguridad de los trabajadores. La asociación Liberum interpuso recurso contra la delegada del Gobierno, pero la sala se inhibió ante el Tribunal Supremo. Un abogado presentó asimismo recurso ante la misma sala contra el president Mazón y la Agencia Valenciana de Seguridad y Respuesta ante las Emergencias (AVSRE), por inacción.

²⁶ “La imputación de la catástrofe y los límites del Derecho penal”, *Almacén de Derecho*, noviembre 2024, <https://almacenederecho.org/la-imputacion-de-la-catastrofe-y-los-limites-del-derecho-penal>.

alcaldes y concejales de los pueblos afectados) y una parte importante de los fallecimientos que causó la riada, ese vínculo de imputación penal, como argumenta el mismo profesor, tiene una difícil fundamentación jurídico penal en nuestro ordenamiento. El profesor Quintero, en ese artículo, explica que, para hablar de homicidio imprudente, se requiere poder establecer una imputación objetiva que, a su vez supone necesariamente identificar una conducta contraria a un mandato jurídico, y añade: “en las situaciones en las que, como sucedió en la que motiva estas líneas, se acumulan procesos causales y decisorios que pueden no estar ni siquiera concatenados...es precisamente cuando es fundamental fijar el momento en que se infringió una norma de cuidado concretamente destinada a evitar los resultados que se podían producir. Esas normas de cuidado nacen tanto de leyes y reglamentos de prevención de riesgos como de la experiencia cultural sobre la posible materialización de esos riesgos. A la obligación de respetar esas normas se une el deber personal de cuidado, que se mide en función de las especiales condiciones del sujeto y su capacidad de previsión y de control de los riesgos posibles”. Además, y esto es capital, “Es consubstancial al delito imprudente el que el resultado se pueda prever, con independencia de que el sujeto concreto lo haya previsto o no. Esa previsibilidad se ha de poder apreciar objetivamente y ex ante de la realización de la acción u omisión”. Por eso, concluye, “el resultado (las muertes) ha de derivarse de la acción del autor o autores. Ciertamente que no se trata de una derivación físico-causal, sino normativa, y eso exige poder establecer una relación que llamaremos de “imputación”, entre actuaciones de los autores, infractoras de concretas normas de cuidado, desbordando el marco del riesgo aceptado y siendo posible prever el resultado de muerte”.

Como decía, este tipo de responsabilidad es bien distinta de la responsabilidad moral (ligada a la identificación del mal moral) y de la política. Me referiré ahora a esta última.

III.3. La responsabilidad política ante las catástrofes

La exigencia de responsabilidad política, la *accountability*, es consustancial a la democracia. Inicialmente, en las democracias se intentó acotar la puesta en práctica de esa exigencia de rendición de cuentas a mecanismos parlamentarios de depuración de responsabilidades (comisiones de investigación, mociones de reprobación) o, en todo caso, a la capacidad que tienen el titular de la soberanía, esto es, los ciudadanos, de modificar su voto en las elecciones cuando se ha acreditado tal (ir)responsabilidad. Poco a poco se ha generalizado también la praxis de que, sin esperar al siguiente momento electoral, una vez acreditada la responsabilidad política, ésta ha de asumirse por el gobierno correspondiente o por el partido

que lo sostiene en forma de dimisiones o ceses de quienes se identifiquen como titulares de esa responsabilidad, lo que suele obligar a escalar sucesivamente en la jerarquía política, en la que se intenta que algunos cargos de menor rango actúen como fusibles de los responsables últimos. Y por supuesto siempre existe la posibilidad de ejercer mociones de censura o confianza cuando el establecimiento de responsabilidades políticas está suficientemente acreditado. Sólo en algunos sistemas electorales se prevén mecanismos intermedios de censura, o procesos deconstituyentes.

La ausencia de mecanismos eficaces de rendición de cuentas políticas ignora la advertencia que señalara el cardenal de Retz en sus *Mémoires (1765)*: “quand ceux qui commandent ont perdu la honte...ceux qui obéissent perdent le respect; *et c'est dans ce même moment où l'on revient de la léthargie, mais par des convulsions*», lo que podría traducirse libremente así: “Cuando los que mandan pierden la vergüenza, los que obedecen pierden el respeto, y despiertan de su letargo, pero de forma violenta”²⁷.

Cuando se produce una quiebra tan palmaria y masiva de la confianza de los ciudadanos en sus gobernantes, como la que resulta evidente en el caso que comento a propósito de la quiebra de confianza de una parte muy importante de los valencianos en las autoridades autonómicas (sin que ello excluya que haya también una quiebra de la confianza en las del gobierno central, aunque no se haya expresado de forma tan masiva y constante, ni tampoco signifique minusvalorar la rabia expresada indiscriminadamente contra todas las autoridades en Paiporta, ante la visita oficial de los reyes, el presidente del gobierno y el de la Generalitat), se destruye lo que llamamos “legitimidad de ejercicio”, que es muy distinta de la legitimidad de origen: nadie niega la legitimidad democrática, de origen, de las autoridades de la Generalitat. Esa pérdida de legitimidad en el ejercicio de la tarea de gobierno deriva, no ya de que no hubiera protocolos de actuación, sino de hechos que muestran que se actuó rematadamente mal: en primer lugar, por la inexplicada ausencia del President de la Generalitat durante varias horas de la tarde del 29, cuando se tenía constancia de que el agua anegaba ya varias poblaciones; además, por la ineficiencia de la cadena de mando de la Generalitat, reunida en el Centro de Coordinación preventiva de la emergencia (CECOPI) y, también, a mi juicio, porque el gobierno central no debió escudarse en el problema técnico de la competencia según el grado de emergencia y debería haber respondido de inmediato, aunque es necesario reconocer que la pronta respuesta de la Unidad Militar de

²⁷ Aunque frecuentemente atribuido a Lichtenberg, el aforismo se encuentra en las *Mémoires* de Jean-François-Paul de Gondi, Cardinal de Retz, tomo 1 p.66.

Emergencias (UME) en Utiel, fue un factor muy relevante en la reducción de daños personales. En todo caso, a mi juicio, la pérdida masiva de confianza en el President de la Generalitat y su Consell, expresada por decenas de miles de valencianos que llenaron las calles de Valencia el 10 de noviembre de 2024, obliga a asumir la responsabilidad política y de una forma muy concreta: dimisión (o cese) y, en un tiempo prudente, una vez consolidado suficientemente el proceso de reconstrucción, convocatoria de nuevas elecciones para que los ciudadanos certifiquen a quién otorgan su confianza.

Es importante subrayar, en todo caso, que el efecto de indignación ante actos en los que se hace evidente la responsabilidad política por falta de previsión o por incompetencia en la gestión de catástrofes tiene un riesgo evidente, el de la manipulación de la rabia y la frustración, que conduce a lo que Canetti, en su famoso ensayo de 1960²⁸, denominara “masa de acoso”. La indignación, el sentimiento de lo injusto, como sabemos, es un motor poderoso de la lucha por el Derecho, cuyos antecedentes se remontan a la antigüedad clásica, como demuestra la *Antígona* de Sófocles. Lo explicó muy bien Jhering en su imprescindible ensayo *La lucha por el Derecho* y también ahondó en las razones, las buenas razones políticas para la indignación, Stephen Hessel en un panfleto de enorme éxito²⁹, que precedió a los movimientos populares como *Occupy Wall Street*, o a los del 15M en España, de los que surgió *Podemos*. Pero el mismo Jhering explicó la *patología de la indignación*, acudiendo al famoso relato de von Kleist, *Michael Kohlhaas*, como una variante perversa de esa lucha por el Derecho que, desde la evidente afrenta de lo injusto acaba convirtiéndose en un ejercicio desbocado de tomar la justicia por la propia mano.

En momentos de catástrofes, con la conmoción que provocan y las emociones de frustración y rabia, que acompañan a la necesidad de encontrar responsables, cuando no culpables, no podemos ignorar el riesgo que afronta la democracia liberal: convertirse en una democracia de sentimientos y pasiones³⁰, en la que la apelación a las emociones o la sustitución de las razones por los slogans simplistas y las *fake news*, los bulos, que caracterizan en buena medida hoy a las poderosas redes sociales, a su vez manipuladas sin límite, acaben arruinando los elementos básicos de la democracia.

²⁸ Me refiero, claro está, a *Masse und Macht*. Hay versión en castellano, *Masa y poder*, Muchnik, 1977.

²⁹ *Indignez vous!* (2010). Hay versión castellana (*Indignaos!*), con prólogo de J.L. Sampedro, Destino, 2010.

³⁰ Cfr. por ejemplo, P. Rosanvallon, *La contrademocracia. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006; M.Arias Maldonado, *La democracia sentimental: política y emociones en el siglo XXI*, Página Indómita, 2016.

Una parte de ese riesgo se ha manifestado en forma de polémica acerca del fracaso del Estado y del slogan “sólo el pueblo salva al pueblo”, que llama una vez más a la desconfianza de “la política” y la demonización de “los políticos”, estigmatizados como una casta corrupta, alejada de los intereses y necesidades del “pueblo”. Los más avisados esperan poder aplicar la pauta descrita por Naomi Klein en su ensayo *La doctrina del shock*, sobre la propuesta difundida por ideólogos como Friedman y sus adláteres: acontecimientos como éste son una oportunidad para hacer negocio, mediante la privatización de lo público, porque tras la demonización de “la política”, de “lo público”, surge su devaluación y así sale beneficioso privatizar enormes sectores que se adquieren por derribo y son sustituidos por pujantes empresas que explotan en definitiva ese viejo motor: el miedo., junto al *horror vacui*. Miedo a la incertidumbre, al desamparo. Miedo al vacío que deja el Estado, previamente desmantelado.

Con independencia de la encomiable labor espontánea de los miles de voluntarios llegados de todas partes y en gran medida jóvenes -que han desmontado así el estereotipo de una “generación de cristal”, apática y ajena a los intereses generales-, lo cierto es que ha habido una indiscutible deficiencia e incompetencia en los primeros días después del desastre, por parte de no pocos de los responsables políticos concernidos en las diferentes administraciones (sobre todo la autonómica y también la administración general del Estado y el propio Gobierno central. Pero, como escribía el profesor Juan Romero³¹, sonroja tener que recordar que, por ejemplo, los Ayuntamientos son tan Estado como el gobierno autonómico, el central y la administración general del Estado. Y ese Estado respondió desde el principio: no sólo los alcaldes y Ayuntamientos, no sólo los directamente afectados -que trabajaron incansablemente desde el primer momento- sino también los que de inmediato pusieron todos sus medios a disposición. Como también es Estado y actuó eficazmente la Agencia Estatal de Meteorología. Estado son la Universidades públicas, como la de Valencia que, con sus prudentes decisiones de suspender desde el mismo día 29 de octubre por la mañana toda actividad docente y enviar a sus trabajadores a casa, salvaron sin duda muchas vidas, en contraste con la propia administración autonómica -salvo la Diputación de Valencia- y con la mayoría de las empresas, que no aplicaron lo que dispone la ley de prevención de riesgos laborales.

Más penoso es tener que subrayar obviedades como que, sin lo que llamamos Estado, y en concreto, sin un modelo como el del Estado social, serían muy difíciles buena parte de los avances en ciencia ni investigación (por ejemplo, los que no están al servicio de intereses empresariales, que son legítimos en

³¹ Cfr. https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/donde-estaba-el-estado_129_11785212.html.

principio, claro), no habría agencias de investigación como el CSIC, ni entidades científicas como AEMET, ni habría salud pública, ni educación pública, ni sistema de pensiones, ni seguridad social. No habría defensa (no habría Ejército), ni seguridad (cuerpos nacionales de policía o Guardia Civil, algo muy distinto de los servicios de seguridad que se pueden pagar los ricos). Es decir: sí, el pueblo salva al pueblo, pero sobre todo lo hace a través de sus instrumentos institucionales y gracias a los impuestos.

Por ejemplo, se trata de revisar la adecuación del marco normativo, comenzando por la Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC)³² y, con ello, la ejecución de los sistemas de prevención y alerta. Han de revisarse asimismo a fondo los protocolos de colaboración institucional entre los agentes del Estado, las diferentes administraciones, aunque probablemente en este caso no fallaron tanto esos protocolos como algunas de las personas que debían ejecutarlos coordinadamente.

Eso pone de manifiesto, como ha advertido, entre otros, la profesora Carmona³³, que el desastre ocurrido el 29 de octubre de 2024 nos deja ante la evidencia de serias disfunciones en la configuración del Estado autonómico, por no decir, en su lejanía de un modelo federal que merezca ese nombre, comenzando por los principios de lealtad institucional y cooperación entre las diferentes administraciones. Como escribe, se trata de revisar los mecanismos que garanticen “un sistema de poder compartido, basado en la corresponsabilidad, la cooperación y la confianza recíprocas entre el centro y la periferia. Un sistema que, en definitivas cuentas, debería anteponer el interés general al mero tacticismo partidista”.

Y, en particular, si queremos emprender una respuesta eficaz ante unas catástrofes que, desgraciadamente, se van a repetir según todas las previsiones de quienes analizan la evolución del cambio climático, hemos de tratar de corregir, en lo posible, las aberraciones urbanísticas que hemos cometido, contra las enseñanzas básicas de la ciencia (geógrafos, geólogos, climatólogos, por ejemplo). Porque otra relevante y elemental lección que nos recuerda de nuevo esta catástrofe de octubre de 2024, es la necesidad de que la acción de los poderes públicos y de las instituciones y agentes privados tenga en cuenta la guía que ofrecen la educación, la investigación y la ciencia.

Por consiguiente, la solución no puede consistir en reducir el Estado a su mínima expresión, sino en estudiar cómo corregir, a fondo si es preciso, cuestiones tan concretas como importantes en relación con

³² El texto puede consultarse en <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/09/17/con>.

³³ <https://elpais.com/opinion/2024-11-17/deficiencias-federales-en-la-gestion-de-la-dana.html>

la respuesta de los poderes públicos (en coordinación, sí, con los agentes privados) al cambio climático y con sus consecuencias: Se trata de revisar el marco normativo y la ejecución de los sistemas de prevención y alerta y, más aún, los protocolos de colaboración institucional entre los agentes del Estado, las diferentes administraciones. Corregir en lo posible las aberraciones urbanísticas que hemos cometido, contra las enseñanzas básicas de la ciencia (geógrafos, geólogos, climatólogos, por ejemplo). Porque la acción de los poderes públicos y de las instituciones y agentes privados debe tener en cuenta la guía que ofrecen la educación, la investigación y la ciencia.

La autodeterminación de género: ¿debemos reconocer tal derecho?

Gender self-determination: should we recognize such a right?

Gonzalo Fernández Codina
Universitat de Barcelona
ORCID: 0000-0003-1342-477X

Fecha de recepción 13/06/2024 | De aceptación: 19/11/2024 | De publicación: 23/12/2024

RESUMEN

En España se ha reconocido la libre autodeterminación de género con la promulgación de la Ley 4/2023, de 28 de febrero. El objetivo de este texto es analizar qué razones han motivado esta normativa y cuán fundadas están. ¿Debemos reconocer la libre autodeterminación de género? Concluimos que no, pero por motivos ajenos a los habitualmente aducidos. Para llegar a tal conclusión repasamos la evolución legal y jurisprudencial del asunto (sección 1), y analizamos los principales argumentos ofrecidos a favor (sección 2) y en contra (sección 3) de esta posibilidad. Finalmente sugerimos que la mejor opción sería incluir la mención relativa al sexo en su concepción tradicional y permitir que quien así lo desee también pueda incluir su género o identidad de género.

PALABRAS CLAVE

Sexo; Género; Autonomía de la voluntad; Intimidad; Identidad; Feminismo.

ABSTRACT

In Spain, free gender self-determination has been recognized with the promulgation of Law 4/2023, of February 28. The objective of this text is to analyse what reasons have motivated this regulation and how well founded they are. Should we recognize gender self-determination? We conclude negatively, but for reasons other than those usually cited. To reach this conclusion, we review the legal and jurisprudential evolution of the matter (section 1), and analyse the main arguments offered in favour (section 2) and against (section 3) of this possibility. Finally, we suggest that the best option would be to include the mention of sex in its traditional conception and allow those who wish to also include their gender or gender identity.

KEY WORDS

Sex; Gender; Autonomy of the will; Privacy; Identity; Feminism.

Sumario. 1. La libre determinación de género en el Derecho español. 1.1. Antecedentes históricos. 1.2. La LAG en la Ley Trans. 1.3. Los Principios de Yogyakarta. 1.4. La Jurisprudencia del TEDH sobre la LAG. 2. Argumentos a favor de la LAG. 2.1. Argumento del libre desarrollo de la personalidad. 2.2. Argumento del sexo verdadero. 2.3. Argumento de la ficción útil. 2.4. Argumento de la intimidad. 2.5. Argumento de la legitimación. 2.6. Argumento de la posesión de estado. 3. Argumentos en contra de la LAG. 3.1. Argumento abolicionista. 3.2. Argumento del fraude. 3.3 Argumentos consecuencialistas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. La libre determinación de género en el Derecho español

Por ‘libre autodeterminación de género’ (en adelante ‘LAG’) entendemos la posibilidad jurídica de modificar la mención del propio sexo en los registros y documentos públicos sin que para ello concurran requisitos sustantivos y bastando una declaración de voluntad. En España se ha reconocido esta con la promulgación de la Ley 4/2023 (en adelante ‘Ley Trans’). El objetivo de este texto es analizar qué razones han motivado esta normativa y cuán fundadas están. ¿Debemos reconocer la libre determinación de género? Concluimos que no, pero por motivos ajenos a los habitualmente aducidos. Para llegar a tal conclusión repasamos la evolución legal y jurisprudencial del asunto en el Derecho español (sección 1), y analizamos los principales argumentos ofrecidos a favor (sección 2) y en contra (sección 3) de esta posibilidad. Finalmente sugerimos que la mejor opción sería adoptar un punto intermedio entre la situación actual y la previa a la Ley Trans que reúna los beneficios de esta, pero sin sus inconvenientes: incluir la mención relativa al sexo en su concepción tradicional y permitir que quien así lo desee también pueda incluir su género o identidad de género en el Registro Civil, en el DNI y en resto de documentos oficiales.

1.1. Antecedentes históricos

La posibilidad jurídica de modificar la mención relativa al sexo en el Registro fue inicialmente amparada por la olvidada STS de 2 de julio de 1987. El Tribunal afirmó que tras la operación de cambio de sexo el varón no pasaba a ser hembra realmente, pero que esa *ficción* debía reconocerse jurídicamente:

“Será una ficción de hembra si se quiere; pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias [...] sólo aceptando una ficción se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse [...] Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión

de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propias de este sexo (FJ.3)”.

La redacción de este párrafo no es demasiado buena pues se afirma inicialmente que el varón operado *no* pasa a ser hembra, para unas palabras más adelante afirmar que, tras la operación, ha *dejado* de ser varón. No obstante, la cuestión parece aclararse al final del FJ.3 donde el TS parece que argumenta que debe reconocerse el cambio porque *a todos los efectos o en lo que al Registro interesa*, sí ha tenido lugar, por lo que debe dejarse constancia legal del mismo:

“Evidentemente no pueden entrar en juego los artículos relativos al error en la inscripción; pero también hay que convenir en que la inscripción no se corresponde con la realidad [...] porque en el supuesto que se estudia y enjuicia el transexual operado es morfológicamente una hembra, caracteriológicamente es femenina y se comporta social e individualmente como una mujer (FJ.3)”.

Nótese, pues, que aunque se ha empezado con un argumento -i.e., es *útil* o *conveniente* reconocer esta *ficción*-, se ha acabado con otro argumento -i.e., a todos los efectos el transexual *si* es del sexo que afirma ser. Volveremos sobre ello más adelante. En lo que ahora interesa, baste apuntar que la sentencia matizaba bastante los efectos de esta inscripción, limitándola al campo de lo simbólico y al cambio de nombre:

“...habida cuenta los principios que rigen nuestro sistema registral civil, sería la que el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra; pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto (FJ.2)”.

El reconocimiento pleno de la posibilidad de cambio legal no tuvo lugar hasta décadas más tarde con la promulgación de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Según su exposición de motivos se buscaba “garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas”. No obstante, a diferencia de la actual normativa, condicionaba este cambio a la existencia de un diagnóstico de disforia de género, la ausencia de trastornos de personalidad y dos años de tratamiento médico de “acomodación” de las características físicas (art.4). Era una normativa anclada en lo que hoy suele denominarse “paradigma médico” o “patologizante” pues exigía que la transexualidad estuviera “adecuadamente diagnosticada” (e.g., García, 2016:340).

Poco años antes de la promulgación de la Ley Trans, el art.1.1 de la Ley 3/2007 fue examinado en la STC 99/2019. Se concluyó que debía modificarse a fin de que también pudieran instar el cambio los menores de edad con “la suficiente madurez” y en “situación estable de transexualidad”. El TC aprovechó la ocasión para pronunciarse sobre la razón de ser de esta posibilidad indicando que servía a dos fines muy importantes: el respeto por el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto por la intimidad familiar (vid. FJ.4).

La primera normativa española que adoptará plenamente los Principios de Yogyakarta (2006) -que a continuación analizaremos- y que siguiendo sus postulados adoptó la LAG fue el conjunto de leyes autonómicas promulgadas a partir de 2014 en gran parte del país. Son todas muy parecidas entre sí y avanzan los problemas de indefinición de los que adolece la Ley Trans. En cuanto a las medidas que adoptan destacan, además de la LAG dentro del restringido ámbito de competencia autonómica, todo un conjunto de prestaciones médicas, ayudas sociales y subvenciones, medidas en el ámbito educativo y contra la discriminación social y laboral, publicitarias y de visibilización, creación de unidades de identidad de género y en general de fomento de la integración de las personas trans en toda clase de ámbitos. Todas estas normativas autonómicas suelen cerrarse con un apartado de sanciones administrativas.

1.2. La LAG en la Ley Trans

A grandes rasgos, esta es también la situación de la Ley Trans que, más que innovar, consagra a nivel estatal las ideas y medidas que hasta entonces reconocían algunas CCAA. Como consecuencia, la Ley 3/2007 quedó derogada. La cuestión de la LAG se encuentra regulada en el Capítulo I *-Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y adecuación documental* (arts. 43 a 51)-, dentro del Título II *-Medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans*.

En cuanto a la legitimación se distinguen tres procesos en función de la edad del interesado (art.43): sin requisitos a partir de los 16, con asistencia del representante entre los 14 y los 16, y con autorización judicial para menores de 14 pero mayores de 12. Como con cualquier categorización de este tipo, no son pocos lo que la han puesto en duda (e.g., Álvarez, 2022; Reyes, 2023): ¿tienen los implicados la madurez suficiente para tomar esas decisiones? No obstante, son tramos razonablemente coherentes con otra

normativa (Ramos, 2024; Hidalgo, 2023:285; Herrero, 2024:127-129): 16 años es la mayoría de edad sanitaria, la edad de consentimiento sexual, matrimonial, laboral y de emancipación. Adicionalmente, y más importante, la STC 99/2019 ya dejó claro que la ley debía amparar que los menores “con suficiente madurez” pudieran cambiar su sexo registral.

El proceso para llevar a cabo la LAG es sencillo: basta con presentar la solicitud en cuestión en el Registro (art. 44.1). Y, muy importante, el ejercicio “en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole (Art.44.3)”. La razón de ser más repetida en favor de este precepto es “despatologizar” la condición trans, pues lo contrario se opondría al consenso científico al respecto reflejado -se dice- en la postura de la OMS (e.g., Reyes, 2023). Cabe preguntarse si serían aceptables *otros* requisitos como pudiera ser un informe que acreditase la estabilidad y lucidez de ese deseo (CGPJ, 2022: §120; Consejo de Estado, 2022; Herrero, 2024:139-140).

En cuanto a los efectos de la inscripción el -muy confuso- art.46 establece que tendrá efectos constitutivos desde su inscripción en el registro (art.46.1) y permitirá ejercer todos los derechos inherentes a la nueva condición (art.46.2). Como consecuencia lógica, tal modificación no alterará el régimen jurídico que fuera aplicable con anterioridad a la misma (art.46.3). Asimismo, los documentos oficiales de identificación del interesado deberán modificarse en consecuencia (art.49.1) y podrá solicitarse la reexpedición de cualquier documento oficial para adecuarlo al nuevo sexo (art.49.2). El artículo se cierra con una enigmática referencia a la conservación de los “derechos inherentes” que deriven “del sexo registral en el momento del nacimiento” (art.46.5).

1.3. Los Principios de Yogyakarta

¿Qué explica este cambio? Aunque el Preámbulo no los mencione en ningún momento, la fuente de inspiración principal de la Ley Trans son los *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*¹. Con este nombre se denomina al documento realizado en 2006 por 16 expertos en derechos

¹ Se encuentran disponibles en: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

humanos en la ciudad indonesia de Yogyakarta. No forman parte de ningún tratado vinculante para España, pero aún así han resultado muy influyentes en el mundo occidental. Por ejemplo, el Consejo de Estado (2022) los ha descrito como un “instrumento de *soft law*”.

Dicho esto, lo cierto es que tampoco haría falta que fueran jurídicamente vinculantes ya que apenas ninguno de los 29 principios incluidos sería hoy controvertidos en una democracia occidental. Casi la totalidad de esos 29 principios vienen ya recogidos -explícita o implícitamente- como derechos fundamentales en sus respectivas constituciones y/o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La principal excepción a esta regla es el tercer principio, el relacionado con el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”. Dice así:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica [...] La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos [...] como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición [...] podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”

Y, en su virtud, se conmina a los Estados a positivizar la LAG:

“Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí [...] todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona [...] reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí [...] Asegurarán que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas”.

En este punto tan inicial del análisis ya podemos advertir la incoherencia que tiene lugar aquí y que vicia de raíz todo el asunto: ¿de qué modo el derecho de toda persona a determinar libremente su *identidad de género* -una categoría- debe tener alguna trascendencia en las menciones que sobre el *sexo* o el *género* -otra categoría- se haga en los documentos y registros estatales? En efecto, si en determinados ámbitos las leyes o políticas requieren la identificación o desagregación por *sexo*, ¿qué importancia puede tener la *identidad de género* de cada cual? Si acaso el derecho de cada persona a la identidad de género que

ella defina para sí fundaría el derecho a que la identidad de género *también* conste registralmente, mas no que *sustituya* otras categorías. Volveremos sobre ello.

La pregunta inmediata que estas recomendaciones conllevan es: ¿qué se entiende exactamente por sexo, género e identidad de género? La distinción conceptual sexo/género tal y como ha sido planteada tradicionalmente por el feminismo conlleva que, por un lado, tenemos dos grupos o packs de atributos biológicos que casi siempre vienen de la mano en las distintas personas -determinados cromosomas, determinada anatomía y determinada fisiología- al que denominamos sexo masculino y sexo femenino, machos y hembras, como sucede con todos los mamíferos. Y, por otro, dos conjuntos de normas sociales, roles o mandatos -determinada forma de comportarse, de pensar, de vestir etc.- que cada comunidad impone o prescribe con más o menos intensidad a sus miembros en función del sexo al que pertenezcan. Bajo esta visión, a los machos de la especie humana la sociedad les impondría el *género* masculino -es decir, la obligación de comportarse de determinada manera: agresiva, estoica, racional, etc.-, y a las hembras de la especie humana el *género* femenino -es decir, la obligación de comportarse de manera pasiva, emotiva, cariñosa etc. Bajo esta visión, tanto el sexo como el género son realidades objetivas, pero mientras que el sexo es una realidad puramente natural -y, por tanto, apenas mutable-, el género es una construcción cultural -y, por tanto, cambiante. Desde esta perspectiva, la reivindicación central del feminismo una vez alcanzada la igualdad jurídica sería “eliminar el género”, es decir, que socialmente dejase de esperarse de los machos humanos que se comporten de manera masculina, y de las hembras que se comportaran de manera femenina.

¿Es esta la comprensión del asunto que se adopta en los Principios? No está nada claro. En el apartado de las definiciones no se explicita en qué sentido se emplean los términos ‘sexo’ y ‘género’ sino que directamente se pasa a hablar de la ‘identidad de género’ y se introduce el concepto ‘expresión de género’. Al efecto leemos:

“...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento de nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

No está claro qué se está diciendo exactamente. Parece encajar una -llamémosla- interpretación *aditiva* en la que se conservan los conceptos comunes de sexo y género tal y como se habían entendido tradicionalmente, pero se *añaden* dos nuevos conceptos: la identidad de género, que sería cómo se posiciona uno subjetivamente sobre el propio sexo y/o género; y la expresión de género, que sería la comunicación a terceros de ese posicionamiento subjetivo. Bajo esta interpretación, podría distinguirse entre personas transexuales y personas transgénero: las primeras sentirían rechazo hacia su sexo -la tradicional disforia de género- y como consecuencia de ello desearían modificar su cuerpo; y las segunda sentirían rechazo hacia su género y desearían comportarse de acuerdo con el contrario².

Sin embargo, diversos términos dificultan esta interpretación. De una parte, hablar de “sexo asignado al nacer” sugiere que por ‘sexo’ se entiende algo distinto a su significado habitual pues en su sentido habitual el sexo no se asigna, sino que se descubre o constata. Es decir, el empleo de esta expresión sugiere que los Principios se adhieren a la idea comúnmente asociada a Butler (1999) según la cual el sexo también sería una caprichosa construcción cultural. Y de otra, no se entiende de qué modo la identidad de género puede incluir las *expresiones* de género. ¿Cómo puede ser una vivencia *interna* su manifestación *externa*?

En gran parte estas dudas se clarificaron algunos años más tarde con la publicación de la *Guía del activista para usar los Principios de Yogyakarta* (2010)³ y de los *Principios de Yogyakarta más 10*⁴. A grandes rasgos se adoptó la interpretación aditiva. En la *Guía* se define a los trans como personas que no se sienten cómodas con el rol de género que se espera de ellas dado su sexo biológico:

“...cuya expresión de género y/o identidad de género difiere de las expectativas convencionales basadas en el sexo físico que les fue asignado al nacer. Trans es un término político inclusivo que se usa para describir una amplia gama de identidades, experiencias y personas cuya apariencia parece estar en conflicto con las normas binarias de género de la sociedad [...] Las personas trans pueden elegir alterar o no sus cuerpos (p.24)”.

² No obstante, tal y como ha sido común destacar, si trans es quien no se siente a gusto ni adopta las formas, vestimentas, expresiones etc., tenidas por propias de su sexo, ¿qué diferencia habría entre una mujer sumamente masculina o una *butch*, y una mujer trans? Si un niño juega con muñecas, se viste de rosa, detesta los deportes etc., ¿deja de ser un niño? ¿No puede haber niños que, simplemente, juegan con muñecas, se visten de rosa y detestan los deportes?

³ Disponible en: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/10/Guia_del_activista_nov_14_2010.pdf

⁴ Disponibles en: <https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2022/02/021522-Principios-de-Yogyakarta-mas-10.pdf>

Así las cosas, la crítica anterior aún se recrudece más: si lo trans es una opinión o concepción sobre uno mismo -i.e., si me siento cómodo con el hecho de llevar maquillaje por el hecho de tener vagina- ¿por qué es importante que sea reconocido jurídicamente? Es más, ¿qué país occidental no reconoce ya el derecho a albergar estas opiniones y de actuar en consecuencia, es decir, a subvertir las “expectativas basadas en el sexo físico -i.e., ser una mujer que actúa y se presenta en sociedad de modo masculino, y ser un hombre que se actúa y se presenta en sociedad de modo femenino? Por supuesto, en muchos casos sucede que las personas que albergan y manifiestan esas opiniones son socialmente estigmatizadas⁵. Pero ello no significa que esa opción vital no esté jurídicamente protegida. Implica, si acaso, que deben adoptarse medidas para que ese derecho sea efectivamente respetado, tal y como ya hace con acierto la Ley Trans en muchos puntos de su articulado.

Unas páginas más adelante se ahonda en el significado del principio tercero de los *Principios* (2006) y se afirma que:

“Este Principio enumera algunas condiciones y situaciones que las personas transgénero enfrentan en la lucha por el reconocimiento legal de su cambio de identidad de género. Además de tener que someterse a una serie de procedimientos médicos, las personas también se ven obstaculizadas en base a su estado civil y su condición de padre/madre. En la vasta mayoría de los países donde está reconocido y legalmente permitido, el cambio de género está sujeto a: la cirugía de reasignación de género, la esterilización y el tratamiento hormonal (p.48)”.

Como puede verse, se incurre nuevamente en el error categorial antes destacado: no es cierto que determinadas personas tengan problemas legales para que se les reconozca su identidad de género -tal y como se ha definido este concepto- pues *nadie* -ni los cis ni los trans- ve tal cosa jurídicamente reconocida. Lo que se reconoce a todos por igual y desde su nacimiento -es decir, antes de que puedan desarrollar ninguna opinión, experiencia o vivencia al respecto- es determinada biología. Y, si acaso, es la sociedad la que esperará que tal persona se comporte de un determinado modo y la estigmatizará cuando no lo haga. Con todo lo injusto que esto pueda ser, no es un problema relacionado con los datos consignados en el Registro Civil y los documentos oficiales -sin perjuicio de que pueda ser un problema para abordar desde el Derecho.

⁵ Véase al efecto los datos que recoge la FELGTBI+ sobre los muchos problemas que afectan de manera desproporcionada a las personas trans. (https://felgtbi.org/wp-content/uploads/2022/10/Argumentario-Ley-Trans-y-LGTBI_FELGTBI.pdf).

En los *Principios+10* no se es tan transparente como en la *Guía*, pero se sigue la misma línea, confirmando la interpretación aditiva. En primer lugar, el preámbulo de estos se reconoce implícitamente que la inclusión de la *manifestación* de género en la *identidad* de género fue un error de redacción de los Principios de 2006:

“... la “expresión de género” como la forma en que cada persona presenta su género a través de su apariencia física [...] y la gestualidad, el habla, el comportamiento, los nombres y las referencias personales, y recordando además que la expresión de género puede o no coincidir con la identidad de género de la persona [...] la “expresión de género” está incluida en la definición de la identidad de género en los Principios de Yogyakarta y, por lo tanto, todas las referencias a la identidad de género deben ser entendidas como inclusivas de la expresión de género como motivo de protección”.

Los Principios de 2017 siguen sin definir qué deba entenderse por ‘sexo’, pero lo que se dice en relación con las ‘características sexuales’ da a entender que, efectivamente, se adopta el sentido tradicional del término ‘sexo’. Es decir, que la categoría de sexo no se elimina ni resignifica, sino que se renombra; ese conjunto de atributos biológicos que siempre se había denominado ‘sexo’, ahora pasa a denominarse ‘características sexuales’:

“...las “características sexuales” como los rasgos físicos de cada persona en relación con su sexo, incluyendo sus órganos genitales y otra anatomía sexual y reproductiva, los cromosomas, las hormonas, y los rasgos físicos secundarios que se manifiestan en la pubertad”⁶.

Como decíamos, esta es *la* referencia filosófica principal de la normativa española, tanto autonómica, como la más reciente Ley Trans. No se dice en ningún momento, pero salta a la vista. Si acudimos al artículo 3 de la Ley Trans comprobaremos que tampoco se define ni el sexo ni el género, y que solamente se nos habla de la ‘identidad sexual’, de ‘expresión de género’, a la vez que se mantienen los conceptos ‘sexo asignado al nacer’ y ‘características sexuales’:

- “i) Identidad sexual: Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer.
- j) Expresión de género: Manifestación que cada persona hace de su identidad sexual.

⁶ No obstante, sobre las características sexuales se matiza enigmáticamente que pueden ser “reales, percibidas y atribuidas, según sea el caso”.

k) Persona trans: Persona cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer.”

Como resultado de seguir los Principios de Yogyakarta, en la Ley Trans también se incurre en el mismo error categorial: si aquello que es una vivencia interna autodefine es la *identidad sexual*, ¿por qué debería uno poder autodefinir también esa otra cosa que es el *sexo*? En efecto, si en el artículo 4 de la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro civil se indicara que son inscribibles el nacimiento, la filiación, el nombre, el matrimonio, la nacionalidad... y la *identidad sexual*, entonces tendría sentido aclarar o establecer en otra norma que esta se autodefine libremente. Pero es que en el artículo 4 se nos habla del *sexo*. Luego, ¿qué importa en este momento y a estos efectos que la identidad sexual sea autodefinible?

Pese a lo anterior, la influencia de esta filosofía se ha hecho notar también en el ámbito de las Naciones Unidas porque desde 2011 vienen publicándose informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en que se toma a los Principios de Yogyakarta como referencia y se insta a los Estados a adoptar la LAG⁷. También en el ámbito de la Unión Europea se han emitido recomendaciones en el mismo sentido⁸. A nivel jurídico los Principios (2006 y 2017) son *la* referencia.

1.4. La Jurisprudencia del TEDH sobre la LAG

Finalmente, para explicar el surgimiento de la Ley Trans debemos referirnos a la evolución jurisprudencial sobre la LAG en el TEDH. Durante décadas el TEDH mantuvo que el Convenio de Roma *no* incluía el derecho de las personas trans al cambio de sexo. En 2002, sin embargo, mudó su criterio y desde entonces ha sostenido pacíficamente que tal posibilidad viene exigida por el derecho a la vida privada protegido en el artículo 8.

La primera vez que el TEDH tuvo que posicionarse sobre la autodeterminación de género fue en el caso *Rees c. Reino Unido* de 17 de octubre de 1986. En esa ocasión concluyó que debía respetarse el margen de apreciación de cada Estado sobre esta materia y que la imposibilidad de alterar el certificado de nacimiento no suponía una violación del art.8 CEDH, es decir, del derecho a la vida privada. En la década siguiente se presentarían demandas muy similares -*Cossey c. Reino Unido* de 27 de septiembre de 1990;

⁷ Véanse entre otros los informes A/HRC/19/41, A/HRC/29/23, A/HRC/44/53.

⁸ Véase la Resolución 2048 (2015) sobre discriminación contra las personas transgénero en Europa y la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013-2014).

X, Y y Z c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997; Sheffield c. Reino Unido de 30 de julio de 1998- sin que hubiera cambios destacables en la doctrina original. No obstante, no todas fueron sentencias por unanimidad y en algunos votos discrepantes se avanzó la posición que adoptaría la Corte décadas más tarde. En el caso Cossey el magistrado Martens argumentó que:

“Human dignity and human freedom imply that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality. A transsexual does use those very fundamental rights. He is prepared to shape himself and his fate. In doing so he goes through long, dangerous and painful medical treatment to have his sexual organs, as far as is humanly feasible, adapted to the sex he is convinced he belongs to (§2.7)”

Y en el caso Sheffield el magistrado Van Dijk sostuvo que:

“...everyone’s right to live one’s life as one chooses without interference, and everyone’s right to act and be treated according to the identity that corresponds best to one’s innermost feelings, provided that by doing so one does not interfere with public interests or the interests of others (§3)”.

“What is at stake here is the fundamental right to self-determination: if a person feels that he belongs to a sex other than the one originally registered and has undergone treatment to obtain the features of that other sex to the extent medically possible, he is entitled to legal recognition of the sex that in his conviction best responds to his identity (§5)”.

Ante esta tesis la tentación es ponerse a reflexionar sobre cuándo tendrá lugar ese conflicto con intereses ajenos así cómo deberá llevarse a cabo la necesaria ponderación. Nuestras dudas, en cambio, son de otro orden: ¿de verdad el respeto por la privacidad ajena exige -no solo no interferir- sino, además, *tratar* a alguien tal y como se percibe mientras ello no hagan ningún daño a terceros? Sin duda es extraño que un derecho eminentemente negativo como es el de la privacidad *exija* de los demás, no sólo restricciones, sino obligaciones positivas. Y, en todo caso, ¿no debe esta obligación de *trato* modularse o condicionarse por lo que *es* objetivamente cierto? ¿Por qué debería uno tratar a un tercero como X si no es realmente X, por mucho que así se sienta este tercero? En suma, no se ve de qué modo el derecho a vivir como a cada cual le parezca mejor conlleva el deber de que los demás le *mientan*. Que se trata de una ficción, por cierto, lo asume implícitamente el propio Van Dijk pues no afirma que tras la operación se “obtain the other sex”, sino que se “obtain *the features* of that other sex *to the extent* medically possible”.

Por supuesto, nada de esto obsta a que el magistrado Van Dijk pueda llevar razón y que esté implícito en el Convenio el deber de reconocer legal y socialmente el sexo sentido. Pero la razón de ello difícilmente será la privacidad. Necesariamente deberemos invocar algo así como el deber de ser sensibles a las necesidades ajenas y no causar un perjuicio psicológico cuando no haya ninguna necesidad -en fin, no ser cruel. De hecho, así lo expuso de manera bastante explícita el magistrado Martens:

"If a transsexual is to achieve any degree of well-being, two conditions must be fulfilled: 1. by means of hormone treatment and gender reassignment surgery his (outward) physical sex must be brought into harmony with his psychological sex; 2. the new sexual identity which he has thus acquired must be recognised not only socially but also legally (§2.2).

"...In doing so he goes through long, dangerous and painful medical treatment to have his sexual organs, as far as is humanly feasible, adapted to the sex he is convinced he belongs to. After these ordeals, as a post-operative transsexual, he turns to the law and asks it to recognise the fait accompli he has created (§2.7)".

Ahora bien, un enfoque tal conlleva una condescendencia que, como es natural, nadie querría aceptar: el mensaje de fondo en este caso sería que al transexual se le satisface su solicitud pero no porque esa sea una realidad efectiva -por lo que propiamente no cabría hablar de discriminación-, sino como tributo a sus esfuerzos -nótese el término ‘ordalía’ (*ordeals*)-, y para así evitarle ulteriores padecimientos.

Pasaron los años, las legislaciones nacionales y el clima de opinión fue cambiando y, con ello, el TEDH también cambió de postura. Amparándose en la importancia de interpretar de modo evolutivo el Convenio a fin de no dejarlo caduco (§74), en el caso *Goodwin c. Reino Unido* (2002), la Corte afirmó que el respeto por la vida privada sí exige el reconocimiento legal del sexo sentido:

"...serious interference with private life can arise where the state of domestic law conflicts with an important aspect of personal identity [...] The stress and alienation arising from a discordance between the position in society assumed by a post-operative transsexual and the status imposed by law which refuses to recognise the change of gender cannot, in the Court's view, be regarded as a minor inconvenience arising from a formality (§77)".

Aún y la gran relevancia práctica de este fallo, a nivel técnico dejó mucho que desear: ¿cuál es exactamente la *ratio decidendi*? ¿Debe la ley adecuarse a la identidad personal? ¿Debe la ley adecuarse a la “realidad social” o “realidad social asumida”? ¿Se trata -como decía Martens- de evitar sufrimiento? Y, en todo caso, ¿por qué restringirlo a los transexuales operados? La Corte volvería a reiterar esta misma

doctrina -pero sin aclarar demasiado la cuestión- en varios casos más a lo largo de esa década (e.g., Van Kück c. Alemania, de 12 de junio de 2003; Grant c. el Reino Unido, de 23 de mayo de 2006; Schlumpf c. Suiza, de 8 de enero de 2009). Por tanto, aún y las dudas anteriores, la nueva doctrina quedaba sólidamente asentada. Eso sí, en todo momento se adoptaba una visión “patologizante” o “medicalizadora” de la transexualidad -pues era vista como un trastorno-, así como “biologicista” -en que el sexo era una cuestión binaria, objetiva y más bien inmutable pues la cirugía y la hormonación no consigue alterarlo realmente (e.g., Hansen, 2022:147).

Sin embargo, no tardaría demasiado en matizarse esto último: en el caso AP, Garçon y Nicot c. Francia de 6 de abril de 2017 -y poco después en los asuntos X e Y c. Rumanía de 19 de junio de 2021 y A.D y otros c. Georgia de 1 de diciembre de 2022- el Tribunal se hizo eco de las recomendaciones de la ONU -i.e., los Principios ya mencionados- y afirmó que no podía constituir un requisito para aceptar el cambio legal de sexo que el solicitante se sometiera a cirugía de esterilización o tratamiento (§131-132). La razón que el TEDH adujo es que una persona puede ser trans y estar conforme con su cuerpo, sin por ello desear su modificación mediante cirugía u hormonación (§126). Como consecuencia, aunque de modo sólo implícito, el reconocimiento de la identidad sexual dejaba de ser el derecho a que el Estado diera fe de la posesión de un cuerpo aparentemente masculino o aparentemente femenino. Ahora era el derecho a que se atestiguara una realidad interior no necesariamente conectada con el cuerpo:

“Medical treatment cannot be considered to be the subject of genuine consent when the fact of not submitting to it deprives the person concerned of the full exercise of his or her right to gender identity and personal development, which, as previously stated, is a fundamental aspect of the right to respect for private life (§130)”.

Finalmente, el último caso reseñable en esta jurisprudencia se encuentra en Y c. Francia de 31 de junio de 2023: una persona intersexual demandaba a Francia por no permitirle incluir en su certificado de nacimiento la categoría “neutro” o “intersexual” e imponerle la de “hombre”. Por lo dicho hasta ahora parece que la solución coherente sería condenar a Francia por violar la privacidad del demandante, pero la Corte no se atrevió a mantener su propia doctrina. Los argumentos que adujo la Corte para dejar la cuestión dentro del margen de apreciación es el hecho de que la gran mayoría de Estados contratantes no incluyen esa tercera opción (§77 y §91) así como los intereses públicos en juego. Se trata de una argumentación de dudosa coherencia con lo dicho anteriormente, pero no ahondaremos en ello.

2. Argumentos a favor de la LAG

2.1. Argumento del libre desarrollo de la personalidad:

Como hemos podido ver, la libertad individual y el pleno desarrollo de la personalidad es el argumento principal en favor de la LAG usado por los tribunales. También es muy común a nivel doctrinal (e.g., Salazar, 2015:81 y 2021:87; Merino, 2018:335; Martínez, 2022:227; Herrero, 2024:120). Según la formulación más habitual, como la identidad de género es un elemento central de la personalidad de cada cual, se infiere que su pleno reconocimiento es necesario so pena de violentar la dignidad de la persona.

La réplica ya ha sido avanzada al hablar del error categorial en que incurren los Principios de Yogyakarta: sí, por supuesto, la *identidad de género* puede ser fundamental para determinadas personas, pero ¿qué importancia tiene cuando de lo que se trata es de modificar el *sexo*? No solo eso, ¿acaso se reivindica el reconocimiento legal de todos aquellos atributos personales que sean muy importantes para las personas? Sin ir más lejos, ¿por qué no se reivindica también el reconocimiento legal de la orientación sexual? No cabe duda de que cualquier persona ha de poder definirse como desee pero ello no obliga a la comunidad a que reconozca o acepte esa definición y le otorgue los efectos jurídicos propios de *otra* categoría.

Todo este error deriva de no aclarar bien los términos centrales del debate o, peor aún, de usar los términos ‘sexo’ y ‘género’ como intercambiables cuando de los mismos se han ofrecido explícitamente definiciones distintas. Como consecuencia, suele afirmarse que:

“Uno de los criterios de clasificación legal tradicionalmente más extendido en el mundo, el de sexo/género, -varón/mujer, masculino/femenino- suele definirse en el momento del nacimiento con base en un examen físico del sujeto y ha contribuido a determinar el estatus de derechos y obligaciones en ordenamientos jurídicos tradicionalmente sexuados. [...] el derecho de familia (quién puede casarse o formar una pareja de hecho y con quién), la gestión de los espacios públicos diferenciados por sexo (como los baños públicos o los establecimientos carcelarios), la prestación de algunos servicios (como los médico-sanitarios); la participación en determinadas actividades (como las competiciones deportivas); la identificación de las personas de acuerdo con rasgos individuales como los que aparecen en los registros civiles [...] son todos ejemplos de cómo una categorización inequívoca y estable de cada persona con base en el sistema sexo/género sigue, a fecha de hoy, constituyendo una herramienta común de gobernanza (Rubio y Osella, 2020:47-48)”.

Pero esto es falso: *ningún* ordenamiento clasifica en función del *género*, solo en función del *sexo*, y de ahí que se determine al momento del nacimiento y tras un examen físico. De lo contrario no sería necesario promulgar ninguna ley trans. Ningún registro, documento o negocio jurídico se basa en que la naturaleza masculina o femenina del afectado. Todo se basa, si acaso, en su biología, es decir, en su sexo. De nuevo, otra cosa bien distinta es que la *sociedad* espere o trate a los varones de modo *masculino* y a las mujeres de modo *femenino*, y que ese sea un hecho que el Derecho deba remediar. Pero esta función antidiscriminación tan relevante no debe llevarnos a confundir la existencia de una discriminación social o en la sociedad con la existencia de una discriminación legal o en el ordenamiento.

2.2. Argumento del sexo verdadero

Dicho esto, supongamos que lo ahora afirmado fuera erróneo. Ya sea porque asumiéramos que el propio ordenamiento confundiera los conceptos de sexo y género -o cualesquiera otros emparentados-, o porque, como también es común argumentar, el mismo concepto de sexo no fuera puramente biológico sino “performativo y discursivo” (e.g., Butler, 1999), o “psicosocial” (e.g., Ballesté, 2017:43). ‘Mujer’ pues *no* sería sinónimo de “hembra adulta de la especie humana” y de ahí que pudiera hablarse sin contradicción de mujeres con pene. Es decir, supongamos que hubiéramos descubierto que cuando en el Registro aparece el término ‘sexo’, el ordenamiento jurídico le está solicitando al registrador que indique una característica de la persona que tiene ante sí que *no* es una realidad puramente física -como la edad, sino de tipo social -como el estado civil.

Cierta o no, esta propuesta también padece serios problemas de alcance: la conclusión que más coherentemente se deriva de un planteamiento tal *no* es el reconocimiento de la LAG sino la eliminación de la mención relativa al sexo en el Registro y demás documentos oficiales. El Estado estará legitimado a tener determinada información sobre nosotros -y, por tanto, vernos como algo más que meros ciudadanos- cuando esté legitimado a tratarnos de un modo u otro *en función* de si la posesión de determinado atributo justifique un trato distinto (de Lora, 2022:49-50). Por ejemplo, como el Estado está legitimado a tratar distinto a un recién nacido y a un anciano, está legitimado en conocer nuestra edad. Pues bien, ¿para qué fin legítimo necesita el Estado conocer nuestra identidad sexual o de género? ¿Cuál es ese ámbito o situación en que el Estado sólo podrá actuar justamente si antes conoce nuestra identidad

sexual o de género? No sabemos de ninguna que se haya dado en la literatura especializada⁹. Es más, en la medida en que estamos identificando la identidad sexual o de género con un conjunto de creencias sobre uno mismo, obligar a revelar esa información al Estado parecería contradecir el art.16.2 CE según el cual “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

Curiosamente, esta es, más o menos, la recomendación que encontramos en la STC belga 99/2019 de 18 de junio. Analizando la normativa belga sobre autodeterminación de género llegó a la conclusión que la misma era inconstitucional por discriminar por omisión a las personas no-binarias pues sólo permitía que uno se inscribiera como hombre o como mujer:

"...il n'est pas raisonnablement justifié que, contrairement aux personnes dont l'identité de genre est binaire, les personnes dont l'identité de genre est non binaire soient tenues d'accepter dans leur acte de naissance un enregistrement qui ne correspond pas à leur identité de genre. Par conséquent, en limitant à un choix binaire la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance, la loi attaquée présente une lacune, laquelle viole le principe d'égalité, lu en combinaison avec le droit à l'autodétermination (FJ.B.6.6)".

Y, ante ello, le sugiere al legislador diversas posibilidades para remediar esta laguna discriminatoria. O bien incluir diversas posibilidades identitarias más allá de la dicotomía hombre/mujer, o bien eliminar la mención relativa al sexo (vid. FJ.B.7.3). Sin embargo, es evidente que la primera de estas sugerencias es de muy corto recorrido pues por muchas que sean las posibilidades que recoja la ley belga, es imposible que capture *todos* los casos, que son potencialmente infinitos. Por tanto, la única opción coherente y no discriminatoria será el -denominado- “abolicionismo”: que el Estado no nos pregunte por nuestra identidad sexual o de género, tal y como ya han sugerido diversos autores (e.g., Hidalgo, 2023; Herrero, 2024).

Ahora bien, aun cuando hubiéramos acordado que, en virtud de todo lo anterior, el sexo en su nueva comprensión no debe aparecer, sigue siendo cierto que el sexo en su vieja comprensión sí debe ser conocido por el Estado. Es decir, parece indudable que, en algunos ámbitos, es jurídicamente relevante la posesión de unas u otras “características sexuales”, según la terminología de los Principios de Yogyakarta y la Ley Trans. ¿Qué haremos entonces? ¿Reintroducir la categoría ‘sexo’ pero con un nuevo

⁹ Quizás la excepción a esta regla la constituirían las políticas de discriminación positiva. Ahora bien, en tal caso revelar esa información debería ser una opción, no una obligación.

nombre, ‘categorías sexuales’? A nuestro parecer, la Ley Trans y la filosofía que la inspira contiene el germen de su destrucción: primero resignifica el sentido del término ‘sexo’, ese nuevo significado nos impulsa a su eliminación del ámbito jurídico, y esa eliminación nos obliga a rescatar bajo otros ropajes las viejas categorías que en un inicio consideramos anticuadas y erróneas.

2.3. Argumento de la ficción útil

Como veíamos, en la STS de 2 de julio de 1987 el TS argumentó que, tras determinada operación, se generaba una ficción que el Derecho debía reconocer. En favor de ello aducía premisas razonables como que (i) el Derecho ya reconoce tantas otras ficciones y que (ii) en ocasiones estas ficciones son necesarias para “para legitimar determinadas consecuencias en orden a [...] la justicia o utilidad social”. No obstante, también hemos apuntado que dejaba sin responder la pregunta que estas dos premisas sugieren y sin cuya respuesta el argumento queda incompleto: ¿qué justicia o utilidad social *requiere* el reconocimiento de esta ficción? Se han ofrecido diversas respuestas emparentadas entre sí. La más socorrida apela a razones médicas y se suele expresar bajo eslóganes del tipo “reconocer la transexualidad salva vidas”¹⁰. El propio TC se hace eco de esta idea cuando afirma que “Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas” (STC 99/2019, FJ.4). Es suma, que debemos amparar esta ficción porque alivia los graves padecimientos que aquejan a muchas personas trans.

Si estas predicciones fueran ciertas -lo desconocemos¹¹-, constituirían un poderoso argumento en favor de la LAG, qué duda cabe. No obstante, no por ello deja de generar dudas importantes. De una parte, es bastante cuestionable que el ordenamiento deba contar mentiras, por piadosas que sean. No cabe duda de que vivir sin ser lo que uno desea y/o sin que los demás lo acepten es una gran losa. Pero de ahí no se

¹⁰ Véase por ejemplo el manifiesto conjunto de la Fundación Triángulo y la FELGTB+ a favor de la autodeterminación de las personas trans: <https://felgtbi.org/blog/2020/06/16/fundacion-triangulo-felgtb-lanzan-un-manifiesto-en-favor-de-la-autodeterminacion-de-las-personas-trans/>

¹¹ Cabe cuestionar si el malestar que padecen muchas personas trans se debe a la propia condición trans, a la falta de reconocimiento legal y/o a la disconformidad con el propio cuerpo o, más bien, si es la existencia de los roles de género lo que genera todo el problema e, incluso, el deseo de alterar el propio cuerpo (Coll-Planas, y Missé, 2010:45).

sigue que sea función del Derecho aliviar esa carga¹². Y, de otra, no parece que esta sea ni la única ni la mejor vía para conseguir este loable fin. Como expondremos más adelante entendemos que cabe un punto intermedio entre la situación actual y la previa a la Ley Trans que reúna los beneficios de esta, pero sin sus inconvenientes: incluir la mención relativa al sexo en su concepción tradicional y permitir que quien así lo desee también pueda incluir su género o identidad de género.

Es más, cabría argumentar que este enfoque no es respetuoso con la dignidad de las personas trans ya que las trata de manera paternalista y condescendiente pues les otorga lo que muchas solicitan, pero solo para que no estén tristes -por decirlo de modo especialmente áspero. De hecho, también cabe poner en duda la utilidad de este enfoque puesto que lo que presumiblemente tiene capacidad para aliviar padecimientos es el reconocimiento genuino de aquello solicitado, mas no el establecimiento de una piadosa ficción. En efecto, uno de los eslóganes más habituales dentro del movimiento trans es que “las mujeres trans, son mujeres/los hombres trans, son hombres” siendo su negación catalogada muchas veces de discurso de odio transfobo¹³. Es decir, se reivindica que la sociedad se dé cuenta, atestigüe y reconozca públicamente como un *hecho* -y no como una benevolente ficción- que son hombres y mujeres por igual las personas cis y las personas trans.

2.4. Argumento de la intimidad

Una alternativa que no enfrentaría estas dificultades la ofreció el TC en la ya mencionada STC 99/2019 donde sostuvo que la modificación debía ser posible a fin de salvaguardar la intimidad de las personas trans. Vale la pena una cita extensa:

“... la norma impugnada incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE) del menor transexual, pues «le expone –dice el auto– al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc.». [...] excluir al menor transexual de la opción de instar la rectificación [...] condiciona todas y cada una de las acciones en que la persona tiene que identificarse [...] El Tribunal, aplicando la doctrina reseñada, aprecia que la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un

¹² Piénsese en el caso de Emile Ratelband, un hombre holandés que a los 69 inició un periplo legal para que el Estado le reconociera que tenía 49 años ya que esa era la edad que él sentía tener. (<https://www.larazon.es/sociedad/un-holandés-de-69-años-acude-a-la-justicia-para-quitarse-veinte-años-del-dni-ED20452701/>)

¹³ Véase por ejemplo las palabras de la exministra Montero en tal sentido en el Congreso de los Diputados en 2022: <https://x.com/IreneMontero/status/1605639680656973824>

individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno (FJ.4)”.

Con todo, un análisis más atento pone de manifiesto problemas importantes. Nótese en primer lugar que se está asumiendo que, en sí misma, la identidad sexual de cada cual *no* es un dato íntimo -y de ahí que de ordinario no haya problema en tener que mostrar el DNI en que consta esa información. Solo sería íntima la sensación de disconformidad -es decir, la condición trans. Sin embargo, algo así se compadece muy mal con la noción de identidad sexual que se está manejando: si lo que el Registro registra bajo la categoría de ‘sexo’ es una percepción personal sobre uno mismo -y de ahí que quepa modificarlo libremente-, ¿cómo no va a ser íntimo para todos, trans o cis? Lo que nos lleva, a su vez, a preguntar: ¿por qué solo es considerado íntima la condición trans y no así la cis? ¿Es que acaso se está incurriendo subrepticamente en el “paradigma médico” o “patologizante” que ve en la condición trans una desgracia o enfermedad? Es más, ¿cómo puede conciliarse esta preocupación por la *ocultación* de la trans con la insistencia que la Ley pone en *visibilizar* la trans (arts. 5, 25, 30, 39, 41, 42)?

Fijémonos además en el caso que tanto el TS como el TC tienen en mente cuando exponen el anterior razonamiento: aunque no lo digan, solo están hablando de *una* clase de transexuales, a saber, los que tienen mucho *passing*, esto es, aquellos que a primera vista y sin mayores pesquisas aparecen para el observador medio como personas cis -i.e., mujeres que nacieron mujeres, u hombres que nacieron hombres. Pues solo si se lleva a cabo esta asunción tiene sentido decir que una persona *revelará* su condición trans cuando enseña el DNI o similar, pues solo cabe *revelar* algo íntimo o secreto cuando, por la razón que sea, no es una información previamente manifiesta para el observador medio.

Pero aún es posible una vuelta de tuerca más con la que cuestionar la coherencia del planteamiento. Si de verdad resulta que el sexo de cada cual es una experiencia subjetiva -y de ahí que quepa su modificación registral libre-, no es cierto que cuando una persona trans muestre su DNI se esté revelando como trans. Ello solo sucedería verdaderamente si en el DNI constara, por un lado, el sexo asignado al nacer y, por otro, el sexo sentido, de modo que pudiera cotejarse si los mismos coinciden -encontrándonos pues ante una persona cis-, o por el contrario difieren -encontrándonos entonces ante una persona trans. Por supuesto, si se nos enseña el DNI quien aparenta ser un varón de frondosa barba y vemos que en el mismo consta la asignación “mujer”, podremos *sospechar* que se trata de una persona trans. Pero ¿acaso no podría ser una mujer cis que, por la razón que sea, ha decidido hormonarse y peinar una frondosa

barba? ¿Es que acaso la transexualidad se reduce a modificar nuestro cuerpo en un sentido determinado? En fin, el argumento de la intimidad es ingenioso, no cabe duda, pero forzado, por lo que también pueden forzarse sus réplicas.

Más allá de todo ello, lo cierto es innegable es que si de verdad nos preocupa que mostrando el DNI pudiéramos revelar información íntima en lo tocante a nuestra sexualidad, entonces la respuesta lógica sería eliminar tal mención del mismo -o su obligatoriedad-, y que solo aparecieran en el Registro y en otros documentos, tal y como ya se hizo en relación al estado civil, el grupo sanguíneo y la profesión -cuya presencia en el DNI, efectivamente, generaría problemas relacionados con la intimidad.

2.5. Argumento de la legitimación

Cabría oponerse a lo dicho hasta el momento sosteniendo que el reconocimiento de esa vivencia subjetiva y personal sí es jurídicamente relevante toda vez que todavía está socialmente estigmatizada, siendo entonces necesario que el Estado se pronuncie y mande un mensaje claro de apoyo y aceptación hacia las personas trans. En especial, cuando hasta hace poco las consideraba enfermas (e.g., Ballesté, 2017:50). Luego, el reconocimiento legal de la identidad sexual o de género de una persona no podría compararse con el reconocimiento de su adscripción religiosa o su orientación sexual pues esas no son dimensiones personales estigmatizadas social y estatalmente medicalizadas. Por todo ello, la adopción de la LAG serviría para *validar y normalizar* la identidad trans.

Aun y lo loable de esta pretensión, entendemos que no justifica realmente la LAG por no ser función del Registro ni de los documentos oficiales el realizar campañas de concienciación social. Luchar contra la marginación de determinados colectivos es una función legítima del Estado, no cabe duda, pero son otros los canales para ello. ¿Acaso deseamos que cualquier circunstancia personal por la que las personas suelen ser discriminadas -la raza, la orientación sexual, la clase social etc.- deba aparecer en el DNI?

No importa cuál sea la función del Registro -cabría replicar. Si un problema tan grave como la discriminación de un colectivo puede aliviarse con una pequeña corrupción técnica, que así sea. Entendemos que una crítica de este tipo es realmente fuerte, pero solo si el efecto predicho fuera efectivamente seguro o muy probable y si el medio defendido fuera el único adecuado para tal fin. ¿Por qué no deberían tener ese mismo efectos medidas antidiscriminación y estigmatización más ordinarias? No solo eso, aún y manteniéndonos dentro del ámbito registral existiría un punto intermedio que

entendemos mucho más acertada: mantener la categoría sexo e *incluir* la de género o identidad de género, siendo solo esta última sobre la que fuera posible la libre autodeterminación e incluyendo más opciones además de la de masculino/femenino. Con ello parece que se llevaría a cabo esta función legitimadora pero sin incurrir en los problemas que -como veremos- conlleva la LAG en su forma actual.

2.6. Argumento de la posesión de estado

Reelaborando las ideas expuestas en la STS de 2 de julio de 1987, Hidalgo (2023:63) sugiere un argumento basado en la noción de “posesión de estado”: del mismo modo que el ordenamiento reconoce la filiación de A sobre B -aun cuando no exista base biológica para ello- cuando A y B se comporten, presenten en sociedad y sean percibidos socialmente como padre e hijo, el ordenamiento también debe reconocer la pertenencia de S al sexo deseado -aun cuando tampoco exista base biológica para ello- siempre que se comporte, presente en sociedad y sea percibido socialmente como miembro del sexo deseado. Como destaca Hidalgo, el Código civil francés adopta de modo bastante explícito esta comprensión del asunto.

Con un planteamiento así también se conseguiría despatologizar la condición trans y hacer del cambio de sexo algo libre, pero a la vez se dificultaría gravemente el fraude, uno de los puntos más criticados de la actual legislación española. Aun y el atractivo de este enfoque, entendemos que padece dos problemas graves. En primer lugar, un problema de alcance: solamente serviría para justificar la posibilidad de cambiar el sexo “a la vieja usanza”, y no la LAG, que no exige ni modificación corporal ni ningún otro cambio. Es más, la misma idea de que cada sexo tiene “unas caracteriologías psíquica y emocional propias” -como se decía en la STS de 2 de julio de 1987- contradice la filosofía “antiesencialista” de Yogyakarta en la que se inspira la misma LAG.

Y, en segundo lugar, existiría un problema de fondo: la filiación por posesión de estado tiene sentido porque la adopción es jurídicamente posible, esto es, porque el ordenamiento acepta abiertamente que, jurídicamente hablando, A y B pueden ser padre e hijo aun cuando entre A y B no exista nexo biológico. La filiación por posesión de estado, pues, solo sería *otra* vía para acceder a ese mismo estadio final que el Derecho ya acepta. Ahora bien, ¿acaso puede decirse esto mismo o algo similar respecto al sexo y su cambio? Dicho de otro modo: no puede invocarse el concepto de posesión de estado para justificar la “desbiologización” de un concepto -como el sexo-, pues la posesión de estado es una institución que ya

parte de que determinada relación -en este caso la filiación- ya está “desbiologilizada”. No solo eso, la adquisición de la filiación por posesión de estado es jurídicamente coherente dado el sentido de esta institución: asegurar que los menores tienen quién se encargue de ellos y aclarar la transmisión de patrimonios. Esa finalidad se cumple tanto si entre A y B hay nexo biológico como si no lo hay. Pues bien, ¿cuál es el sentido de la mención registral del sexo? ¿Se preservará esa finalidad en caso de desligarlo de la biología?

3. Argumentos en contra de la LAG

3.1. Argumento abolicionista

Desde el feminismo radical ha sido común argumentar que la LAG es rechazable porque se opone totalmente *al* objetivo feminista como es la abolición o eliminación del género, es decir a “neutralizar las ideologías, normas y estereotipos sexuales (Miyares, 2023:20)”. Se critica la LAG porque vendría a consolidar aquello contra lo que tanto se habría luchado: el prejuicio irracional de que un niño no puede querer jugar con muñecas porque en tal caso resulta que es una niña atrapada en un cuerpo equivocado que, en consecuencia, debe modificar (e.g., Álvarez, 2020; Valcárcel, 2022; Miyares, 2023)

La preocupación es muy válida y dado el modo en que comúnmente se expresan los defensores de la Ley Trans es normal ofrecer una réplica tal. Sin embargo, se basa en una confusión por cuanto lo trans constituye una clara oposición a los mandatos o roles de género contra los que se alza el feminismo. Precisamente lo que reivindica la persona trans es que las personas debemos ser libres de determinar cómo nos comportamos, pensamos, vestimos, hablamos etc. con independencia de los genitales, cromosomas y demás características biológicas que tengamos. Es decir, sí, la afirmación típicamente trans de que llevar falda y ser delicado te convierte en mujer *aparenta* ser el summum del sexismo. Pero se trata de una mera apariencia por cuanto a continuación se indica que *nadie* -tanto los que tienen útero como los que no- tiene porque ser mujer, llevar falda o ser delicado.

El movimiento trans reivindica el género como identidad a la vez que se opone a los *roles* o *mandatos* de género, siendo sólo esto último lo que es genuinamente criticable y lo que el feminismo aspira eliminar. En efecto, solo es sexista -y por tanto eliminable- la creencia de que por el hecho de tener determinados atributos biológicos -sexo- *hay* -mandato- que tener determinado comportamiento -género.

La confusión surge porque el feminismo radical y el movimiento trans usan el mismo término -género- con significados distintos: mientras que para el feminismo radical es sinónimo de *mandatos* o *roles* de género, para el movimiento trans es sinónimo de personalidad. De este modo, cuando desde el mundo trans se reivindica el género o la identidad de género, realmente se reivindica -aunque con otro lenguaje- que cada cual tenga el carácter y la personalidad que desee sin por ello ser marginado, estigmatizado etc. Sin duda, la terminología que se ha escogido para ello es la menos acertada imaginable -y de aquí estos bizantinos malentendidos-, pero la sustancia de lo que se afirma no es dudoso.

3.2. Argumento del fraude

Uno de los puntos más criticados de la actual Ley Trans es la posibilidad del fraude: ¿qué impide que una persona cis modifique su sexo para obtener ventajas que no le corresponderían (e.g., Álvarez, 2020; de Lora, 2021)? Hay quien va más allá y sostiene que si de verdad la determinación de género es plenamente libre, entonces es absurdo que la ley recoja la posibilidad de interponer recurso de alzada en la resolución del registro (art. 44.10) o que se hable de controlar el posible fraude de ley (Directriz 3ª Instrucción 26 de mayo 2023). Al incluir esta posibilidad -se dice- se evidencia que la Ley Trans no se cree verdaderamente sus premisas (Herrero, 2024:133) o se obliga al encargado del registro a cuestionar la identidad del solicitante, un acto discriminatorio según la propia ley (Fernandez, 2024:229).

Proceden dos consideraciones, una aclaratoria y otra crítica. Aun cuando no exista consenso sobre la naturaleza exacta del fraude de ley (art.6.4 CC) o del emparentado abuso de derecho (7.2 CC), está claro que el ordenamiento no ampara servirse de una norma para alcanzar un fin contrario al que ésta perseguía. En el caso de los artículos 43 y siguientes de la Ley Trans, el objetivo está muy claro: que el sexo que consta inscrito se corresponda con el sexo sentido. En consecuencia, si uno emplea esta normativa para que el sexo que consta inscrito no sea el que uno siente, entonces comete un fraude de ley o un abuso de derecho, así de simple. Otra cosa distinta es que, dada la naturaleza del “sexo sentido” como algo puramente subjetivo, determinar si existe fraude o no pueda ser imposible. Es decir, que como en tantos otros ámbitos, lo que existe realmente es un vulgar problema de prueba, nada más.

Establecido lo anterior, es indudable que la posibilidad de fraude es obvia y difícilmente perseguible. Ahora bien, ello por sí mismo no es motivo suficiente para descartar la actual legislación. El argumento del fraude solo funciona realmente si se añade otra premisa al mismo que raramente se explicita o se

tiene presente: que el fraude que tendrá lugar es suficientemente grave o dañino como para que *no compense* los supuestos beneficios que conlleva la legislación -pues posibilidad de fraude existe siempre en relación con cualquier norma. Veamos ahora cuáles son esos riesgos.

3.3 Argumentos consecuencialistas

Emparentada con la cuestión del fraude, la Ley Trans ha sido duramente criticada por las consecuencias tan negativas que se le predicen. Uno de los votos particulares al informe del CGPJ (2022) va justamente en esta línea. Así, es muy común leer que esta normativa conlleva (i) “el borrado de las mujeres”, (ii) que mina el deporte femenino y (iii) que pone a las mujeres en grave riesgo (e.g., de Lora, 2021; Aránguez, 2021; Valcárcel, 2022; Miyares, 2023).

A continuación, entraremos a analizar cada uno de estos aspectos pero antes es importante destacar que este argumento es, en el modo en que se expone habitualmente, más bien redundante: solo es cierto que la LAG conlleve todas esas consecuencias negativas para las mujeres si ya hemos asumido que las mujeres trans *no* son mujeres. Pero si las mujeres trans no son mujeres, entonces ya tenemos base suficiente para oponernos a la LAG, sin que sea necesario cargarse de razones adicionales y pronosticar toda clase de males: Fulano no debe poder ir al Registro e inscribirse como mujer, porque no es una mujer, punto. El artículo 4 de la Ley del Registro -y el análogo a las leyes del registro de los diversos países- determina, como no puede ser de otra manera, que en el mismo solamente se inscriben “los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona”. Si no es cierto que Fulano sea una mujer, pues entonces no se puede inscribir, pero no porque así se derive de una sofisticadísima concepción sobre el sexo y el género, o porque lo contrario fuera socialmente muy peligroso, sino por el mismo y prosaico motivo por el que no podría inscribir que está casado si está soltero, o que está muerto si está vivo. Este argumento, pues, sólo tiene pleno sentido, o bien como *complemento* al argumento del fraude o como *réplica* al argumento de la ficción útil o la posesión de estado. Dicho esto, veamos en qué consisten exactamente estos tres riesgos mencionados al inicio de este apartado.

Resumidamente, bajo la etiqueta “borrado de las mujeres” se denuncia que la ideología queer que inspira la LAG tergiversa el concepto ‘sexo’ hasta vaciarlo de contenido. Como consecuencia, también se vaciará de contenido al feminismo e impediría la lucha contra la desigualdad entre los sexos. En cuanto

al tema del deporte se sostiene que, dadas las diferencias biológicas evidentes, permitir que los varones participen junto con las mujeres en las competiciones deportivas conllevará que estas queden totalmente arrinconadas y, en consecuencia, que cada vez menos mujeres quieran practicar deporte. ¿Por qué va a competir una mujer si sabe que no tiene posibilidades de ganar? Finalmente, es común razonar que la LAG pone en peligro a las mujeres porque permite que los hombres accedan a espacios que la ley reservaba para ellas justamente por entender que tal segregación era necesaria por razones de seguridad: los baños y las prisiones, principalmente.

El temor relativo al “borrado de las mujeres” es el menos fundado de todos ellos. La filosofía que inspira la Ley Trans puede ser muy criticable, pero nada indica que dificulte alcanzar una mayor igualdad entre hombres y mujeres. La LAG está reconocida desde hace años en diversos países y en ninguno de ellos se ha constatado un “retroceso feminista”. Es decir, la positivización de la LAG en los diversos países no ha venido acompañada de la prohibición del aborto, la eliminación de cuotas, la despenalización de la violencia de género o cualesquiera otras medidas tenidas por lo común como parte central de la agenda feminista.

En cambio, la cuestión del deporte y la seguridad es mucho más atendible porque en estos ámbitos unos pocos casos sí pueden tener un impacto relevante. Contra la problemática en el ámbito deportivo se ha replicado que los requisitos para competir en una categoría u otra es algo ajeno a la Ley Trans (Marchante et. al. 2023) dado que en el artículo 26.3 explícitamente dispone estar “a lo dispuesto en la normativa específica aplicable, nacional, autonómica e internacional, incluidas las normas de lucha contra el dopaje, que, de modo justificado y proporcionado, tengan por objeto evitar ventajas competitivas que puedan ser contrarias al principio de igualdad”. La propia exministra Montero, al ser preguntada sobre este punto indicó que “la Ley no dice nada sobre eso, lo deciden los organismos deportivos a nivel internacional y las federaciones”¹⁴. Siendo esto indiscutible, no es menos cierto que una norma tiene más efectos que los que explícitamente determina. La pregunta entonces es ¿los organismos deportivos respetarán la Ley Trans si *no* permiten competir juntas a las mujeres trans y las mujeres cis? No lo parece. Si tanto unas como otras son igualmente mujeres, y si la organización segrega entre hombres y mujeres, ¿cómo va a excluir a una mujer trans? Por supuesto, cabe interpretar la referencia que se contiene al final del art.26.3 sobre el principio de igualdad y el objetivo de evitar ventajas injustas en el sentido de permitir

¹⁴ Véase la siguiente entrevista en la Cadena Ser: <https://www.youtube.com/watch?v=6h0fpr41muw>. En especial los minutos 1:50 a 1:56.

distinciones basadas en la posesión de unas u otras “características sexuales”. Pero entonces, de nuevo, estaríamos introduciendo por la ventana todo lo que supuestamente habíamos echado por la puerta, a saber: que a nivel jurídico, el atributo relevante no es nada relacionado con la identidad sexual o de género, sino es otro concepto tabú que la Ley hace ver que no existe y que no tiene a bien definir: el sexo.

Sobre el asunto de los espacios segregados la réplica más habitual en un primer momento fue destacar que no existe base empírica que fundamentase ese temor (Madrigal-Borloz, 2021:11-12; Salazar, 2021:94). No conocemos de ningún estudio sistemático al respecto que resuelva la cuestión, pero parece que el goteo de casos en los medios de comunicación ha provocado que este argumento haya quedado en desuso. En los últimos años ha sido más común destacar que en la legislación penitenciaria en vigor *previa* a la aprobación de la Ley Trans -la Instrucción 7/2006 de la Dirección General de instituciones penitenciarias sobre integración penitenciaria de personas transexuales- ya preveía que las personas trans estuvieran internadas en los módulos correspondientes a las personas de su sexo sentido sin que en todos estos años haya habido mayores problemas (Ramos, 2023; Marchante et. al. 2023). De nuevo, la exministra Montero al ser preguntada por esta cuestión indicó que “desde hace muchos años, a través de una Instrucción [...] las mujeres trans van a módulos de mujeres”¹⁵. También se trata de una réplica de muy corto recorrido pues si bien es cierto que el art.1.1 de la Instrucción indicaba que

“Las personas transexuales cuya identidad oficial de sexo no concuerde con su identidad psico-social de género, podrán solicitar de la Administración Penitenciaria el reconocimiento de ésta a los efectos de separación interna (art.1.1)”.

No es menos cierto que esta Instrucción se movía en el paradigma “medicalizante” de la Ley 3/2007 y, en consecuencia, (i) permitía que la Administración denegara la petición cuando se apreciara una “ausencia de base suficiente (art.3.2)”, y (ii) que exigía un informe médico y otro psicológico (art.4) en cuya virtud resolvería la Administración. En consecuencia, el asunto penitenciario sólo admite dos respuestas realmente: o bien morder la bala y aceptar que, en adelante, mujeres cis y mujeres trans compartan espacio. O bien *modificar* la legislación penitenciaria para que el criterio de calificación siga siendo nuestra anatomía -o, en la terminología de la Ley Trans, nuestras “características sexuales”. Pero, por lo dicho, esta es una opción que le está vedada al defensor de la Ley Trans.

¹⁵ Véase la siguiente entrevista en la Cadena Ser: <https://www.youtube.com/watch?v=6h0fpr41muw>. En especial los minutos 4:00 a 4:08.

4. Conclusiones

En gran medida el debate en torno a la LAG se ha planteado en términos metafísicos: ¿son las mujeres trans *realmente* mujeres? ¿Cuál es la verdadera esencia de las mujeres? Lo que hemos intentado mostrar es que este planteamiento está equivocado. Es decir, que el debate en torno a la LAG es ajeno a esta cuestión y no depende de cómo respondamos a la misma. Si ‘mujer’ es sinónimo de ‘hembra adulta de la especie humana’, entonces mujer debe ser una categoría jurídicamente relevante dadas las diferencias físicas entre los machos y las hembras de la especie humana. Pero si ‘mujer’ *no* hace referencia -o no solo- a esas diferencias físicas sino a cómo nos percibimos y/o nos perciben, entonces nada explica que aparezca en el Registro y en los documentos oficiales. En síntesis, si las mujeres trans son mujeres, entonces -jurídicamente hablando- no debe haber mujeres. Y, al contrario, si jurídicamente hablando hay mujeres, entonces las mujeres trans no pueden ser mujeres para el Derecho.

Por supuesto, siempre cabe argumentar que ni tan siquiera la categoría biológica macho/hembra debe ser jurídicamente relevante pues lo importante es la posesión de determinados atributos físicos -altura, fuerza, genitales etc.- de los que la categoría macho/hembra es un proxy muy imperfecto. Y que, en consecuencia, la segregación en determinados ámbitos debe hacerse en base a la posesión efectiva de las mismas. Bajo esta visión, las cárceles ya no deberían ser de hombres o de mujeres, sino de humanos con las categorías físicas A, B y C, y de humanos con las categorías E, F, G. Asimismo, también cabe sostener que ni tan siquiera la posesión o ausencia de esos atributos debe ser jurídicamente relevante y que los ámbitos donde se suele segregar en base a los mismos -como baños y prisiones- *no* deberían hacerlo, pues es como segregar en base al color de la piel o el tipo de cabello. Que así sea, la conclusión en ambos casos se mantendrá: hombre/mujer -en cualquier acepción- serán categorías jurídicamente ociosas, por lo que ociosa será la LAG.

Entiéndase bien: no se trata de desconocer o minusvalorar lo que la STC 99/2019 denomina “falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer [...] y el que el individuo percibe como suyo”. O, en general, de ser insensibles al dolor que muchas personas trans experimentan ni a la discriminación que sufren en no pocas ocasiones. La cuestión es otra: esa percepción, por respetable que sea, ¿es acertada? Y, en caso afirmativo, ¿le interesa al Estado? No se trata de priorizar apodícticamente el “sexo asignado” por encima del “sexo sentido”, ni de privar de toda relevancia jurídica en cualquier ámbito a los elementos subjetivos, sino de evidenciar que en este campo del Derecho solo es determinante lo genotípico y no lo fenotípico.

Y si no es así, entonces deben ofrecerse razones al respecto que nada tienen que ver con la libre determinación de la persona, el respeto por su dignidad o concepciones más sofisticadas y profundas sobre qué sea el sexo o el género.

Como ya avanzamos, entendemos que la única opción jurídicamente coherente que da una satisfacción parcial a las demandas de la mayoría¹⁶ del movimiento trans sin incurrir en los problemas que el movimiento *terf* destaca consiste en *añadir* una nueva categoría a nivel registral y permitir que, quien lo desee, pueda indicar su género o identidad de género de modo libre, sin requisitos materiales. Con este punto intermedio se conseguiría visibilizar a las personas trans, desmedicalizar su situación, legitimar esa opción vital, proteger su intimidad y respetar su libre desarrollo. Y todo ello sin tener que temer problemas relacionados con el borrado de las mujeres, el fraude, la inseguridad jurídica o cualesquiera de las otras consecuencias negativas imputadas habitualmente a la LAG.

¹⁶ Entendemos que las reivindicaciones mayoritarias son las que han expresado asociaciones como la FELGTB+, la Fundación Triángulo, la Fundación Chrysallis y el COGAM. Véase el siguiente manifiesto: <https://felgtbi.org/wp-content/uploads/2020/06/Manifiesto-DerechosHumanosTrans-cambios-ok.pdf>. No obstante, la comunidad trans, como cualquier otro colectivo, tiene importantes discrepancias internas, incluso sobre qué sea exactamente ser una persona trans. Sus reivindicaciones, por tanto, también son diversas. Véase al respecto Coll-Planas y Missé (2015).

5. Bibliografía

- Álvarez, Ángeles; “Contra el borrado de las mujeres”, *El Diario*, 13-7-2020. Disponible en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/borrado-mujeres_129_6102064.html
- Álvarez Royo-Villanova, Segismundo; “Efectos indeseados de las leyes. ¿Ahora, la Ley Trans?”, *Hay Derecho*, 21-11-2022. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2022/11/21/efectos-indeseados-de-las-leyes-ahora-la-ley-trans/>
- Aránguez Sánchez, Tasia; “Por qué las feministas protestan contra la 'ley trans'”, *Agenda Pública*, 22-6-2021. Disponible en: <https://agendapublica.es/noticia/17222/qu-feministas-protestan-contra-ley-trans>
- Ballesté Ravetllat, Isaac; “El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación”, *Actualidad civil*, 9, 2017, pp. 42-62. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6142313>
- Butler, J. (1999). *Gender Trouble*. Londres: Routledge.
- Coll-Planas, Gerard, y Missé, Miquel; “La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas”, *Notas de salud mental*, VIII (38), 2010, pp.44-55. Disponible en: <https://otdchile.org/biblioteca/la-patologizacion-de-la-transexualidad-reflexiones-criticas-y-propuestas/>
- Coll-Planas, Gerard, y Missé, Miquel; “La identidad en disputa. Conflictos alrededor de la construcción de la transexualidad”, *Papers: revista de sociología*, 100(1), 2015, pp.35-52. Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/papers/papers_a2015m1-3v100n1/papers_a2015m1-3v100n1p35.pdf
- Consejo General del Poder Judicial (2022). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI->
- Consejo de Estado (2022). *Dictamen relativo al anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-901>
- Fernández Fernández, Nuria; (2024). “La Implementación de la Libre Autodeterminación de Género en España”, *Anduli: revista andaluza de ciencias sociales*, 25, 2024, pp. 213-237. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9264368>
- García López, Daniel; “¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII, 2016, pp. 323-348. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2016-10032300348
- Hansen, Caroline; “Dismantling or Perpetuating Gender Stereotypes - The Case of Trans Rights in the European Court of Human Rights’ Jurisprudence”, *The Age of Human Rights Journal*, 18, 2022, pp. 143-161. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v18.7022>
- Herrero Oviedo, Margarita; “La Ley Trans y la modificación de la mención del sexo: menores y mayores ¿transexuales?”, *Revista de Derecho Civil*, XI(1), 2014, pp. 117-147. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/943/710>
- Hidalgo García, Santiago; *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica*, Pamplona: Aranzadi, 2023.
- Madrigal-Borloz, Víctor; “El derecho de la inclusión. Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”, *Naciones Unidas. Asamblea*

General. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/47/27. 2021, pp.1-26. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/123/19/pdf/g2112319.pdf>

Maldonado, Javier; (2018). “El reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los menores transexuales en los ámbitos registral, educativo y sanitario”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, 36, 2018, pp. 135–170. Disponible en: <https://doi.org/10.15366/rjuam2017.36.005>

Marchante Navarro, Vicente J., López Rubio, Daniel, y Siverio Luis, Sergio; “La autodeterminación del género: ¿riesgo para 47 millones de españoles o derecho humano irrenunciable?”, *Agenda Pública*, 22-2-2023. Disponible en: <https://agendapublica.es/noticia/18443/autodeterminacion-nero-riesgo-47-millones-espanoles-derecho-humano-irrenunciable>

Martínez de Pisón Cavero, José; “Los derechos de las personas LGBTI: ¿hacia un derecho a la orientación sexual y la identidad de género?”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 2020, pp. 209-239. Disponible en: <http://doi.org/10.7203/CEFD.42.16635>

Merino Sancho, Víctor; “Una revisión de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual”, *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, 38(II), 2018, pp. 327-358. Disponible en: <https://doi.org/10.14679/1065>

Miyares, Alicia; *Delirio y misoginia trans. Del sujeto transgénero al transhumanismo*, Madrid: Catarata, 2022.

de Lora, Pablo; *Lo sexual es político (y jurídico)*, Madrid: Alianza, 2019.

de Lora, Pablo; *El laberinto del género*, Madrid: Alianza, 2021.

Ramos Hernández, Pablo; “Comentarios a la ley trans y LGTBI: Análisis del texto normativo”, *Diario la Ley*, 21-3-2023. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMzI0szS7WY1KLizPw827DM9NS8kIS13MSSktQiWz9HAAT5zt0qAAAAWKE>

Reyes López, María José; “Cuestiones civiles en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI”, IDIBE Instituto de Derecho Iberoamericano, 4/5/2023. Disponible en: <https://idibe.org/tribuna/cuestiones-civiles-la-ley-4-2023-28-febrero-la-igualdad-real-efectiva-las-personas-trans-la-garantia-los-derechos-las-personas-lgtbi/>

Rubio Marín, Ruth y Osella, Stefano; “El nuevo derecho constitucional a la identidad de género: entre la libertad de elección, el incremento de categorías y la subjetividad y fluidez de sus contenidos. Un análisis desde el derecho comparado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, 2020, pp.45-75. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.118.02>

Salazar Benítez, Octavio; “La identidad de género como derecho emergente”, *Revista de Estudios Políticos*, 169, 2014, pp. 75-107. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.169.03>

Salazar Benítez, Octavio; “¿Existe un derecho a la identidad sexual?”, *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, XIV, 2021, pp.71-102. Disponible en: https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/52356/existe_salazar_AFDUA_2022_N14.pdf?sequence=1&isAlloved=y

Valcárcel, Amelia; “Ley trans': 47 millones de afectados”, *El País*, 11-12-2022. Disponible en: <https://elpais.com/opinion/2022-11-12/ley-trans-47-millones-de-afectados.html>

Discriminación y experiencias en la identificación policial por perfil étnico: la evolución en España diez años después

Discrimination and Experiences in Police Ethnic Profiling: Developments in Spain ten years later

José García Añón
Universitat de València
Institut de Drets Humans
ORCID: 0000-0002-9090-9888

Fecha de recepción 31/06/2024 | De aceptación: 19/11/2024 | De publicación: 23/12/2024

RESUMEN

En el presente texto se realiza una valoración de la percepción de las situaciones en las que se produce identificación policial por perfil étnico y su evolución desde 2013 hasta la actualidad. Se utilizan los parámetros de la teoría de la justicia procedimental: desproporción, efectividad, impacto en el trato y el impacto en la legitimidad, confianza y cooperación. En el informe publicado en 2013 se afirmaba la existencia de un trato discriminatorio porque se apreciaba una desproporción alta hacia determinados grupos minoritarios en función de su nacionalidad y su apariencia étnica. Las personas migrantes y las pertenecientes a minorías étnicas mostraban más probabilidades de ser paradas en la vía pública que el resto de la población.

PALABRAS CLAVE

Discriminación étnica; teoría de la justicia procedimental; identificación policial por perfil étnico; legitimidad.

ABSTRACT

This paper assesses the perception of police ethnic profiling situations and its evolution from 2013 to the present. The parameters of procedural justice theory are used: disproportion, effectiveness, treatment and the impact on legitimacy, trust and cooperation. The report published in 2013 stated that there was discriminatory treatment because there was a high disproportionality towards certain minority groups based on their nationality and ethnic appearance. Migrants and ethnic minorities are more likely to be stopped than the rest of the population.

KEY WORDS

Ethnic discrimination; procedural justice theory; police ethnic profiling; legitimacy.

Sumario: Introducción. 1. Metodología. 2. La desproporción en las paradas, registros e identificaciones basadas en el perfil étnico. 3. La efectividad policial en la utilización del perfil étnico. 4. El impacto del trato recibido en los individuos por la utilización del perfil étnico por la policía. 5. Efectos de las paradas policiales en la confianza, legitimidad y cooperación. 6. Análisis y Discusión. 7. Conclusiones y propuestas. 8. Referencias bibliográficas.

Introducción

En 2013 se publicó el estudio *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*¹, en el que, a partir de una encuesta y diversos estudios, se examinaba el control desproporcionado de la policía hacia las personas pertenecientes a minorías étnicas a la hora de realizar identificaciones y otro tipo de actuaciones policiales. Allí tomábamos como punto de partida que la identificación policial por perfil étnico² era una práctica discriminatoria y contraria al ordenamiento jurídico nacional e internacional, y que la discriminación se acentuaba si iba unida a un contexto de discriminación institucional. El racismo debe abordarse como un problema estructural o sistémico, y no como un fenómeno individual, como suele caracterizarse.

Aunque no ha sido posible realizar la misma encuesta diez años más tarde, en los últimos años se han realizado y publicado, principalmente por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), una serie de informes basados en encuestas en los que se incluyen datos sobre España. Esto nos permite explorar no solo los cambios en las percepciones sino también la evolución de la realidad normativa y jurisdiccional, y en la medida de lo posible una aproximación a las tendencias que se aprecian.

Entre otros resultados, en 2013 se podía afirmar un trato discriminatorio al existir una elevada desproporción de identificaciones hacia determinados grupos en función de su nacionalidad y apariencia

¹ José GARCÍA AÑÓN, Ben BRADFORD, Jose Antonio GARCÍA SÁEZ, Andrés GASCÓN CUENCA, Antoni LLORENTE FERRERES; *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Colección “Derechos Humanos”, n° 22, Valencia, Tirant lo Blanch-Publicacions de la Universitat de València, 2013.

² El uso del perfil étnico o la selección étnica en las identificaciones (“Ethnic profiling”) se define como el uso de generalizaciones basadas en la etnia, la raza, el origen nacional o la religión, en lugar de en pruebas objetivas o el comportamiento individual, como elemento determinante (aunque no sea el único) para aplicar el Derecho y/o en investigaciones sobre quién ha participado en actividades delictivas o que puedan serlo. (2013:39)

étnica. Los inmigrantes y las personas pertenecientes a minorías étnicas mostraban más probabilidades de ser parados que el resto de la población.

Se pueden distinguir cuatro tipos de grupos de población considerados excesivamente perseguidos por estas prácticas. En primer lugar, las poblaciones residentes en el país pero que se consideran socialmente marginadas, con pocos recursos y sospechosas de comportamiento delictivo, como es el caso de la población gitana. El segundo tipo de población son las personas migrantes. En nuestro país, el contexto de crecimiento económico y de aumento de los flujos migratorios, propició a partir de principios de este siglo un incremento de los controles a personas migrantes para detectar a los extranjeros indocumentados³. La tercera categoría, las poblaciones descendientes de las personas migrantes, que es habitual en otros países europeos⁴. Por último, el uso generalizado de las identificaciones y registros y otras intervenciones policiales como herramienta de bajo perfil para frenar las protestas y manifestaciones, como las que se produjeron entre 2008-2015, en el periodo de austeridad durante la crisis⁵.

La investigación sobre estas prácticas se explicaba a través de la *teoría procedimental de la justicia*, de manera que se conectaba el concepto de confianza en la policía con el de legitimidad y los aspectos de cooperación con la justicia. La *teoría de la justicia procedimental*⁶ es un modelo que trata de explicar la interacción en las relaciones entre las personas que tienen el poder y las que deben respetar las decisiones del mismo y que vincula el concepto de legitimidad con el de confianza y cooperación. En este sentido, la desconfianza hacia las fuerzas y cuerpos de seguridad por realizar de manera sistemática

³ “Durante la primera década del siglo XXI, España fue testigo de un período de importante crecimiento económico y de notables flujos migratorios, que llevaron a la población extranjera residente a pasar del 2,3% de la población total en 2000 al 12% en 2009. Este destacado fenómeno migratorio y, en concreto, la exposición pública de algunas comunidades de inmigrantes provocó cambios sociales generalizados y manifestaciones localizadas de malestar social en algunas zonas. (...) “En consecuencia, el CNP detectó una media anual de más de 50.000 inmigrantes irregulares entre 2002 y 2012, alcanzando un máximo en 2008 con 103.000 residentes irregulares detectados.” (Fernández-Bessa y otros, 2024:100 y101)

⁴ Esta situación es relativamente reciente en nuestro país y exige adopción de políticas públicas de integración que eviten el conflicto social. (Bayona-i-Carrasco, J., & Domingo, 2024).

⁵ Fernández-Bessa y otros, 2024:104 y ss.

⁶ La legitimidad de las instituciones jurídicas y políticas se obtiene cuando se consigue una actitud positiva hacia ellas al considerar que su funcionamiento y actuaciones son justos y reflejan los valores, principios y derechos de los que se ha dotado una sociedad. La actitud de pertenencia a las instituciones incrementa el sentimiento de pertenencia al grupo y su confianza, de manera que se promueve y facilita la cooperación y el cumplimiento de las leyes. Puede verse una explicación de los orígenes e implicaciones de la teoría con amplias referencias bibliográficas en García-Añón y otros 2013:74-85 y García-Añón, 2017.

identificaciones por perfil étnico, implica que actúan de manera injusta o ilegítima o porque vulneran derechos, la sitúan en un patrón de falta de cooperación y de legitimidad. Esto puede dar lugar al deterioro de la vinculación con esta institución, con las consecuencias que ello conlleva.

En los siguientes apartados de este texto, y después de describir la metodología adoptada, tomaremos en consideración los planteamientos de la teoría de la justicia procedimental para determinar si existe un trato discriminatorio hacia ciertos grupos minoritarios. En primer lugar, la desproporción de las medidas que se llevan a cabo. En segundo lugar, la efectividad de esta actuación y que también se vincula a la valoración de la necesidad, esto es, si existía otra forma de actuar alternativa menos lesiva. En tercer lugar, el impacto y la percepción que tiene en los ciudadanos el trato recibido por la policía. En este sentido, se trata de perfilar el trato no solo desproporcionado, sino humillante o desconsiderado, que enfatiza más el trato discriminatorio. El último elemento que se debe valorar es la confianza, la legitimidad y la voluntad de cooperación con la policía, que permite obtener una imagen más precisa de los elementos anteriores, puesto que corrobora y muestra la coherencia entre ellos. A partir de estos presupuestos, en aquel entonces nos planteamos las siguientes preguntas que quisiéramos volver a contestar más de diez años después. “¿Qué grupos y tipos de personas tienen más probabilidades de ser parados por la policía en España? ¿Qué efectos tiene ser parado, registrado o identificado por la policía? ¿Tiene consecuencias en la confianza que tenemos en la policía? ¿Afecta a la valoración de la legitimidad que se le otorga? ¿A su voluntad de cooperar con esta institución en el futuro?”⁷

En 2013, los resultados de la encuesta a partir de los ejes de una teoría de justicia procedimental, e incorporando datos e informes elaborados por otras fuentes que nos permiten matizar, entender o evidenciar el fenómeno con otra perspectiva, sirvieron para reforzar, en cualquier caso, las conclusiones. En primer lugar, se verificaba que existe un trato desproporcionado en las paradas, registros e identificaciones basadas en el perfil racial y étnico. En segundo lugar, se valoraba la (in)efectividad policial utilizando el perfil étnico. En tercer lugar, se estudiaba el impacto del encuentro policial en dos vertientes. Por una parte, tomando en consideración las percepciones que tienen los individuos de los encuentros con la policía. Por otra, valorando la calidad y satisfacción hacia la actuación policial. Por último, se examinaron los efectos de las paradas policiales en la confianza, la legitimidad y la voluntad de cooperación con la policía. En resumen, la selección por perfil étnico es un criterio muy poco efectivo

⁷ García-Añón y otros 2013:34

porque, aunque las personas de etnia diferente a la caucásica tienen más probabilidades de ser paradas, no hay diferencias criminológicas ni sancionadoras significativas en cuanto al resultado de dichas paradas. En cambio, la experiencia de ser parado por la policía daña la confianza en ella y socava su legitimidad.

Por desgracia, después de la revisión de los estudios realizados desde entonces constatamos que no se ha avanzado en la eliminación de estas prácticas y que se siguen manteniendo las mismas limitaciones detectadas en aquel momento. Podemos constatar que la defensa de la utilización de las paradas e identificaciones policiales sigue siendo un recurso justificado por amplios sectores e instituciones como instrumento para proteger los intereses políticos (por ejemplo, contra las protestas colectivas), de Estado (la protección del tráfico de personas en las fronteras) y sociales (los controles como herramienta para controlar la delincuencia). En la actualidad siguen faltando datos sobre las actuaciones policiales, aunque en España la policía tiene la obligación de recogerlos y las instituciones europeas lo recomiendan⁸. Sin embargo, no se conocen y esto obstaculiza las investigaciones criminológicas, las que se pueden realizar desde la perspectiva de los derechos humanos y así como también se limita el control democrático sobre las instituciones.

El objetivo es, diez años después y utilizando las encuestas realizadas en varios países europeos, evaluar la situación y la percepción sobre si el perfil étnico policial se considera desproporcionado y discriminatorio dentro de una teoría procedimental de la justicia. Además, se examinarán las recientes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establecen criterios sobre el tema. En dos casos resueltos el 18 de octubre de 2022, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencias por primera vez en reclamaciones en las que se alegaba la utilización de perfiles raciales en los controles policiales de identidad (*Basu contra Alemania* y *Muhammad contra España*) y en 2024, *Wa Baile contra Suiza*. También se expondrán las dificultades entre las normas, las decisiones judiciales que no resuelven la discriminación estructural que sufren algunos grupos minoritarios.

⁸ El Defensor del Pueblo ha recordado y recomendado en distintas ocasiones que “el Parlamento Europeo, mediante Resolución de 10 de noviembre de 2022, sobre justicia racial, no discriminación y antirracismo en la Unión, ha pedido a los Estados que recopilen datos comparables y sólidos sobre la igualdad, desglosados, para comprender plenamente y documentar la discriminación, analizar los problemas sociales y abordar la desigualdad de forma holística, sobre la base de la participación voluntaria, la autoidentificación y el consentimiento informado, protegiendo al mismo tiempo el anonimato y la confidencialidad, asegurando la participación de la comunidad en la definición de categorías, el análisis y la evaluación, respetando los principios clave de la legislación de la Unión sobre protección de datos y los derechos fundamentales y cumpliendo la legislación nacional.” Defensor del Pueblo-2022, 2023:179

1. Metodología.

Este texto se basa en la recopilación de datos y el análisis de encuestas que incluyen información sobre identificaciones y registros policiales. No se ha podido realizar una encuesta específica y con las variables de 2013, pero en estos años se han realizado otras muchas que, aunque somos conscientes de las limitaciones metodológicas y sea complicado realizar comparaciones, a partir de esa información nos puede servir como elementos que reflejan tendencias y valorar la situación actual. En este sentido permiten extraer conclusiones y recomendaciones. Compararemos en los distintos años de los que dispongamos de información los resultados de la población general con los de las personas pertenecientes a minorías étnicas o personas inmigrantes⁹.

Los resultados para la población general proceden de la *Encuesta sobre Derechos Fundamentales* (FRS 2019). La Encuesta sobre los Derechos Fundamentales es una encuesta de población general en la que se entrevistó en 2019 a unas 35 000 personas mayores de 16 años, con una muestra representativa, en todos los Estados miembros de la UE, Macedonia del Norte y el Reino Unido.

En el caso de las personas pertenecientes a minorías étnicas o inmigrantes, los datos para 2018-2019 proceden de dos encuestas: La segunda Encuesta de la FRA sobre minorías y discriminación en la Unión Europea ("EU-MIDIS II"), y la Encuesta sobre población romaní e itinerante 2019 ("RTS"). (FRA, 2021: 2-5)

La segunda Encuesta de la FRA sobre Minorías y Discriminación en la Unión Europea (EU-MIDIS II) entrevistó cara a cara a más de 25 500 encuestados de diferentes minorías étnicas e inmigrantes en 28 países. El trabajo de campo tuvo lugar entre septiembre de 2015 y noviembre de 2016. Las conclusiones de EU-MIDIS II sobre las identificaciones policiales se han presentado en varios informes, entre ellos: *EU-MIDIS II: Main results* (2017) *Muslims – Selected findings* (2017), *Being Black in the EU* (2018)

La Encuesta sobre población gitana e itinerante 2019 recopiló datos en Bélgica, Francia, Irlanda, los Países Bajos, Suecia y el Reino Unido; en estos países, EU-MIDIS II no había entrevistado a población gitana e itinerante y se publicaron en el informe de 2020 *Roma and Travellers in six countries*.

⁹ Se puede consultar una recopilación de los tipos de estudios, encuestas e informes en Arenas & García-España, 2022. También se han tomado en consideración y de forma complementaria otros estudios específicos. Por ejemplo, López-Riba 2019, 2021; Ziati y otros, 2022

En 2020, el Ministerio de Igualdad realizó una *Encuesta a Personas Africanas y Afrodescendientes residentes en España* (EPAAE-2020) con 1.369 cuestionarios y a 42 organizaciones africanas y afrodescendientes. (CEA&Valles, 2021)

Los datos de 2022 proceden de la Encuesta de la UE sobre Inmigrantes y Descendientes de Inmigrantes, que recoge datos comparables de 15 Estados miembros de la UE: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal y Suecia. Al igual que en la encuesta EU-MIDIS II (2016) se centra en los inmigrantes de ascendencia africana procedentes del África subsahariana y en sus descendientes directos. (FRA, 2023: 11-12) La encuesta de 2022 se basa en la primera Encuesta de la Unión Europea sobre Minorías y Discriminación, realizada en 2008, y en EU-MIDIS II, realizada en 2016. No se recogieron datos sobre España en ninguna de las dos encuestas.

Además, se valorarán los datos de la serie de estudios que ha realizado el *Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica* (CEDRE) sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas, en concreto los de los años 2013 y 2020.

2. La desproporción en las paradas, registros e identificaciones basadas en el perfil étnico

La prueba de la desproporción, además de ser un elemento técnico jurídico necesario en el test de discriminación, también forma parte de uno de los elementos de la justicia procedimental. En todos los estudios realizados se señala que las prácticas de identificación en vía pública afectan en mayor proporción a las minorías étnicas. Para demostrar que las identificaciones policiales basadas en el perfil étnico son discriminatorias, parece necesario probar que son desproporcionadas. Esto es, que existe una proporción muy alta de identificaciones dirigida hacia individuos de minorías étnicas y de extranjeros migrantes de determinadas nacionalidades en comparación con la representatividad de su presencia en nuestro país y en comparación a individuos de la mayoría de la población de esa sociedad¹⁰.

En el estudio realizado en 2013, se pudo verificar que tanto el país de origen como la nacionalidad son factores que determinan que un individuo que no sea español tenga hasta dos veces más probabilidades

¹⁰ García-Añón y otros 2013:28, 116 y ss. Sobre la desproporción, trato discriminatorio y el control migratorio puede verse Martínez-Escamilla&Sánchez-Tomás, 2019.

de ser parado. Y en los dos años anteriores, esta probabilidad aumenta hasta tres veces más. En relación con la apariencia, las personas que tienen un aspecto caucásico europeo tienen la mitad de probabilidades de ser paradas en comparación a otras. Sin embargo, en el colectivo en el que se muestra mayor desproporción por su apariencia no son personas migrantes, son nacionales. Las personas gitanas son identificadas 10 veces más que las que tienen apariencia caucásica europea. Los grupos que siguen a continuación son las personas magrebíes, con una tasa de desproporción de 7,5, y los Afro-latinoamericanos con una desproporción de 6,5¹¹.

En relación con las paradas en la vía pública, el patrón resulta llamativo.

El 7% de los nacidos en España fueron parados en los dos últimos años en la vía pública y el 17% manifestaba haber sido parado alguna vez. Los datos son similares a los proporcionados por la Encuesta Europea de Derechos Fundamentales que da un porcentaje del 9%¹². Esta misma encuesta proporciona una media de paradas en los países europeos del 27%. Austria es el país con más proporción de personas paradas por la policía, el 49%. En España, en esa fecha, una persona con la apariencia étnica no caucásica europea (14%) tiene el doble de posibilidades de ser parado que si tiene una apariencia caucásica europea (7%) y más del triple de posibilidades si es extranjero (23%)¹³.

Por su apariencia étnica, los gitanos y magrebíes experimentan una mayor proporción de paradas en la calle. Un 60% de los gitanos o un 45% de los magrebíes, seguidos de un 39% de los Afro-latinoamericanos. Mientras que los que tienen apariencia caucásica europea solo son parados en un 6%. El patrón más llamativo se encuentra en la combinación entre el lugar de nacimiento y la clasificación por apariencia. El 5% de los encuestados nacidos en España con una apariencia caucásica europea declararon haber sido parados en los últimos dos años, llegando a 16% de los no caucásicos nacidos en España y el 36% de los no-caucásicos nacidos en otros lugares¹⁴. Los datos son similares a la encuesta realizada por CEDRE en 2013¹⁵ y reflejan también un alto porcentaje de identificaciones y paradas a las personas pertenecientes a estas poblaciones. En el caso de las provenientes del Magreb serían el 37,2%,

¹¹ García-Añón y otros 2013:28-29 y 115-116

¹² *Experience of being Stopped by the police, in the past 5 years* (Fundamental Rights Survey 2018-2019)

¹³ Tabla 3.3 ,García-Añón y otros 2013:121

¹⁴ García-Añón y otros 2013:125

¹⁵ Gráfico 49, CEDRE 2015:77.

de África Subsahariana el 56,2%, población gitana el 43,2%, las personas procedentes de India-Pakistan, 47,3%; las de origen Afrolatino o Caribeño el 41,6%; las de origen Andino 44,6%; las de Asia oriental 20,5%; y las de Europa del Este, el 24%.

En la encuesta europea de derechos fundamentales de 2018-2019, en los últimos dos años, el 14% de los ciudadanos europeos fueron parados por la policía. El 27% en los últimos 5 años. España es de los países europeos porcentajes más bajos con un 4% de la población parada frente al 25% en Austria. Las personas provenientes del Norte de África fueron parados en un 14%, 3 veces más que la población general. Los pertenecientes a la minoría gitana un 32%, es decir 8 veces más que la población en general¹⁶.

Para el año 2020 contamos también con la encuesta del CEDRE (*Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica*) en relación al porcentaje de personas que le han pedido documentación en la calle sin motivo y debido a su origen racial o étnico¹⁷. Se han visto afectadas por esta situación el 32% de las personas procedentes del África no mediterránea, el 20% de las provenientes del Magreb, el 20% de la población gitana, el 18% de la población Indo-pakistaní, el 12% de las personas de origen afro-caribeño y afro-latino, el 10% de las personas de origen andino, el 5% de las personas de Asia del Este y el 4% de las personas de Europa del Este. (CEDRE, 2020:117)

En este año, en la encuesta del Ministerio de Igualdad *a Personas Africanas y Afrodescendientes residentes en España* (EPAAE-2020), las personas de este grupo poblacional dan una respuesta algo mayor: el 49% contestaba que ella o su entorno (familiar, amigo...) había sido detenido alguna vez por la policía¹⁸.

En algunas encuestas de carácter más limitado, realizadas en 2021 los resultados son consistentes con lo anteriormente expuesto. Las personas con rasgos no caucásicos tienen más probabilidades de ser identificadas en vía pública que los caucásicos, los hombres tienen más probabilidades de ser identificados que las mujeres, y los extranjeros tienen más probabilidades de ser identificados que los españoles. Las personas con rasgos no caucásicos son identificadas 10 veces más (90.7%) que las que

¹⁶ FRA, 2021:7-8

¹⁷ CEDRE, 2020. Resulta interesante tomar estos datos en consideración, a efectos complementarios, a pesar que resulta difícil comparar los datos de esta encuesta porque solo reflejan las identificaciones realizadas a personas de determinados grupos de población y que, además, han percibido discriminación.

¹⁸ Cea & Valles, 2021:148

tienen rasgos caucásicos (9,3%). Y entre los no caucásicos, los colectivos más identificados lo son por este orden: “el 100 % de las personas de etnia gitana y sudafricana son identificadas en la vía pública, seguido del 75.7% de los magrebís y el 60% de latinos.”¹⁹

En 2022, en relación a los encuestados de África Subsahariana y afrodescendientes, en el caso de España y Dinamarca a diferencia del resto de países de la UE, experimentaron más identificaciones policiales en 2022 que la población general en 2019. Es decir que hay una desproporción en las identificaciones policiales de las personas subsaharianas y afrodescendientes frente a la población general. En el caso de España, las paradas de migrantes o afrodescendientes son el 14% mientras que la población general es parada solo el 4%. Es decir, en España si eres una persona migrante o subsahariana tienes 3,5 veces más posibilidades que si eres un nacional. Es significativo el caso de España la desproporción es mayor, frente al otro país en el que hay también se identifican más a las personas subsaharianas, Dinamarca. Aquí también las paradas de personas subsaharianas son el 14%, mientras que la población general es parada el 11%. (Gráfico 32, FRA, 2023:75)

¹⁹ Ziati et al. 2022:51

Porcentaje de identificaciones policiales según las encuestas

	2013 ²⁰	2013- CEDRE ²¹	2018-2019 ²²	2020 ²³	2022 ²⁴
Población general. Países de la UE en conjunto	27% ²⁵		14%		
Población general. España	7%/8% 9% ²⁶		4%		
Apariencia étnica caucásica	6%				
Apariencia étnica no caucásica	14%				
Población norteafricana. Maghreb. España.	45%	37,2%/25,9%	14%	20%	
Población Subsahariana. España	68% ²⁷	56,2%/43,7%		32%/49% ²⁸	14%
Población gitana. España	60%	43,2%/29,4%	32%	20%	
India-Pakistan. España		47,3%/31,7%		18%	
Africana Latina - Caribeña. España	39%	41,6%/29,4%		12%	
Población Andina. España.	22%	44,6%/30,7%		10%	
Asia oriental. España		20,5%/15%		5%	
Europa del Este. España	21%	24%/15,6%		4%	

²⁰ García-Añón y otros. 2013: 121, 124

²¹ Gráfico 49, CEDRE 2015:77. En este caso la primera cifra corresponde al total de identificaciones. La segunda a las que consideran que se debe a su origen étnico.

²² Según los datos de la Tabla 1, Paradas por la policía, en los 12 meses anteriores a la encuesta, por países -media de la población general (Fundamental Rights Survey, 2019) y por grupos minoritarios encuestados (EU-MIDIS II y Roma and Travellers Survey 2019) (FRA, 2021: 8-9)

²³ Gráfico 53, CEDRE 2020:117 y Encuesta del Ministerio de Igualdad de España sobre Africanos y afrodescendientes que viven en España, EPAAE-2020 (Cea&Vallés, 2021)

²⁴ Gráfico 32, FRA, 2023:75

²⁵ Experiencia de ser parado por la policía, en los 5 años anteriores (Fundamental Rights Survey 2018-2019)

²⁶ Experiencia de ser parado por la policía, en los 5 años anteriores (Fundamental Rights Survey 2018-2019)

²⁷ En este caso, no por apariencia étnica, sino por origen africano.

²⁸ Cea & Valles, 2021:149

3. La efectividad policial en la utilización del perfil étnico

Aunque pueda parecer increíble no hay fuentes oficiales de las que se pueda utilizar información para medir el impacto de las actuaciones policiales en las que se invierte recursos personales, materiales y tiempo, como son las identificaciones.

En la encuesta de 2013 nos planteamos si la utilización del perfil étnico tenía alguna repercusión sobre efectividad policial. Se comprobó, al igual que habían mostrado encuestas anteriores, que no existe “una correlación entre el número de paradas e identificaciones practicadas sobre personas que presentan rasgos étnicos diferentes de los mayoritarios y el resultado de las mismas en términos de detenciones, multas u otros procesos relacionados con la infracción de las leyes.” Dicho de otra forma, “la práctica (consciente o inconsciente) de la discriminación por razones étnicas por parte de los agentes de policía no optimiza el resultado de las paradas en términos administrativos o penales, sino más bien al contrario, es totalmente inefectiva.”²⁹ En este apartado, contamos con menos datos de investigaciones de años posteriores para poder realizar una comparación adecuada.

En un estudio realizado en 2019, López-Riba estima que las personas extranjeras son identificadas en dependencias policiales en una proporción desmesurada, 5 veces más que las nacionales³⁰. El único motivo es la comprobación de su situación administrativa ya que desde la *Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana*, solo sería posible hacerlo en tres supuestos: con el objetivo de impedir la comisión de un delito, para denunciar una infracción administrativa que ponga en riesgo la seguridad y cuando no haya sido posible la identificación por ningún medio. Como las personas extranjeras no delinquen más que las españolas el único motivo es el control de la situación administrativa en España. En este trabajo realiza una investigación sobre su capacidad preventiva y muestra su efectividad hacia algún tipo de delitos: “Al introducir desfases en la tasa de identificaciones (controlando el efecto de las tasas actuales y las tasas de patrulla), los resultados revelaron una mayor predicción en referencia a los delitos contra la salud pública y un posible efecto disuasorio durante el segundo y tercer

²⁹ García-Añón y otros 2013:145 y ss.

³⁰ López-Riba, 2019, 2021:8

mes para los delitos contra la propiedad, en los tres meses posteriores respecto a la tasa general de delitos.”³¹

En 2022, en la encuesta del FRA-2022 para personas procedentes de África Subsahariana no existen referencias específicas para España, aunque muestra que el impacto desproporcionado hacia determinados colectivos conlleva su incorporación al sistema administrativo o penal: “El 11% fueron multados, el 10% se sometieron a una prueba de alcohol o drogas y el 7% fueron detenidos o llevados a comisaría. Menos del 1 % de los encuestados mencionaron que la policía les había sacado dinero o algo en forma de soborno”³².

Por último, solo resta comentar en este apartado la vinculación entre personas migrantes y delincuencia como parte del imaginario de la efectividad de la actuación policial. En su momento ya señalamos las dificultades de realizar esta correlación³³, porque refleja una preocupante orientación xenófoba en materia de política criminal, además del efecto *ratchet*: “se identifica más a un determinado colectivo, lo que probablemente cause que se detenga más a personas que pertenecen a este colectivo, lo que lleva a que acaben en mayor proporción en los juzgados y que puede acabar con una sobrerrepresentación de personas de este colectivo en prisión.”³⁴

Por otra parte, ni los datos oficiales, ni las estadísticas policiales ni las penitenciarías permiten desglosar a los extranjeros en estas categorías: “no permiten identificar qué porcentaje de los extranjeros detectados por el sistema penal son inmigrantes, esto es, tienen un proyecto migratorio y residen en el país, de aquellos otros que forman parte de la población flotante. Tampoco permite diferenciar entre los que están asentados, aquellos que tienen autorización para residir de que aquellos que carecen de ella.”³⁵

³¹ López-Riba, 2019, Ziati y otros. 2022: 46

³² FRA, 2023:75

³³ García-Añón y otros 2013:145-146, 148-149

³⁴ López-Riba, 2021:9

³⁵ Contreras y otros, 2023:51. En un estudio “... durante el periodo 2010-2021 observamos que los españoles representan el 72,7% de las personas detenidas e investigadas por causa penal, las personas procedentes del continente europeo el 10,6% y las personas de terceros países el 16,8%. Comparada con la estadística de población, esta distribución demuestra claramente la sobrerrepresentación de ambos grupos de extranjeros (en las estadísticas de población los europeos UE representan el 4,3% y las personas de terceros países representan el 6,8%), y la infrarrepresentación del grupo de españoles (que en las estadísticas de población representan el 89%).” Contreras y otros, 2023:39

En cualquier caso, los estudios concluyen lo contrario, la baja asociación entre la inmigración y la delincuencia³⁶. Es más “durante el tiempo que la población inmigrante ha crecido considerablemente en España, la delincuencia ha experimentado un leve descenso.” Esta vinculación “tiene que ver con la amenaza simbólica”: “se convierte en un claro chivo expiatorio con un alto consenso social, y se le culpa con facilidad de los diversos problemas sociales. Por ello, cualquier política pública restrictiva que utilice tales estereotipos consigue un importante apoyo social y político. El miedo a la persona extranjera y los estereotipos sobre su peligrosidad hacen que los estados se armen administrativa y penalmente frente al extranjero.”³⁷

Como vemos, de los estudios realizados se obtienen resultados de los que no podemos sacar conclusiones generalizables sobre la relación causal y valorar el impacto específico de las identificaciones policiales en la delincuencia o en las infracciones administrativas. En este sentido, parece necesario profundizar en estudios que analicen este aspecto.

4. El impacto del trato recibido en los individuos por la utilización del perfil étnico por la policía

En este apartado se recoge la percepción del trato durante las identificaciones que tiene relación tanto con el trato desproporcionado como con la confianza y la legitimidad percibida por las actuaciones policiales. En la encuesta de 2013 constatamos que no existía una predisposición a percibir las paradas como negativas o positivas, aunque algunos de los grupos de personas sí que percibieron que eran tratadas peor que el resto. En concreto, el colectivo magrebí y el gitano experimentan un grado de justicia procedimental sensiblemente inferior que el resto de personas de otros orígenes étnicos: “4 de cada 10 miembros del colectivo gitano y 4 de cada 10 del magrebí afirmaron que el encuentro policial no fue respetuoso, por 1 de cada 10 personas del grupo andino-latino americano, 1 de cada 10 afro-latino americano, 1 de cada 10 personas de Europa del este y 1 de cada 10 miembros del colectivo caucásico europeo.”³⁸

Según su procedencia, se observaron pocas diferencias entre los encuestados nacidos en España, en Sudamérica o en países del Este. Mientras que sí que había ciertas diferencias con algún colectivo

³⁶ Ziati y otros. 2022: 52

³⁷ García-España, 2019: 198, 201 y 202. Véase también García-Añón, 2017.

³⁸ García-Añón y otros 2013:153, 161-162 figuras 5.4. a y b

concreto, como es el caso de las personas nacidas en el Magreb, seguidas por las nacidas en el resto de África. “las personas nacidas en África (tanto en Marruecos como en el resto del continente), tienden a valorar de forma más negativa los encuentros policiales, experimentando con ello un menor grado de justicia procedimental (dicho de otra forma, una percepción de discriminación superior a la media) que el resto de la población. Como se puede observar, el porcentaje que muestra el grado de respeto percibido en la parada es sensiblemente inferior en estos dos colectivos, ya que 4 de cada 10 marroquíes y 5 de cada 10 personas del resto de África afirman que no se les trató con respeto, por 1 de cada 3 españoles, 2 de cada 10 personas de Centro/Sur América o 3 de cada 10 personas de Rumania.”³⁹

En 2019⁴⁰, las encuestas de la FRA proporcionan una media en todos los países europeos del 20% de personas encuestadas que consideran que han tenido un trato poco respetuoso al ser identificadas por la policía⁴¹. En España, el 58% la población general entiende que el trato fue respetuoso y el 16 % irrespetuoso, un porcentaje levemente superior a 2013. Los encuestados del Norte de África dan una respuesta similar, el 59% lo consideraron respetuoso y el 15% irrespetuoso. En el caso de la población gitana, también similar, aunque algo inferior, 53% respetuoso y el 26 % irrespetuoso. Es decir, que en el caso de España existe una mejor consideración del trato que la media en relación a la población general y a los encuestados norteafricanos. En cambio, la población gitana de España considera que el trato recibido por la policía es peor que la media europea.

En relación a los países en los que se sienten peor tratados los diversos grupos de población constatamos que son los subsaharianos, el 30% en Dinamarca; los norteafricanos, el 43% en Países Bajos; y la población gitana el 45% en el Reino Unido y el 49% en Suecia⁴².

En otras encuestas, como las de CEDRE para 2020, las personas procedentes del África no mediterránea tienen la mayor percepción de discriminación, con un 37,4%. A continuación, las personas de origen magrebí (26,1%), las de origen gitano (24,1%) y la indo-pakistaní (21,9%). Se sitúan por debajo de la media las personas de origen Andino (18,2%), las afro-caribeñas y afro-latinas (16,7%), las proveniente

³⁹ García-Añón y otros 2013:159

⁴⁰ Aunque los datos del informe que utilizamos provienen de diversas encuestas y la comparación permite matices y refleja tendencias que deberían ser tenidas en cuenta.

⁴¹ FRA 2021:16, figura 5

⁴² FRA 2021:18-20, Figura 6

de Europa del Este (9,2%) y las de Asia del Este (8,1%). Si comparamos la evolución entre 2013 y los años posteriores⁴³ tal y como se puede observar en el siguiente cuadro, hay una disminución en todos los grupos poblacionales, aunque en algunos de ellos la disminución de la discriminación percibida ha sido menor, como las personas provenientes del Africa Subsahariana o del Magreb.

En 2022, en el caso de la población subsahariana residente en España, el trato policial considerado como bastante o muy irrespetuoso durante la parada más reciente, es algo inferior la media europea, 15% frente al 19%. En esa encuesta, el país en el que peor se sienten tratados es Bélgica, con un 31%⁴⁴.

Si nos referimos a la vinculación de la parada con su origen o aspecto, en 2022 en el caso de España, más de la mitad de los encuestados (52%) a los que la policía dio el alto en los 5 años anteriores a la encuesta cree que fue por su origen inmigrante o de minoría étnica, incluido el color de su piel o su religión. Está levemente por encima de la media europea (48%)⁴⁵. Era similar a los datos que se tienen en 2019. La percepción de haber sido parado por la policía perfil étnico en los cinco años anteriores a la encuesta es de un 47% de los norteafricanos y 46% de la población gitana⁴⁶.

⁴³ CEDRE, 2015:73 gráfica 45; CEDRE, 2020:115 gráfica 50

⁴⁴ FRA, 2023:77-78

⁴⁵ Figura 34, FRA, 2023:78

⁴⁶ Figura 10, FRA 2021:25

Discriminación percibida por origen racial o étnico en el ámbito del trato policial por grupos poblacionales (Procedencia y apariencia étnica)

	2013 ⁴⁷ Procedencia	2013 ⁴⁸ Apariencia étnica	2013- CEDRE ⁴⁹	2019 ⁵⁰	2020- CEDRE ⁵¹	2022 ⁵²
España	13%			16%		
Caucásica Europea		13%				
Población Gitana		33%	36,5%	26%	24,1%	
Andina		12%	33,9%		18,2%	
Afrolatina Caribe			32,7%		16,7%	
America Centro-Sur	16%	14%				
Magreb	37%	40%	27,3%	15%	26,1%	
Subsahara	48%		44,4%		37,4%	15%
Europa del Este		14%	17%		9,2%	
Rumanía	26%					
Asia Oriental			15,6%		8,1%	
India Pakistán			36,9%		21,9%	

En general, tanto en el caso de la apariencia étnica como por el lugar de procedencia, la evolución muestra una tendencia a la percepción de un mejor trato. Aun así, sigue siendo muy alto en la población proveniente de África, en concreto la subsahariana, y la procedente del Magreb, al igual que la población gitana. En estos casos, sienten que son tratados peor que el resto de la población y que las paradas por identificarlos se realizan por su origen inmigrante o de minoría étnica, incluido el color de su piel o su religión⁵³.

⁴⁷ García-Añón y otros 2013: 159-161, Figuras 5.3.a y 5.3.b.

⁴⁸ García-Añón y otros 2013: 161-164, Figuras 5.4.a y 5.4.b.

⁴⁹ CEDRE, 2015:73, gráfica 45

⁵⁰ FRA 2021:18-20, Figura 6

⁵¹ CEDRE, 2020:115 gráfica 50

⁵² FRA, 2023:77, Figura 33

⁵³ CEDRE, 2015:73 gráfica 45; CEDRE, 2020:115 gráfica 50; FRA, 2024:46, Arenas & Garcia-España, 2022:247

5. Efectos de las paradas policiales en la confianza, legitimidad y cooperación

Como consecuencia de lo anterior, esta percepción negativa de los encuentros policiales tiene efectos negativos en la confianza y en la legitimidad de la policía. Ni siquiera las paradas consideradas satisfactorias tienen un efecto positivo destacable en términos de aumento en la confianza o la legitimidad. Unos niveles de confianza y legitimidad bajos están relacionados con una predisposición baja a cooperar con la policía y con el tiempo, las paradas policiales pueden provocar unos efectos negativos de manera que la labor policial sea más difícil.

En la encuesta de 2013, la confianza en la policía tiende a ser menor en las personas “nativas” españolas que en el resto de grupos con independencia de la nacionalidad, país de nacimiento, o apariencia étnica. Si tomamos el factor nacionalidad o el país de nacimiento, las personas que más confían en la policía son los rumanos, a los que siguen los nacionales de los países sudamericanos y a continuación, las personas tanto de Marruecos como del resto de África, por encima incluso de las personas españolas. Por su apariencia étnica, las de apariencia gitana, y las caucásicas europeas son las que menos confían en la policía⁵⁴.

En este apartado tampoco tenemos encuestas que nos permitan hacer una comparación con todos los resultados de las encuestas de 2013. Aún así podemos realizar alguna valoración de algunos colectivos: las personas procedentes de África y la población gitana.

La población gitana tiende a confiar menos en la policía que la población general. La media europea es de 37% en 2016 y 39% en 2021. La población general confía en un 71%⁵⁵. En el caso de España, la población general en 2021 confía más que la europea, un 71%. El pueblo gitano confía menos en la policía, aunque se ha producido un incremento en la confianza: era del 24% en 2016 y de 34% en 2021.

⁵⁴ García Añón y otros, 2013:187, 190-191, 191-192. “Parece que las personas que pertenecen a comunidades minoritarias y migrantes en España tienden, en la actualidad, a confiar más, a conceder más legitimidad, y se muestran igual de dispuestas a cooperar con la policía que la población mayoritaria. Esto puede deberse a que los grupos de población tengan contextos personales o culturales en los que la policía sea mucho peor (por ejemplo, menos justa o menos efectiva) que la policía en España. Además, sus contextos de procedencia también pueden predisponerles a percibir a los miembros de la autoridad como legítimos, ya que en otros países el respeto a las autoridades está más profundamente arraigado que en la mayoría de culturas europeas.” (García Añón y otros 2013:214)

⁵⁵ FRA, 2023b: 32

Como se puede apreciar, la media es inferior a la media de la confianza de la población gitana en Europa⁵⁶.

Según las encuestas de 2022 para personas procedentes de África y afrodescendientes, en general, tienen mayores niveles de confianza en la policía y en el sistema judicial que la población general⁵⁷. En el caso de España, los encuestados africanos que perciben que la identificación policial más reciente se ha realizado por perfil racial discriminatorio tienen un nivel de confianza en la policía mucho más bajo, 4,8 que los encuestados que no fueron identificados (con una puntuación de 7,2). También tienen un nivel de confianza más bajo que los que fueron parados, pero no percibieron que la parada implicara un perfil racial discriminatorio (con una puntuación de 7,1)⁵⁸. Es decir que no te paren o que te paren sin motivación racial implica el mismo nivel de confianza en la policía. Hay que señalar que la confianza es mayor que la media europea (6,6 y 6,1 respectivamente). Y también superior a la media europea de aquellos que fueron parados con perfil discriminatorio (3,9). En Irlanda, Francia, Bélgica o Suecia tienen un nivel de confianza aún inferior. Entre otros aspectos, el bajo nivel de confianza en la policía puede además de reducir la cooperación o la obediencia, también limita la conveniencia de denunciar prácticas discriminatorias⁵⁹.

6. Análisis y discusión

Con los datos, encuestas y estudios que hemos analizado se ha comprobado que ha habido una disminución aproximadamente a la mitad del número de personas paradas en los últimos años. Sin embargo, se mantiene la desproporción en las identificaciones policiales hacia las personas por su apariencia o procedencia. Principalmente en el caso de las personas de la población gitana y las provenientes del África Subsahariana.

En concreto, en el caso del total de la población europea se pasa del 27% de personas identificadas en 2013 al 14% seis años después. En España, las identificaciones pasaron en 2013 de 7-9% de la población al 4%.

⁵⁶ FRA, 2023b: 33, figura 11

⁵⁷ FRA, 2023a:78

⁵⁸ FRA, 2023a:79. Figura 35

⁵⁹ Cea, 2021: 129

Sin embargo, la desproporción entre determinados grupos de población se sigue manteniendo y sigue siendo importante, de manera que debemos concluir que se trata de un trato discriminatorio no justificado. En el año 2013, la desproporción era alrededor de ocho a diez veces mayor entre las personas de origen gitano o subsahariano frente a la población general. Y alrededor de cinco veces más entre las personas del Magreb o Africanos latinos y caribeños frente a la población general.

La información con la que contamos, casi diez años después, sigue manteniendo la desproporción hacia las personas de origen subsahariano, entre ocho y diez veces mayor frente a la población general. En el caso del Norte de África se sigue manteniendo también la desproporción, cinco veces mayor. La desproporción en las personas de origen gitano se ha reducido a la mitad, pero sigue siendo cinco veces mayor que la población general. Es decir, si eres una persona de etnia gitana tienes cinco veces más posibilidades de ser parado por la policía. Esta misma desproporción también aparece en las personas de India-Pakistán, cuya población se ha incrementado en los últimos años en España.

Se observa también una disminución en la percepción de la discriminación entre 2013 y los datos de años posteriores. Aunque esta disminución es menor en las personas procedentes del Magreb, del África Subsahariana y la población gitana.

Por otra parte, como veíamos en su momento las personas pertenecientes a comunidades minoritarias y migrantes en España tienden, en la actualidad, a confiar más, a conceder más legitimidad, y se muestran igual de dispuestas a cooperar con la policía que la población mayoritaria. Ya se señalaba que esto podría deberse “a que los grupos de población tengan contextos personales o culturales en los que la policía sea mucho peor (por ejemplo, menos justa o menos efectiva) que la policía en España. Además, sus contextos de procedencia también pueden predisponerles a percibir a los miembros de la autoridad como legítimos, ya que en otros países el respeto a las autoridades está más profundamente arraigado que en la mayoría de culturas europeas.” Y en ese sentido la policía española se beneficiaría “de una especie de *“amortiguador”* en lo que respecta a las opiniones de los grupos minoritarios” que puede socavarse con el paso del tiempo y “puede dar lugar a un aumento de los conflictos entre las distintas comunidades y

la policía, como ha ocurrido en otros países donde el fenómeno de la inmigración se ha venido produciendo hace más tiempo (como por ejemplo, Reino Unido, Francia o Suecia).”⁶⁰

Aunque sigue siendo difícil encontrar datos oficiales que puedan verificar lo señalado, y además permitir un análisis y estudio fiable, si admitimos que estas son las tendencias, se pueden aventurar los motivos, que son diversos y complementarios, por los que puede haberse producido la disminución en las identificaciones y, al mismo tiempo, la permanencia en la desproporción. Es decir, los cambios no son tan significativos como podría pensarse. De la misma manera, también nos puede ayudar a entender el contexto en el que se produce esta evolución.

En primer lugar, a partir de la crisis financiera y las medidas de austeridad en la década de 2010 hubo una disminución de los flujos migratorios y, al menos hasta finales de esa década los recursos y tareas de la policía sobre migración se centraron predominantemente en los extranjeros condenados, y en menor medida en el control migratorio general⁶¹.

En segundo lugar, existe una mayor exposición y seguimiento en el ámbito nacional e internacional por los organismos que realizan un monitoreo de las actuaciones discriminatorias de las instituciones públicas. Aquí se puede reseñar el importante papel que desempeñan las organizaciones de la sociedad civil a la hora de plantear cuestiones y situarlas en la agenda nacional, o en casos de litigio estratégico ante órganos o tribunales internacionales. Ya sea el caso de Amnistía Internacional, Open Society, Women’s Link Worldwide o las propias clínicas jurídicas universitarias⁶². Esto ha evidenciado que las actuaciones discrecionales policiales podrían resultar discriminatorias y reflejar racismo estructural e institucional si no se establecen límites y controles que garanticen los derechos de las personas.

En tercer lugar, en un contexto amplio también puede considerarse el cambio de sensibilidad por la influencia del movimiento *Black Lives Matter* en Europa. La denuncia de la brutalidad policial hacia las personas negras en Estados Unidos a partir de 2013 tiene un momento álgido con el asesinato de George Floyd en mayo 2020 en Minneapolis y una declaración del parlamento de la Unión Europea en junio de ese mismo año condenando el asesinato y proclamando el lema ‘Black Lives Matter’, incluyendo en

⁶⁰ García Añón y otros 2013: 2014 y 215

⁶¹ Fernández-Bessa y otros, 2024:103

⁶² García-Añón, 2018

solidaridad manifestaciones masivas en todos los países europeos. Esto se puede explicar en parte, y más en países con pasado colonial en África, porque la presencia de personas negras en Europa es consecuencia de la invasión y presencia europea en África. Además, estas protestas se encuentran vinculadas con los movimientos antirracistas y con la denuncia de las prácticas de violencia policial en los distintos países europeos⁶³.

En cuarto lugar, el cambio normativo en Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana* supuso un elemento simbólico e incorporó la prohibición de la discriminación en la identificación de las personas, aunque no era necesario porque la prohibición ya se encontraba en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por España. La norma estableció un sistema estadístico para las identificaciones en comisaría, pero ningún instrumento de control o seguimiento. Incluso a partir de ese momento se dejaron de publicar los escasos datos agregados que el Ministerio del Interior publicaba anualmente sobre las identificaciones en la vía pública. Esta ley estableció un nuevo repertorio de infracciones administrativas y “aumentó la discrecionalidad policial al dar cobertura legal a las prácticas de identificación y registro existentes, legalizando lo que antes no estaba regulado. Además, amplió el alcance de los poderes policiales al crear nuevas categorías de infracciones y aumentar las sanciones que pueden imponerse por motivos de orden público.”⁶⁴

Es cierto que a partir de entonces el Ministerio del Interior ha definido un Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio *odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación*”, aprobado en 2014 y actualizado en 2015 y 2020, y un Plan de Acción de lucha contra los delitos de odio en 2019. (CEDRE, 2020:115, 116). Sin embargo, como decimos y tal y como hemos comprobado, el impacto en la desproporción no se ha producido.

⁶³ Beaman 2021: 105, 107 y 108. Sobre la preocupación por diversos aspectos relacionados con las paradas policiales en Europa puede verse el proyecto Europeo (2018-2023) <https://polstops.eu> Y la publicación que recoge estas investigaciones: De Maillard, J., Verfaillie, K., & Rowe, M. (Eds.) (2024). *The Politicization of Police Stops in Europe: Public Issues and Police Reform*. (Critical Policing Studies). Palgrave Macmillan.

⁶⁴ “De particular importancia han sido las disposiciones más severas sobre las infracciones de desobediencia y resistencia a la autoridad, así como la creación de una nueva infracción consistente en la «falta de respeto y consideración» a la policía. Estas últimas disposiciones legales han otorgado a la policía una gran discrecionalidad a la hora de realizar identificaciones e imponer sanciones.” Fernández-Bessa y otros, 2024: 105

Por último, en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han dilucidado recientemente los primeros casos que permiten establecer criterios de vulneración del principio de igualdad en las identificaciones policiales⁶⁵. Los tres primeros *Muhammad c. España* y *Basu c. Alemania* (18 de octubre de 2022), *Wa Baile c. Suiza* (20 de febrero de 2024), y un cuarto, pendiente aún de resolver en el momento de redactar este texto, *caso Seydi y otros c. Francia*.

En los casos *Muhammad c. España* y *Basu c. Alemania* (18 de octubre de 2022) el TEDH trató por primera vez denuncias de discriminación racial en controles de identidad policiales. En *Basu c. Alemania*, entiende que hay una vulneración de la igualdad procedimental, pero no entra en el fondo porque “las autoridades estatales no cumplieron con su deber de tomar todas las medidas razonables para determinar a través de un organismo independiente si una actitud discriminatoria había influido o no en el control de identidad y, por lo tanto, no llevar a cabo una investigación efectiva al respecto” (§ 38)

En *Muhammad c. España*, a pesar de la denuncia y la prueba de un patrón de discriminación policial institucional, se determina la inexistencia de motivos racistas por las autoridades nacionales.

El tercer caso, *Wa Baile c. Suiza* (20 de febrero de 2024), avanza reconociendo la vulneración procedimental y sustantiva del art. 14 y “hay que dar la bienvenida a este giro jurisprudencial en tanto que da entrada definitiva a una capacidad autónoma del TEDH para apreciar una vulneración sustantiva en la materia a partir de las reglas sobre carga probatoria en supuestos de discriminación.”⁶⁶

Todos estos elementos pueden reflejar la contradicción de la disminución del número de identificaciones policiales, pero manteniendo la desproporción. Por tanto, parece necesario seguir insistiendo en las propuestas que han sido recordadas por distintas entidades estos años.

7. Conclusiones y propuestas

Es cierto que en este tiempo se han tomado medidas regulativas de todo tipo incidiendo en la prohibición de estas prácticas discriminatorias, se han establecido órganos de control y seguimiento, también el asunto ha llegado a plantearse ante órganos jurisdiccionales que están asentando su criterio, pero lo cierto

⁶⁵ Puede verse un análisis de estos asuntos en Sánchez-Tomás 2024 y Gascón-Cuenca 2025.

⁶⁶ Sánchez-Tomás 2024:12

es que la continuidad de la práctica se basa en tres aspectos: la falta de información y de datos, la inexistencia de mecanismos de control de la discrecionalidad policial, y la propia “cultura policial”.

En primer lugar, la falta de información y de datos estadísticos incide en la falta de transparencia y la posibilidad de realizar un seguimiento y evaluación adecuados. Esto hace inoperante cualquier órgano o autoridad autónoma de control y también dificulta cualquier estudio o valoración académica o científica que pueda arrojar luz con neutralidad. La recopilación de estos datos estadísticos, su publicidad, accesibilidad y estudio son necesarios para la rendición de cuentas de las actuaciones que se realicen, para realizar un control y seguimiento de la gestión de la diversidad, para poder evaluar programas de actuación y, en definitiva, para favorecer la transparencia por parte de las instituciones democráticas hacia la ciudadanía. Además, se favorecería la ciencia e investigación criminológica tan necesaria en nuestro país⁶⁷.

El propio Defensor del Pueblo reclama en su último informe lo que ha reiterado en otras ocasiones: “la necesidad de contar con datos para optar por lo que se denomina «Políticas con conocimiento de causa» es uno de los objetivos del Plan de Acción Antirracismo 2020-2025 de la Unión Europea.”⁶⁸ En concreto “la elaboración de un sistema estadístico de recopilación y seguimiento de los datos desglosados a partir de los datos obtenidos de los formularios de identificación.”⁶⁹

En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, parece necesario establecer mecanismos y sistemas de control en la práctica diaria de la discrecionalidad policial. Se han realizado como proyectos piloto y permiten conocer el número de identificaciones, la proporción de las actuaciones entre la población mayoritaria y las personas pertenecientes a grupos minoritarios, además de garantizar y respetar los derechos de las personas⁷⁰.

El Defensor del Pueblo en su informe de 2022 recordaba una recomendación de diez años atrás (Defensor del Pueblo, 2013): “el uso sistemático de formularios de identificación y registro en los que conste la

⁶⁷ López-Riba, 2021:20, 22; Arenas & García-España, 2022:252

⁶⁸ Defensor del Pueblo-2023, 2024:34

⁶⁹ Defensor del Pueblo-2022, 2023:177

⁷⁰ Arenas & García-España, 2022:241. Véase el Programa para la Identificación Policial Eficaz (PIPE) y su análisis en OSJI 2015 y Arenas-García&García-España, 2016. Sobre la eficacia de los programas para la reducción de las actuaciones policiales con perfil étnico, véase García España, 2023: 262 y ss.

etnia, raza y nacionalidad de la persona sometida al control de identidad, como del motivo de la identificación, de acuerdo con los principios de consentimiento informado y confidencialidad.”⁷¹ En la reciente sentencia *Wa Baile c. Suiza* (20 de febrero de 2024) se plantea incluso la necesidad de que exista *un marco jurídico y administrativo suficiente que evite que se puedan producir controles de identidad discriminatorios*.

Sorprende que el criterio del Ministerio del Interior es contrario a esta medida: “a juicio de la Dirección General de la Policía, el dato relativo a la raza o etnia de una persona no es un dato necesario para su identificación ni se encuentra documentado en ningún registro público, o privado, que permita su comprobación a los efectos de garantizar su exactitud, por lo que su inclusión en un documento probatorio para la remisión, en su caso, a la autoridad judicial o fiscal, además de infringir los principios relativos al tratamiento de datos personales, podría viciar el procedimiento penal o administrativo en el que se inserte.”⁷²

En tercer lugar, cabría destacar como una dificultad la propia “cultura policial”. El modelo policial en España proviene de un modelo profesional y burocrático «basado en la eficacia y el ascendiente de la policía en la “lucha contra el crimen”, y enfatiza el papel de la policía en la aplicación de la ley y el orden. Decíamos en un texto en el se analizaba el modelo policial en relación a las características afectivas o instrumentales que “los informes policiales se centran siempre en la resolución de delitos, las estadísticas sobre victimización y el número de casos resueltos, como ilustran los informes anuales publicados por el Ministerio del Interior y otras policías regionales como los Mossos d'Esquadra (la policía nacional de Cataluña). Los factores instrumentales, más que los afectivos, parecen desempeñar el papel principal en la actividad policial española.”⁷³

Los legisladores españoles y las políticas públicas deberían considerar modelos policiales orientados a la comunidad⁷⁴ para reforzar la transparencia, confianza y cooperación con los grupos sociales diversos que forman parte de nuestras sociedades⁷⁵. Como hemos dicho: “Si se quiere sostener y aumentar la

⁷¹ Defensor del Pueblo-2022, 2023:177

⁷² Transcrito en Defensor del Pueblo-2022, 2023:178

⁷³ Bradford y otros, 2016:402

⁷⁴ Bradford y otros, 2016:408

⁷⁵ OSCE, 2010; Polo Navarro, 2020; SOS Racismo, 2024: 62-63

legitimidad de la policía en España, podría entonces argumentarse que el modelo policial debería cambiar hacia uno basado en la cooperación entre la policía y la población, junto con una mejor respuesta operativa de las fuerzas policiales a las prioridades públicas y a la prevención de la delincuencia. Dado que la distancia entre la policía y la ciudadanía no es tan grande como sugeriría el modelo ideológico dominante, puede haber espacio para una mayor colaboración entre la policía y los ciudadanos, y un estilo de actuación policial basado en el trabajo para generar confianza y legitimidad.⁷⁶

Entre otras actuaciones que promuevan esta cultura se podría incrementar la formación policial en materias de diversidad social y cultural, desarrollar estrategias de participación con la comunidad y sus actores teniendo en cuenta sus necesidades, o incorporar y reclutar agentes que reflejen la composición de la propia cultura diversa de las poblaciones a las que sirven⁷⁷.

⁷⁶ Bradford y otros, 2016:411

⁷⁷ Cea&Valles, 2021:148; Arenas & Garcia-España, 2022:251

Referencias bibliográficas.

- Arenas-García, L., & García-España, E. (2016). “Identificaciones policiales y discriminación racial en España. Evaluación de un programa para su reducción”. *Boletín Criminológico*, (22). <https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.2016.v22i2016.7546>
- Arenas-García, L. y García-España, E. (2022); “Police stop and search in Spain: an overview of its use, impacts and challenges”, *InDret*, 3, 2022, 233-257
- Bayona-i-Carrasco, J., & Domingo, A. (2024). “Descendientes de inmigrantes nacidos en España: ¿hacia una integración segmentada?”. *Revista Española De Investigaciones Sociológicas*, (187), págs. 25–44. <https://doi.org/10.5477/cis/reis.187>.
- Beaman, J. (2021). “Towards a Reading of Black Lives Matter in Europe”. *Journal of Common Market Studies.*, 59(S1), págs. 103–114.
- Bradford, B., R. Martin, J. García-Añón, A. Gascón-Cuenca, J.A. García-Sáez, A. Llorente (2016), “Instrumental and affective influences on public trust and police legitimacy in Spain”, *European Journal of Policing Studies*, 394-416 http://www.uv.es/garciaj/pub/2016_bradford_et_al.pdf
- Cea D’Ancona, M^a A., Valles M.S (2021), *Aproximación a la población africana y afrodescendiente en España. Identidad y acceso a derechos*, Ministerio de Igualdad, Dirección General para la Igualdad de Trato y Diversidad Étnico Racial, Madrid. https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Informe_Igualdad_accesible.pdf
- CEDRE (Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica), *Estudio sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2013*, Ministerio de Igualdad, 2015 <https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/percepcion-de-la-discriminacion-por-el-origen-racial-o-etnico-por-parte-de-las-potenciales-victimas-en-2013/>
- CEDRE (Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica), *Estudio sobre la percepción de la discriminación por origen racial o étnico por parte de sus potenciales víctimas en 2020*, Ministerio de Igualdad, 2020 https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/2024/05/08-PERCEPCION_DISCRIMINACION_RACIAL_NAV.pdf
- Contreras, María; Carvalho, J. Prado B.(2023); “Delincuencia de personas migrantes en España: análisis crítico de la utilidad de las estadísticas oficiales como fuente de investigación”, en coord. Contreras Román, M., & García España, E. *Inmigración y control social: Desafíos de la moderna Criminología*. Tirant lo Blanch. 2023, 27-55
- Defensor del Pueblo (2013), *Recomendaciones 45/2013, de 17 de abril, formuladas a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, para erradicar la práctica policial consistente en controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales (13006593)*, 154-157 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013_Anexo_E_1_Recomendaciones_2013.pdf
- Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2022. Volumen I*, Madrid, 2023 <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/03/Defensor-del-Pueblo-Informe-anual-2022.pdf>
- Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2023. Volumen I*, Madrid, 2024 https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/03/Defensor-del-Pueblo_Informe-anual-2023.pdf

- Fernández-Bessa, C., Maroto-Calatayud, M., Brandariz, J.A. (2024). "Policing Migration, Protest, and Sovereignty: The Politicisation of Stop and Search Practices in Spain". en De Maillard, J., Verfaillie, K., Rowe, M. (eds) *The Politicization of Police Stops in Europe*. Palgrave's Critical Policing Studies. Palgrave Macmillan, Cham. 97-119
- FRA (Fundamental Rights Agency), *Your rights matter: Police stops*, European Union Agency for Fundamental Rights Luxembourg, Publications Office, 2021
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-survey-police-stops_en.pdf
- FRA (Fundamental Rights Agency), *Being Black in the EU. Experiences of people of African descent*, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023a
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2023-being-black_in_the_eu_en.pdf
- FRA (Fundamental Rights Agency), *Roma in 10 European Countries: Roma Survey 2021. Main Results*, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2023b
<https://fra.europa.eu/en/publication/2022/roma-survey-findings>
- FRA (Fundamental Rights Agency), *Addressing Racism in Policing*, European Union Agency for Fundamental Rights, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2024
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2024-addressing-racism-in-policing_en.pdf
- García-Añón, J., Bradford, B., García-Sáez, J.A., Gascón-Cuenca, A., Llorente, A. (2013); *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Colección "Derechos Humanos", nº 22, Valencia, Tirant lo Blanch-Publicacions de la Universitat de València.
http://www.uv.es/garciaj/pub/2013_perfil_etnico.pdf
- García-Añón, J.(2017), "Las limitaciones de derechos en disposiciones y actuaciones administrativas: la desproporción de las sanciones y el impacto en la cooperación, la confianza y la legitimidad", Ed. Maria Borrello y Gianluca Ruggiero, *La Città si Cura. Atti del Convegno, Torino 6 Maggio 2016*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, nº 16, Napoli, Editoriale Scientifica, págs. 103-115
- García-Añón, J., (2018), "Acceder a la justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho", Cristina Garcia Pascual (Coor.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, Tirant lo Blanch, págs. 301-328
- García-España, E. (2019), "Más inmigración, menos delincuencia", *Revista Crítica Penal y Poder*. nº 18, diciembre, pp. 194-205
<https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30493/30700>
- García España, E. (2023), "Sesgos étnicos policiales en identificaciones callejeras", coord. Contreras Román, M., & García España, E. *Inmigración y control social: Desafíos de la moderna Criminología*. Tirant lo Blanch. 251-269
- Gascón Cuenca, Andrés (2025). "La utilización de perfiles étnicos como una práctica de discriminación sistémica de carácter institucional: análisis de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Wa Baile contra Suiza*", *Derechos y Libertades*, 53.
- López-Riba, J. M. (2019). "¿Tienen las identificaciones policiales efectos preventivos en la delincuencia?" *International e-Journal of Criminal Sciences*, 8(14), 2-22

López-Riba, J. M. (2021), “El análisis cuantitativo de las identificaciones y las detenciones policiales en España. Datos disponibles, limitaciones e implicaciones”. *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, Vol. 19, Nº. Extra 2, pp.1-30

Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J.M. (2019). “Los requerimientos de identificación racistas y detenciones en el control migratorio”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, pp. 1-10.
<https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30410/30683>

OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe), *Police and Roma and Sinti: Good Practices in Building Trust and Understanding*, SPMU Publication Series vol. 9, Vienna, 2010
<https://www.osce.org/files/f/documents/b/7/67843.pdf>

OSJI (Open Society Justice Initiative), *Identificaciones policiales imparciales y eficaces. Lecciones sobre la reforma en cinco servicios policiales españoles*, Open Society Foundations, New York, 2015
<https://www.justiceinitiative.org/uploads/e8a9644b-6d37-4b58-82eb-7267baff936e/fair-effective-police-stops-sp-20160208.pdf>

Polo Navarro, Patricia,(2020) *Propuestas para unas indentificaciones policiales no discriminatorias. Medidas efectivas de prevención, control y erradicación de las actuaciones policiales de carácter racista*, Oficina de Drets Civils i Polítics, Generalitat de Catalunya.
<https://igualtat.gencat.cat/web/.content/Ambits/drets-igualtats/informes-DDHH/identificacions-policials-es.pdf>

Sánchez Tomás, J.M. (2024), “Dossier Migración y trata. Algunas sentencias relevantes: Los controles policiales de identidad por perfil racial en España y el TEDH (STEDH 18-10-2022, Caso Muhammad c. España”, *Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época)*, mayo de 2024, no 26, pp. 1-15
<https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/46795/41725>

SOS Racismo, *Informe anual sobre el estado del racismo en el estado español. Denuncias recopiladas*, Federación SOS Racismo, www.sosracismo.eu, 2024
<https://migrant-integration.ec.europa.eu/system/files/2024-07/INFORME-2024-1.pdf>

Ziati Ziati, H., Trespaderne Dedeu, A., Ziati Ziati, N., & Soria Verde, M. Á. (2022). “Identificaciones policiales por perfil racial. Estudio criminológico sobre las experiencias de identificación en España en 2020-2021”. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 14(1), 41-56.

Nietzsche y la ciencia jurídica: la interpretación de Bodenheimer sobre la filosofía nietzscheana revisitada

Nietzsche and legal science: Bodenheimer's interpretation on Nietzsche revisited

Vinicius Fernandes Ormelesi
Universidad del Estado de Minas Gerais (Brasil)
ORCID: 0000-0002-6511-6086

Fecha de recepción 29/05/2024 | De aceptación: 01/12/2024 | De publicación: 23/12/2024

RESUMEN

Este trabajo aborda la interpretación de la filosofía nietzscheana realizada por el jurista Edgar Bodenheimer para verificar si ella puede ayudar en la comprensión del pensamiento de Nietzsche en relación con el derecho. Se busca recoger las impresiones fundamentales de la obra de Bodenheimer sobre Nietzsche para examinar posibles errores cometidos por el jurista al tratar el pensamiento nietzscheano. Al término de este estudio, se pretende responder a la hipótesis planteada sobre si todavía hay relevancia en el estudio de la lectura hecha por Bodenheimer para entender el pensamiento de Nietzsche sobre el derecho.

PALABRAS CLAVE

Nietzsche; filosofía; Bodenheimer; derecho; interpretación.

ABSTRACT

This work deals with the interpretation of Nietzschean philosophy carried out by jurist Edgar Bodenheimer to verify if it can help in the understanding of Nietzsche's thought in relation to law. We seek to gather the fundamental impressions of Bodenheimer's work on Nietzsche to examine possible mistakes made by the jurist when dealing with Nietzschean thought. At the end of this study, it is intended to answer the hypothesis raised about whether or not there is still relevance in the study of the reading made by Bodenheimer for the understanding of Nietzsche's thought on law.

KEY WORDS

Nietzsche; philosophy; Bodenheimer; law; interpretation.

Sumario: 1. Introducción. 2. Nietzsche y la filosofía del derecho. 3. La interpretación olvidada de Bodenheimer. 4. La voluntad de poder y la voluntad de derecho en Bodenheimer. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

1. Introducción

El pensamiento de Friedrich Nietzsche (1844-1900) aparece apropiado por varias corrientes teóricas del siglo XX.¹ En el campo del Derecho, muchas veces la filosofía nietzscheana se asocia a corrientes de vanguardia o progresistas. Sin embargo, los estudiosos del pensamiento del filósofo divergen sobre la forma más adecuada de comprender el carácter político de su filosofía, habiendo incluso aquellos que niegan la existencia de un tal carácter.² En lo que respecta a la cuestión del pensamiento nietzscheano en las ciencias jurídicas, este trabajo pretende rescatar una visión olvidada sobre la relación entre la filosofía de Nietzsche y el derecho. Se trata de la interpretación pionera realizada por el jurista estadounidense Edgar Bodenheimer (1908-1991) en su obra “*Power Law and Society: a study of the will to power and the will to law*” publicada en 1973.³

Es curioso notar que casi no hay menciones al estudio de Bodenheimer sobre Nietzsche en los trabajos que abordan la temática del derecho en el pensamiento del filósofo alemán. Incluso entre los estudios producidos por autores del área del Derecho, la obra de Bodenheimer sobre el filósofo es prácticamente desconocida. En el escenario nacional, tal realidad se repite. La falta de atención dada al escrito de Bodenheimer puede indicar su poca relevancia para el debate académico o para la investigación sobre Nietzsche. Sin embargo, el pionerismo de esta “lectura jurídica” de los textos del filósofo merece ser destacado.

Así, este estudio busca rescatar la lectura de Bodenheimer de los textos nietzscheanos. Se cree que sea valioso revisar el texto del jurista, aunque sea para señalar sus fallas e imprecisiones, pues estas también pueden ser aclarativas para una mejor comprensión del pensamiento de Nietzsche sobre el derecho. Más que averiguar aciertos e inadecuaciones de la interpretación del jurista, se pretende presentar la lectura

¹ Ese hecho es percibido por Marton, Scarlett. *Nietzsche, filósofo da suspeita*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Casa do Saber, 2010. Sobre la recepción de la filosofía de Nietzsche, ver Del Hierro Oliva, Rafael. “La recepción del pensamiento nietzscheano en el siglo XX”. *Endoxa*, n. 4, pp. 233-254, 1994.

² Woodward, Ashley. *Understanding Nietzscheanism*. London: Routledge, 2014.

³ Este estudio trata con especial enfoque el primer capítulo de la obra mencionada, en el cual el jurista considera la filosofía de Nietzsche. Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972.

de Bodenheimer sobre la noción de derecho en Nietzsche y mostrar su relevancia para los estudios sobre Nietzsche y el derecho.

Primeramente, este trabajo traza un breve panorama sobre los estudios del derecho en la filosofía de Nietzsche en el ámbito general. En seguida, se presenta la interpretación de Bodenheimer sobre Nietzsche y se toman las principales críticas que tal lectura recibió.⁴ Al final, se hace una comparación de las tesis de Bodenheimer con el pensamiento de Nietzsche y se tejen algunas consideraciones adicionales. El análisis y discusión de los resultados obtenidos se realizan a partir del concepto de recepción filosófica⁵ con apoyo en estudios sobre el “nietzscheanismo”.⁶

2. Nietzsche y la filosofía del derecho

Es comúnmente aceptado en el ámbito jurídico la idea de que el pensamiento de Friedrich Nietzsche (1844-1900) carece de relevancia para la filosofía o la teoría del derecho. También se observa que Nietzsche no suele ser considerado entre los llamados "filósofos del derecho", al menos no entre los autores considerados "canónicos" de esta disciplina, como Kant o Hegel. Los libros de filosofía del derecho en general no suelen abordar la reflexión nietzscheana, siendo posible inferir que el pensamiento del autor no es tratado entre los autores clásicos del Derecho. Incluso los compendios sobre filosofía del derecho no suelen abordar directamente el pensamiento de Nietzsche.⁷ A título de ejemplo, en su *Historia de la filosofía del Derecho*, Billier y Maryioli no tratan de la filosofía nietzscheana salvo por la mención en el último capítulo de la obra al “neonietzscheísmo” de Michel Foucault.⁸

Hay aún autores como Michel Villey que incluso niegan la relevancia del estudio del pensamiento nietzscheano o de otros filósofos “clásicos” al afirmar que “[...] en Descartes, Pascal, Kant, Hegel, Comte, Nietzsche, Kierkegaard, Freud así como en un Sartre o un Heidegger o en la Sorbona de hoy” no

⁴ Las críticas están basadas principalmente en el estudio de Irwin, Thomas Henry. “Nietzsche and Jurisprudence: with particular reference to the analysis of Edgar Bodenheimer”. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v. 73, n. 2, pp. 216-234, 1987.

⁵ La discusión de ese punto es planteada según Heller, Agnes. *Por una filosofía radical*. Traducción de J. Francisco Ivars. Barcelona: Ediciones 2001, 1980.

⁶ Sobre el nietzscheanismo ver Woodward, Ashley. *Understanding Nietzscheanism*. London: Routledge, 2014.

⁷ Se puede mencionar el compendio editado por Golding, Martin P. y Edmundson, William A. *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*. Malden: Blackwell, 2005. Una excepción en este aspecto es el trabajo de Guido Fassò, en el cual se aborda la filosofía de Nietzsche en una pequeña sección de la obra. Ver Fassò, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. III. Ottocento e Novecento. Bari: Laterza, 2020.

⁸ Billier, Jean-Cassien y Maryioli, Aglaé. *Histoire de la philosophie du droit*. Paris: Armand Colin, 2001, p. 470.

hay “ninguna experiencia del derecho”. Además de refutar que en Nietzsche haya una “experiencia de derecho”, al analizar la escuela del derecho libre, Villey culpa una tradición anti-intelectualista que va de Nietzsche a Bergson por un “irracionalismo” que estaría “asolando la ciencia del derecho” en ese momento.⁹

Autores como Villey están equivocados en relación a Nietzsche, una vez que es vasta la literatura sobre la relación entre el pensamiento nietzscheano y el derecho, evidenciando la presencia de temas “jurídicos” entre las preocupaciones del filósofo y sobre la relevancia de la filosofía de Nietzsche para la filosofía del derecho. Para tanto, basta considerar el análisis de Gerhardt sobre la relación entre derecho y poder en el pensamiento del filósofo alemán, el estudio de Mineau sobre la cuestión de los derechos humanos en la filosofía nietzscheana, el estudio de Litowitz sobre la crítica de Nietzsche a la teoría del derecho natural, además del trabajo de Thüring sobre derecho y memoria o el de Lotter sobre derecho y política en Nietzsche.¹⁰ Vale destacar también la colección de trabajos sobre Nietzsche y la teoría del derecho organizada por Goodrich y Valverde.¹¹ De modo más amplio, se pueden citar también los estudios de Wotling y Petersen sobre justicia y derecho en Nietzsche.¹²

En un estudio sobre la justicia en el pensamiento nietzscheano, Melo afirma que “[la] reflexión sobre la justicia en Nietzsche [...] nos lleva a un modo de pensar que descubre las relaciones de poder presentes en todas las interpretaciones que se revisten de una máscara moral a las fórmulas corrientes que se abre

⁹ Villey, Michel. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 52 y 399.

¹⁰ Gerhardt, Volker. “Das „Princip des Gleichgewichts“. Zum Verhältnis von Recht und Macht bei Nietzsche“. *Nietzsche-Studien*, Berlin, v. 12, pp. 111-133, 1983. Mineau, André. “Human rights and Nietzsche”. *History of European Ideas*, v. 11, n. 1-6, pp. 877-882, 1989. Litowitz, Douglas. “Nietzsche’s Theory of Law: A Critique of Natural Law Theory”. *Legal Studies Forum*, v. 18, n. 4, pp. 393, 1994. Thüring, Hubert. “Das Gedächtnis als Grund und Abgrund des Rechts bei Nietzsche: eine Erwägung zur Genealogie“. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, v. 77, pp. 57-76, 2000. Lotter, Maria-Sibylla. “„So wenig als möglich Staat!“ Über Nietzsches Stellung zu Recht und Politik“. *Nietzsche-Studien*, v. 37, n. 1, pp. 433-445, 2008.

¹¹ Goodrich, Peter y Valverde, Mariana (eds.). *Nietzsche and legal theory: half-written laws*. Nova York: Routledge, 2005.

¹² Wotling, Patrick. “Quando a potência dá prova de espírito: origem e lógica da justiça segundo Nietzsche”. *Cadernos Nietzsche*, São Paulo, n. 32, pp. 203-232, 2013. Petersen, Jens. *Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit*. Berlin: Walter de Gruyter, 2015.

a la demanda por justicia.”¹³ Finalmente, para que no quede duda sobre la preocupación del filósofo con temas propiamente “jurídicos”, tómese el representativo fragmento póstumo en el que Nietzsche se refiere directamente a la filosofía del derecho: “Sí, ¡la filosofía del derecho! Esta es una ciencia que, como todas las ciencias morales, ¡aún no se encuentra ni en pañales! Por ejemplo, incluso entre juristas que se consideran librepensadores se desconoce aún el significado más antiguo de la pena – no se sabe nada sobre él: y mientras la ciencia del derecho no se apoye en un nuevo suelo, a saber, el de la comparación entre historias y pueblos, permanecerá en ese combate deplorable entre abstracciones sin sentido”.¹⁴

Pese a las frecuentes referencias a Nietzsche como “reaccionario” o “irracional”, tales como las de Villey o Fassò, los trabajos arriba mencionados permiten cuestionar tales afirmaciones, mostrando que hay una interpretación del pensamiento de Nietzsche que lo sitúa dentro de la reflexión sobre los fenómenos jurídicos y su relevancia para la filosofía del derecho. Vamos a mostrar que la posibilidad de la apropiación del pensamiento de Nietzsche por parte del Derecho es verdadera, tanto que Bodenheimer intenta hacer una lectura jurídica del pensamiento del filósofo a partir del análisis de la voluntad de poder en su obra.

3. La interpretación olvidada de Bodenheimer

Edgar Bodenheimer (1908-1991) fue un jurista alemán de la segunda mitad del siglo XX. De origen judío, el pensador huyó del nazismo que se instalaba en Alemania para los Estados Unidos. En Estados Unidos, se destacó por su carrera en el área del derecho y llegó a ser profesor emérito de la Universidad

¹³ Melo, Eduardo Rezende de. *Nietzsche e a justiça*. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 179. Del mismo modo, en una tesis doctoral en Filosofía, Rosas Fernandes procura defender la existencia de una filosofía del derecho en Nietzsche: “Si en la modernidad la filosofía del derecho se caracteriza como una reflexión filosófica de la ciencia del derecho y de sus instituciones, esto es, de este segmento específico dentro del conocimiento filosófico como género, entonces a partir de la propia exégesis de los textos de Nietzsche podemos responder de forma afirmativa: existe una filosofía del derecho dentro del pensamiento nietzscheano. Las varias concepciones de derecho del natural al positivado, del no escrito al escrito, del primitivo al moderno, así como la genealogía del propio derecho y de sus instituciones, la crítica del derecho como ciencia y las varias nociones de justicia fueron privilegiadas a lo largo de las tres fases del pensamiento de Nietzsche.” Rosas Fernandes, Rodrigo. *Nietzsche e o direito*. 239 f. Tese (Doctorado en Filosofía) – Pontificia Universidad Católica de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 181.

¹⁴ Traducción nuestra del fragmento póstumo de Nietzsche (FP 8[13] de 1883). Nietzsche, Friedrich W. *Sämtliche Werke*. Kritische Studienausgabe (KSA), 15 vols. (Organizada por Giorgio Colli e Mazzino Montinari). Múnich: Walter de Gruyter, 1999. Las referencias a las obras de Nietzsche siguen también la convención existente en los estudios nietzscheanos, de la siguiente manera: sigla de la obra [coma] nombre de la sección (si la hay) [espacio] número del aforismo (o del párrafo o del fragmento) [coma] la sigla de la obra de la edición crítica (*Kritische Studienausgabe* - KSA) [espacio] número del volumen de la obra de la edición crítica [punto] número de la página. Las siglas de las obras se indican en alemán y español: GM para “La genealogía de la moral”, A para “Aurora”, AC para “El anticristo” y FP para fragmentos póstumos.

de Davis (California). Escribió varias obras importantes en el área de la filosofía del derecho y de la teoría del Derecho, y su “*Jurisprudence: the philosophy and method of the law*”, publicado en 1940, es un libro de referencia en el área.¹⁵

Bodenheimer dedicó el primer capítulo de su obra “*Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*” a la filosofía nietzscheana y buscó criticar las posiciones de Nietzsche sobre el derecho, las cuales, según él, podrían llevar a un “nihilismo jurídico” (*legal nihilism*).¹⁶ Basando su análisis fundamentalmente en la noción nietzscheana de “voluntad de poder”, Bodenheimer procuró refutar las ideas del filósofo alemán en el campo del derecho, contraponiendo a la voluntad de poder (*will to power*) la idea de “voluntad de derecho” (*will to law*).¹⁷

El jurista se propuso realizar una exégesis de la filosofía de Nietzsche a partir del análisis de la voluntad de poder como base del pensamiento del autor. Además, se dedicó a presentar un análisis del derecho y su función dentro de la sociedad a partir de una interpretación nietzscheana. En su análisis, Bodenheimer menciona que, para Nietzsche, el derecho está íntimamente vinculado a la estructura de poder en la sociedad y que, para entender el derecho, es esencial comprender la dinámica de la voluntad de poder. Según Bodenheimer, Nietzsche entiende que el derecho no es más que una manifestación de la voluntad de poder, un medio por el cual los individuos y los grupos imponen su voluntad sobre otros. El autor argumenta que, para Nietzsche, el derecho no tiene una existencia autónoma ni una esencia propia, sino que es una construcción social utilizada para mantener y justificar las relaciones de poder existentes. Aunque la obra jurídica de Bodenheimer ha recibido una atención considerable en el ámbito de la teoría del derecho¹⁸, su interpretación de la filosofía de Nietzsche ha sido poco debatida.

¹⁵ Bodenheimer, Edgar. *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (revised edition). Cambridge: Harvard University Press, 1974.

¹⁶ Vale mencionar que Bodenheimer no está solo en esta opinión: “*Nietzsche did not present anything resembling a systematic philosophy of law, and is generally thought to have been a legal nihilist who denied the existence of basic human rights.*” Litowitz, Douglas. “Nietzsche's Theory of Law: A Critique of Natural Law Theory”. *Legal Studies Forum*, v. 18, n. 4, pp. 393, 1994, p. 393.

¹⁷ Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972.

¹⁸ La obra jurídica más celebrada de Bodenheimer es *Jurisprudence*, publicada en 1940 y revisada en 1962, cuando fue renombrada a *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* y reeditada en 1974. Sobre la relevancia del pensamiento de Bodenheimer para el derecho, ver Durham Junior, W. Cole. “Edgar Bodenheimer: conservator of civilized legal culture”. *University of California Davis Law Review*, v. 26, pp. 653-672, 1992. Para notas biográficas acerca del jurista alemán, ver Bruch, Carol et al. “Edgar Bodenheimer 1908-1991”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, pp. 657-659, 1991.

En términos generales, la apreciación crítica que la referida obra de Bodenheimer recibió en la literatura científica no fue positiva. En el campo de la ciencia del Derecho, las respuestas variaron desde reseñas laudatorias¹⁹, pasando por cierta indiferencia en relación con la contribución del estudio de Bodenheimer²⁰, hasta reacciones más virulentas y descalificadoras de la obra²¹. Sin embargo, todas ellas han considerado el conjunto de la obra, sin profundizar en el análisis específico del tratamiento que Bodenheimer dispensa a la filosofía nietzscheana. Solo un trabajo se propuso estudiar críticamente la interpretación de Nietzsche hecha por Bodenheimer. Sin embargo, este estudio crítico también se extiende en los temas de la “voluntad de poder” y del “nihilismo” en Nietzsche, buscando mostrar que los errores de Bodenheimer se deben a una mala comprensión del verdadero significado de estas nociones en la filosofía nietzscheana, sin detenerse específicamente en el tema del derecho.²² Por lo tanto, es posible notar que la literatura aún no ha tratado efectivamente el modo en que Bodenheimer interpreta la noción de derecho en Nietzsche, así como no se perciben estudios sobre la recepción del pensamiento nietzscheano por parte de Bodenheimer.

El tema central del ya mencionado libro de Bodenheimer es la “relación entre poder y derecho”, concebida por él como un “conflicto entre la voluntad de poder - representada por Nietzsche - y la voluntad de derecho”²³. La pregunta que el jurista busca responder es “si la institución del derecho tiene sus raíces en ciertos rasgos biológicos y psíquicos del hombre”, es decir, “si hay una ‘voluntad de derecho’ anclada en la estructura de la naturaleza humana”²⁴. De este modo, para defender una tendencia natural del ser humano hacia una “estabilidad jurídica”, Bodenheimer elige el pensamiento de Nietzsche como representativo de lo que sería la tendencia opuesta: el caos causado por la voluntad de poder.

¹⁹ Gardiner, Hilliard A. “Power, Law, and Society. A Study of the Will to Power and the Will to Law by Edgar Bodenheimer”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 22, n. 2, pp. 400-402, spring 1974.

²⁰ Baer, M. G. “Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law: by Edgar Bodenheimer”. *Alberta Law Review*, v. 12, n. 2, p. 292-293, 1974.

²¹ D’Amato, Anthony. “Review of ‘Power, Law, and Society: a study of the will to power and the will to law, by Edgar Bodenheimer, 1974’”. *Washington University Law Quarterly*, v. 11, n. 2, pp. 375, 1974. Milton, Philip. “Review of ‘Law in modern society’ by Roberto Mangabeira Unger; ‘Power, Law and Society’ by Edgar Bodenheimer”. *The Modern Law Review*, v. 41, n. 6, pp. 757-759, nov. 1978.

²² Irwin, Thomas Henry. “Nietzsche and Jurisprudence: with particular reference to the analysis of Edgar Bodenheimer”. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 73, n. 2, pp. 216-234, 1987.

²³ Milton, Philip. “Review of ‘Law in modern society’ by Roberto Mangabeira Unger; ‘Power, Law and Society’ by Edgar Bodenheimer”. *The Modern Law Review*, v. 41, n. 6, pp. 757-759, nov. 1978, p. 759.

²⁴ Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972, p. 23.

Bodenheimer busca defender las instituciones jurídicas de los ataques de sus críticos, colocándose como un abogado de la tradición jurídica en nombre del ideal “civilizatorio” del derecho.²⁵ En este sentido, él elige a Nietzsche como oponente al afirmar que “Nietzsche fue una fuente de autoridad para sostener el crecimiento del nihilismo legal”²⁶. Sin embargo, “aunque Bodenheimer esté en lo correcto al decir que Nietzsche fue un profeta del nihilismo y que acogió el fenómeno del nihilismo, está equivocado al afirmar que el propio Nietzsche defendía el nihilismo [...] él procuró superarlo.”²⁷

Según Bodenheimer, “la insatisfacción es para Nietzsche el gran estímulo a la vida”, pues “es en la vida orgánica, y especialmente en la vida de los seres humanos, que el principio de la ‘superación’ alcanza su momento mayor”, es decir, “la voluntad de poder busca lo que se le opone: se esfuerza por apropiarse, anexar, conquistar y someter”²⁸. No obstante, de acuerdo con Irwin, “la debilidad en el enfoque de Bodenheimer sobre la voluntad de poder proviene de su malentendido sobre la relación entre autorrealización y dominación en la filosofía del poder de Nietzsche.” Así, “aunque Nietzsche proclamara la voluntad de poder como la fuerza animadora de la vida, él no aprobaba totalmente todas sus manifestaciones. Él prefería el autodomínio al dominio de los demás.”²⁹

De este modo, para Irwin, el “análisis de Bodenheimer sobre la relación de Nietzsche con la ciencia del derecho comienza con una falla crucial: su incomprensión del papel que la dominación desempeña en la filosofía del poder de Nietzsche.”³⁰ Pese a la constatación de que Bodenheimer hizo una lectura sesgada e incorrecta de lo que serían efectivamente las nociones de “voluntad de poder” y de “nihilismo” para el filósofo alemán ya esté efectivamente demostrada en la literatura, eso no parece ser suficiente para que la interpretación realizada por el jurista pueda ser descartada por completo.

²⁵ Durham Junior, W. Cole. “Edgar Bodenheimer: conservator of civilized legal culture”. *University of California Davis Law Review*, v. 26, pp. 653-672, 1992.

²⁶ Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972, p. 3.

²⁷ Irwin, Thomas Henry. “Nietzsche and Jurisprudence: with particular reference to the analysis of Edgar Bodenheimer”. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 73, n. 2, pp. 216-234, 1987, p. 225.

²⁸ Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972, p. 8.

²⁹ Irwin, Thomas Henry. “Nietzsche and Jurisprudence: with particular reference to the analysis of Edgar Bodenheimer”. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 73, n. 2, pp. 216-234, 1987, pp. 218-219.

³⁰ *Ibidem*, p. 221.

Además, como forma de señalar también aciertos del jurista, tomemos, por ejemplo, el hecho de que Bodenheimer percibió acertadamente la idea nietzscheana de que los órdenes jurídicos poseen un carácter circunstancial: “El derecho, por lo tanto, es relegado por Nietzsche a la tarea de asegurar estados temporales de equilibrio y neutralización que son meramente preparatorios para la ocurrencia de nuevos eventos dinámicos en el balancín de la lucha eterna”³¹. En la “Genealogía de la moral”, Nietzsche efectivamente afirma que “[...] a las situaciones de derecho no les es lícito ser nunca más que situaciones de excepción, que constituyen restricciones parciales de la auténtica voluntad de vida, la cual tiende hacia el poder, y que están subordinadas a la finalidad global de aquella voluntad como medios particulares: es decir, como medios para crear unidades mayores de poder [...]”³², poseyendo un carácter precario.

En el mismo sentido, Bodenheimer también nota correctamente el desprecio de Nietzsche por la noción moderna de derechos del hombre: “Claramente, está implícita en esta concepción una desaprobación de la visión de que los derechos fundamentales de los individuos son ‘inalienables’”³³. Nietzsche de hecho llega a afirmar que “no existen los derechos del hombre”³⁴ y considera que “la desigualdad de los derechos es la condición de existencia de los derechos en general”³⁵ creyendo que cuando todos tienen derechos iguales, nadie tendría derecho alguno. Esto porque Nietzsche está convencido de que los derechos surgen de una relación de poder, por composición cuando las partes en disputa tienen fuerza semejante y por sumisión cuando una de ellas tiene ventaja sobre la otra: “Nuestros derechos son la parte de nuestro poder que los demás no sólo nos reconocen sino que quieren que conservemos. ¿Por qué razón? Unas veces, por prudencia, por miedo o por discreción [...] Otras veces, el motivo puede ser la donación y la cesión, o bien hay que admitir un cierto sentimiento de poder en quien recibe la concesión.”

36

³¹ Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972, p. 12.

³² Nietzsche, Friedrich W. *La genealogía de la moral*. Un escrito polémico. Introducción, traducción y notas de Andrés Sánchez Pascual. Madrid: Alianza, 1972, p. 98. (GM/GM II, 11, KSA 5.312)

³³ Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972, p. 11.

³⁴ NF/FP 1877 25[1], KSA 8.482. Nietzsche, Friedrich W. *Sämtliche Werke*. Kritische Studienausgabe (KSA), 15 vols. (Organizada por Giorgio Colli e Mazzino Montinari). Múnich: Walter de Gruyter, 1999.

³⁵ AC/AC, 57, KSA 6.243. Nietzsche, Friedrich W. *Sämtliche Werke*. Kritische Studienausgabe (KSA), 15 vols. (Organizada por Giorgio Colli e Mazzino Montinari). Múnich: Walter de Gruyter, 1999.

³⁶ Nietzsche, Friedrich W. *Aurora*. Reflexiones sobre los prejuicios morales. Traducción de Enrique López Castellón. Madrid: M.E Editores, 1994, p. 96. (M/A, 112, KSA 3.100)

Y el filósofo complementa su raciocinio: “He aquí, pues, cómo se originan los derechos: son grados de poder reconocidos y garantizados. Si las relaciones existentes entre distintos poderes se modifican de una forma sustancial, desaparecen unos derechos y surgen otros, como lo demuestra el constante vaivén del derecho de los pueblos.” Así, “Dondequiera que reine el derecho, que se mantenga un estado y que se ostente un grado determinado de poder, se rechazará todo aumento o disminución de este. El derecho que reconocemos a los demás es una concesión del sentimiento de nuestro poder al sentimiento del poder ajeno.”³⁷

Por lo tanto, aunque la concepción de Bodenheimer sobre la forma en que Nietzsche comprende las nociones de voluntad de poder o de nihilismo esté equivocada, la percepción de que Nietzsche es un adversario del derecho moderno no lo está. Irwin juzga poder descartar el análisis de Bodenheimer atacando su error conceptual. A pesar del hecho de que el jurista esté equivocado respecto a las nociones filosóficas nietzscheanas, no se deduce que esté equivocado sobre la oposición de Nietzsche al derecho.

³⁸ Aquí es preciso verificar que Nietzsche se opone a la tradición jurídica moderna, de la cual Bodenheimer es un fervoroso representante. Así, es importante reconocer el mérito del jurista al percibir al filósofo de Zaratustra por lo que es, un adversario de la modernidad y, en consecuencia, de la doctrina jurídica moderna (igualdad de derechos, por ejemplo).

4. La voluntad de poder y la voluntad de derecho en Bodenheimer

Otro punto que merece destaque y no aparece discutido en la literatura es que la noción de “voluntad de derecho” (*will to law*), esbozada por Bodenheimer, deriva directamente de la recepción filosófica del pensamiento de Nietzsche por el jurista.³⁹ Agnes Heller define la filosofía como una forma de “objetivación” de las necesidades de la existencia humana. Respecto a la cuestión de la recepción, ella infiere que las “objetivaciones filosóficas sugieren al receptor lo que él debe hacer”, es decir, pensar sobre cómo se debe pensar, pensar sobre cómo se debe actuar y pensar sobre cómo se debe vivir.⁴⁰ Sin

³⁷ *Ibidem*, p. 97. (M/A, 112, KSA 3.101)

³⁸ El propio Irwin parece reconocer esto cuando afirma que “*Bodenheimer correctly summarizes the role law has traditionally played and the effect of Nietzsche's philosophy on that role*”; Irwin, Thomas Henry. “Nietzsche and Jurisprudence: with particular reference to the analysis of Edgar Bodenheimer”. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v. 73, n. 2, pp. 216-234, 1987, pp. 227. Pero, el otro error del autor estadounidense sería no comprender el papel que debe desempeñar el derecho después de la transvaloración de los valores.

³⁹ Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972, pp. 44 y 57.

⁴⁰ Heller, Agnes. *Por una filosofía radical*. Traducción de J. Francisco Ivars. Barcelona: Ediciones 2001, 1980, p. 32.

embargo, aunque en la construcción teórica de la filosofía estos tres momentos constituyan un todo unitario e indivisible, en la recepción de la filosofía, es posible que haya una separación relativa. Por cierto, la recepción de la filosofía es tan variada como variados son sus destinatarios. Aun así, Heller considera “esencial delimitar y ordenar los tipos fundamentales de acogida” para mostrar algunas características comunes en los más diversos tipos de acogida.⁴¹

En este sentido, la autora propone dividir en dos las formas de recepción, una completa y otra parcial. Los tipos de recepción que engloban al mismo tiempo los tres momentos de la filosofía (pensar en cómo se debe pensar, actuar y vivir), Heller denomina recepción completa. Los tipos que se componen solo del primero, del segundo o del tercer momento, Heller denomina recepción parcial. En la recepción completa, “la apropiación de la objetivación filosófica se alcanza así que la intención está orientada hacia la propia objetivación”. En el caso de la recepción parcial, “la intención no se aplica a la objetivación filosófica”, siendo solo “un medio para otras acciones”, las cuales van “desde la resolución de problemas vitales personales hasta la introducción de teorías específicas en otras esferas”.⁴²

En el caso de la recepción de la filosofía de Nietzsche en la obra de Bodenheimer, se puede afirmar que ella se da de modo parcial. Por lo tanto, en relación con la recepción filosófica parcial, Heller distingue una recepción política, una recepción iluminada y una recepción de conocimiento. Si el receptor parcial es impelido por el momento de “pensar en cómo se debe actuar”, se habla de una recepción política de la filosofía. Por otro lado, si la recepción parcial de la filosofía prioriza el momento “pensar en cómo se debe vivir” o él aparece aislado de los otros, se habla de una “recepción iluminada”. Separada de las otras, en la recepción iluminada el receptor “no aspira a ninguna generalización del modo de vida recomendado por la filosofía”, pues ella “no constituye nada más que un medio de dar sentido a su propia vida, es decir, ‘iluminar’ el sentido de su vida”⁴³. El tercer tipo de recepción parcial enfoca el momento “pensar en cómo se debe pensar”. En este último caso, la apropiación de la filosofía no llevaría ni a la acción inmediata ni a la adopción de un modo de vida, sino al conocimiento. Para Heller, esta recepción

⁴¹ *Ibidem*, pp. 32-33.

⁴² *Ibidem*, p. 33.

⁴³ Heller, Agnes. *Por una filosofía radical*. Traducción de J. Francisco Ivars. Barcelona: Ediciones 2001, 1980, p. 45.

es típica de la apropiación científica, ya que, de este modo, “son aprehendidas, por ejemplo, las ciencias, o mejor, los científicos asimilan la filosofía desde el punto de vista de su tarea científica”.⁴⁴

El caso de Bodenheimer es bastante atípico. Él afirma expresamente que “la voluntad de poder, en su forma pura, está, por lo tanto, en antítesis a la voluntad de derecho. Esto se torna particularmente manifiesto cuando los efectos del dominio del poder puro son comparados con las consecuencias del dominio del derecho.”⁴⁵. Igualmente, si por un lado él construye la idea de voluntad de derecho a partir de una recepción científica de la filosofía nietzscheana, por otro lado, eso se debe mucho a una discordancia ideológica del jurista en relación con el pensamiento de Nietzsche. De todos modos, la noción de voluntad de derecho surge en contraste con la noción de voluntad de poder, predominando en el escrito del jurista un objetivo de “probar” científicamente el error de la concepción del filósofo basada en la voluntad de poder.

Invocando las teorías psicológicas de Freud y Adler, Bodenheimer asevera: “estos hallazgos indican la existencia de otra fuente psicológica, íntimamente ligada a las otras fuentes ya mencionadas, que alimenta lo que se puede llamar ‘voluntad de derecho’ [...], es decir, se encuentra ‘enraizada en la constitución interior de los seres humanos una predisposición para someterse a limitaciones en la libertad ilimitada de acción”⁴⁶. Así, para invalidar una concepción del mundo fundada en la voluntad de poder, Bodenheimer sostiene la tendencia opuesta basada en la voluntad de derecho.

5. Consideraciones finales

A lo largo de este estudio, hemos explorado la interpretación de la filosofía de Nietzsche realizada por Edgar Bodenheimer, así como algunas de las principales críticas que ha recibido. Hemos visto que, aunque la interpretación de Bodenheimer puede ser vista como simplificadora y sistemática en exceso, también ha tenido el mérito de abrir nuevas perspectivas y debates sobre la relación entre Nietzsche y el

⁴⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁵ “*The will to power, in its undiluted form, therefore stands in antithesis to the will to law. This becomes manifest particularly when the effects of pure power rule are compared with the consequences of rule by law.*” Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972, p. 57.

⁴⁶ “*These findings indicate the existence of another psychological source, closely linked to the other sources already mentioned, which feeds what may be called the ‘will to law’. There is rooted in the inner constitution of human beings a predisposition to submit to limitations on unbounded freedom of action. Man has a desire to live within circumscribed horizons, although the counter-tendency to break out of these limits is also present in his makeup.*” Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972, p. 44.

derecho. Por lo tanto, aunque se pueda demostrar efectivamente que Bodenheimer comprendió incorrectamente el pensamiento de Nietzsche, esta afirmación puede ser relativizada. En términos de recepción filosófica, parece innegable que el autor jurídico acogió el pensamiento de Nietzsche. Una recepción mal hecha sigue siendo una recepción. Bodenheimer recibe parcialmente el pensamiento nietzscheano, acoge sus ideas predominantemente desde un sesgo epistemológico (reflexiona sobre cómo se debe pensar), aunque influenciado por un sesgo político (reflexiona sobre cómo se debe actuar) opuesto al de Nietzsche. Se apropia de las ideas de Nietzsche, las cuales, en última instancia, dejan de ser de Nietzsche y pasan a ser de Bodenheimer.

Su noción de voluntad de derecho se construye en oposición a la noción de voluntad de poder, de un entendimiento equivocado sobre la noción de voluntad de poder es verdad, pero aun así en contraste con ella. En el mejor espíritu nietzscheano, las ideas de Bodenheimer revelan que una voluntad de poder se ha apoderado de otra, modificándola, incorporándola, cambiando su sentido. Bodenheimer escribe para negar a Nietzsche y acaba confirmándolo. Al buscar refutar el espantajo de la noción de voluntad de poder que él mismo construye, Bodenheimer se apropia del pensamiento nietzscheano, validándolo en lugar de negarlo.

Por otro lado, más allá de verificar aciertos e inadecuaciones en la interpretación del jurista, la lectura de Bodenheimer puede proporcionar algunos parámetros para una interpretación de la noción de derecho en Nietzsche. De este modo, este trabajo pretendió sostener la corrección de la percepción del jurista en relación con la forma en que Nietzsche piensa las instituciones jurídicas modernas. El filósofo afirma, por ejemplo, que la desigualdad de derecho es una precondition para que existan derechos, creyendo que cuando todos tienen derechos iguales, nadie tendría derecho alguno. Así, la interpretación del jurista se alinearía con los estudios contemporáneos sobre la incompatibilidad del pensamiento político de Nietzsche con la democracia moderna.⁴⁷

⁴⁷ Parece preponderar entre los estudiosos la visión de que la filosofía política nietzscheana va en contravía de las ideas del socialismo, del liberalismo, de la democracia o incluso de los derechos humanos; Ansell-Pearson, Keith. *Nietzsche Contra Rousseau: A Study of Nietzsche's Moral and Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. No obstante, no son las ideas políticas de Nietzsche en sí las que parecen despertar el mayor interés de los intérpretes, sino más bien otras ideas que han sido y continúan siendo movilizadas para tratar temas políticos. A modo de ejemplo, se pueden citar las lecturas de Nietzsche hechas por los posestructuralistas franceses (Klossowski, Deleuze, Foucault y Derrida) o por algunos autores de la teoría crítica (Horkheimer y Adorno), en las cuales el filósofo aparece como un crítico de la modernidad, de la burguesía y del sistema capitalista. Ver Woodward, Ashley. *Understanding Nietzscheanism*. London: Routledge, 2014.

En última instancia, la relevancia del trabajo de Bodenheimer reside en su capacidad para provocar discusión y reflexión sobre el pensamiento de Nietzsche en el contexto jurídico. Incluso si su lectura es imperfecta, su obra nos invita a considerar la voluntad de poder en la estructura del derecho y a reflexionar sobre cómo las ideas del filósofo alemán pueden influir en nuestra comprensión de la justicia y la legalidad.

En conclusión, aunque la interpretación de Bodenheimer sobre Nietzsche puede no ser definitiva, su trabajo ha sido un punto de partida crucial para el estudio de la relación entre Nietzsche y el derecho. A través de la crítica y la reevaluación de su obra, podemos seguir profundizando en nuestra comprensión de cómo las ideas de Nietzsche pueden enriquecer y desafiar nuestras concepciones del derecho y justicia.

6. Bibliografía

- Ansell-Pearson, Keith. *Nietzsche Contra Rousseau: A Study of Nietzsche's Moral and Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Baer, M. G. "Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law: by Edgar Bodenheimer". *Alberta Law Review*, v. 12, n. 2, p. 292-293, 1974.
- Billier, Jean-Cassien y Maryioli, Aglaé. *Histoire de la philosophie du droit*. Paris: Armand Colin, 2001.
- Bodenheimer, Edgar. *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (revised edition). Cambridge: Harvard University Press, 1974.
- Bodenheimer, Edgar. *Power, Law and Society: a study of the will to power and the will to law*. New York: Crane, Russak & Company, 1972.
- Bruch, Carol et al. "Edgar Bodenheimer 1908-1991". *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, pp. 657-659, 1991.
- D'Amato, Anthony. "Review of "Power, Law, and Society: a study of the will to power and the will to law, by Edgar Bodenheimer, 1974". *Washington University Law Quarterly*, v. 11, n. 2, pp. 375-376, 1974.
- Del Hierro Oliva, Rafael. "La recepción del pensamiento nietzscheano en el siglo XX". *Endoxa*, n. 4, pp. 233-254, 1994.
- Durham Junior, W. Cole. "Edgar Bodenheimer: conservator of civilized legal culture". *University of California Davis Law Review*, v. 26, pp. 653-672, 1992.
- Fassò, Guido. *Storia della filosofia del diritto*. III. Ottocento e Novecento. Bari: Laterza, 2020.
- Gardiner, Hilliard A. "Power, Law, and Society. A Study of the Will to Power and the Will to Law by Edgar Bodenheimer". *The American Journal of Comparative Law*, v. 22, n. 2, pp. 400-402, spring 1974.
- Gerhardt, Volker. "Das „Princip des Gleichgewichts“. Zum Verhältnis von Recht und Macht bei Nietzsche". *Nietzsche-Studien*, Berlin, v. 12, pp. 111-133, 1983.
- Golding, Martin P. y Edmundson, William A. *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*. Malden: Blackwell, 2005.
- Goodrich, Peter y Valverde, Mariana (eds.). *Nietzsche and legal theory: half-written laws*. Nova York: Routledge, 2005.
- Heller, Agnes. *Por una filosofía radical*. Traducción de J. Francisco Ivars. Barcelona: Ediciones 2001, 1980.
- Irwin, Thomas Henry. "Nietzsche and Jurisprudence: with particular reference to the analysis of Edgar Bodenheimer". *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v. 73, n. 2, pp. 216-234, 1987.
- Litowitz, Douglas. "Nietzsche's Theory of Law: A Critique of Natural Law Theory". *Legal Studies Forum*, v. 18, n. 4, pp. 393, 1994.

- Lotter, Maria-Sibylla. „So wenig als möglich Staat!“ Über Nietzsches Stellung zu Recht und Politik“. *Nietzsche-Studien*, v. 37, n. 1, pp. 433-445, 2008.
- Marton, Scarlett. *Nietzsche, filósofo da suspeita*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Casa do Saber, 2010.
- Melo, Eduardo Rezende de. *Nietzsche e a justiça*. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- Milton, Philip. “Review of ‘Law in modern society’ by Roberto Mangabeira Unger; ‘Power, Law and Society’ by Edgar Bodenheimer”. *The Modern Law Review*, v. 41, n. 6, pp. 757-759, nov. 1978.
- Mineau, André. “Human rights and Nietzsche”. *History of European Ideas*, v. 11, n. 1-6, pp. 877-882, 1989.
- Nietzsche, Friedrich W. *Aurora*. Reflexiones sobre los prejuicios morales. Traducción de Enrique López Castellón. Madrid: M.E Editores, 1994.
- Nietzsche, Friedrich W. *La genealogía de la moral*. Un escrito polémico. Introducción, traducción y notas de Andrés Sánchez Pascual. Madrid: Alianza, 1972.
- Nietzsche, Friedrich W. *Sämtliche Werke*. Kritische Studienausgabe (KSA), 15 vols. (Organizada por Giorgio Colli e Mazzino Montinari). Múnich: Walter de Gruyter, 1999.
- Petersen, Jens. *Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit*. Berlin: Walter de Gruyter, 2015.
- Rosas Fernandes, Rodrigo. *Nietzsche e o direito*. 239 f. Tese (Doctorado en Filosofía) – Pontificia Universidad Católica de São Paulo. São Paulo, 2005.
- Thüring, Hubert. “Das Gedächtnis als Grund und Abgrund des Rechts bei Nietzsche: eine Erwägung zur Genealogie“. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Stuttgart, v. 77, pp. 57-76, 2000.
- Villey, Michel. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- Woodward, Ashley. *Understanding Nietzscheanism*. London: Routledge, 2014.

Carabante Muntada, José María. *Perfiles filosóficos. Hombre, sociedad y derecho en el pensamiento contemporáneo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022.

Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid
ORCID: 0000-0001-6873-7269

Fecha de recepción 17/06/2024 | De publicación: 23/12/2024

El profesor Carabante, profesor de filosofía del derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nos ofrece un libro sumamente interesante donde repasa la obra de pensadores contemporáneos relevantes y de fuste tales como Eric Voegelin, René Girard, Roger Scruton, Jürgen Habermas, Rémi Brague y Byung Chul Han.

Para Carabante, la tarea de estudiar y reflexionar en torno a las ideas y tesis que han aportado los grandes nombres del pensamiento político y jurídico contemporáneo es tarea obligada que él, como pensador, cumple con creces y solvencia. El libro es un ejercicio de erudición sin exabruptos, de cultura sin fuegos artificiales, de hondura nada afectada, escrito además con un mimo y una altura como pocas veces se aprecian en trabajos académicos (empezando por los de quien esto firma). La exquisita factura de la obra empieza a fraguar en la *declaración de intenciones* que el escritor nos regala al inicio de la obra, auténtica delicia que abre el apetito del lector para lo que viene después.

¿Y qué encontramos en las siguientes páginas? Un destilado y decantado fruto de horas de lectura y reflexión en la mejor compañía, producto de esa “larga vecindad” que José María Carabante mantiene con los autores, un diálogo fructífero plagado de reflexiones jugosas, dudas, ilusiones y, por qué no decirlo, tentaciones.

De Eric Voegelin destaca que, sin haber pasado a la Historia como “un gran nombre” de la Filosofía, tiene un pensamiento propio brillante que eclipsa al de muchos otros cuya estrella es más rutilante, lo que denota un gran hombre e intelectual detrás de esas ideas. La obra de Voegelin es extensa y compleja, tal como nos ilustra Carabante, alcanzando temas desde la filosofía política hasta la historia de las religiones, siempre con un enfoque en cómo las ideas y creencias influyen en la realidad política y social. Su pensamiento sigue siendo influyente en los estudios de filosofía política, teoría crítica y estudios religiosos. De muestra, unos botones. Voegelin realiza una dura crítica a las ideologías modernas, que

él veía como deformaciones de la realidad. Consideraba que ideologías como el marxismo, el nazismo y el positivismo científico eran intentos fallidos de crear un orden perfecto en la Tierra, sustituyendo la verdad trascendental por una verdad inmanente, extremo que Carabante entiende especialmente relevante. Esas ideologías son, o pretenden gozar de naturaleza gnóstica, prometiendo una salvación inmediata y terrenal a través del conocimiento. Esto lleva a los ideólogos a intentar transformar radicalmente la sociedad para alcanzar utopías varias. Voegelin también explora cómo las diferentes civilizaciones han comprendido y simbolizado el orden del cosmos y de la sociedad y anota la crisis de la modernidad, para Voegelin encuentra en una crisis profunda debido a su rechazo de la trascendencia y su enfoque en el inmanentismo. Este rechazo ha llevado a una serie de desórdenes y conflictos ideológicos. Eric Voegelin abogaba, en fin, por una restauración del Orden Espiritual: Según Voegelin, la solución a la crisis de la modernidad pasa por una restauración del orden espiritual, lo que implica un retorno a la verdad trascendental y una revalorización de las experiencias religiosas auténticas.

De René Girard nos seduce con su pasión por la Literatura, pasión que compartimos todos los aquí reunidos y, quizá, el capítulo más bello de todos, pues es sabido que Literatura y Belleza van de la mano. Carabante resume un pensamiento complejo y poliédrico. René Girard desarrolló un pensamiento complejo y multifacético que abarca la antropología, la literatura, la filosofía y la teología. Sus teorías más destacadas son el deseo mimético, la violencia sacrificial y el mecanismo del chivo expiatorio. Girard ve el cristianismo como una revelación única que desactiva la violencia mimética y el ciclo del chivo expiatorio. La enseñanza de Jesús sobre el amor al prójimo y el perdón es un antídoto contra la rivalidad mimética. La resurrección de Jesús es interpretada como una victoria sobre la violencia y la muerte, y una invitación a una nueva forma de vivir que rechaza la lógica del sacrificio y la venganza.

Para argumentar *inextenso* la virtud de lo bello acude a la mejor compañía, al profesor Roger Scruton, uno de los tótems del mundo intelectual conservador por méritos propios. Es este, según las tesis de Carabante, el filósofo por antonomasia de la belleza, especialmente de la belleza de la tradición, de la mejor estirpe conservadora, el tótem intelectual del mundo “demoliberal-conservador” que lucha a brazo partido contra las tesis nihilistas que nos corrompen. La Belleza existe y no es subjetiva ni posmoderna; es la Verdad; es, en suma, Dios. La experiencia de la belleza es, a la postre, una forma de conocimiento y de contemplación. Apremiar la belleza requiere un compromiso desinteresado y una atención enfocada hacia el objeto bello. Esta experiencia estética nos permite trascender nuestras preocupaciones cotidianas

y nos conecta con algo más grande y significativo. Con algo divino. Esas son las coordenadas que Scruton realza y a las que Carabante les otorga la relevancia que merece en sus páginas.

El libro avanza con pulso firme y nos ofrece acto seguido el pensamiento depurado de Habermas, uno de los últimos filósofos de la Escuela de Frankfurt y pensador preocupado por las cuitas deliberativas como herramienta propia de la *democracia dialógica*. La democracia dialógica, también conocida como democracia deliberativa, es un concepto desarrollado por el filósofo alemán, que pone un fuerte énfasis en la comunicación y el debate racional como bases para la toma de decisiones políticas. Se basa en la idea de que las decisiones políticas deben ser el resultado de un proceso de deliberación pública, donde los ciudadanos y sus representantes intercambian argumentos, justificaciones y razones en un espacio de comunicación libre y abierto. El objetivo de Habermas es alcanzar consensos racionales y legítimos que sean aceptables para todos los participantes del diálogo, basados en la fuerza del mejor argumento. Carabante destaca que el espacio público es un concepto central en la teoría de Habermas, ese lugar donde los ciudadanos se reúnen para debatir asuntos de interés común, fuera de la influencia directa de las estructuras del poder estatal y del mercado. Este espacio debe ser inclusivo, accesible y garantizar la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos para expresar sus opiniones y participar en el debate.

El profesor Carabante nos enseña, de la mano de Rémi Brague, lo importante del auxilio humano recíproco y cómo la existencia reside en lo que nos hace humanos. Finaliza el volumen con el estudio del pensamiento del famosísimo Han, quien para quien esto escribe viene haciendo ya durante varios libros el mismo libro. Carabante, mucho más ecuánime y ponderado, entiende que estamos ante el filósofo que nos alerta del hondo cansancio de este enjambre digital en el que nos auto-explotamos. Convendría pararse a reflexionar y poder gozar del paisaje, del paseo, del trayecto que es la vida, nos sugiere con buen tino nuestro autor.

Solo queda, desde estas modestas líneas, animar a la lectura de un libro nutritivo en lo intelectual y valioso en lo académico. Un buen libro, de los que ya no se ven muchos.

Gómez García, Juan Antonio; Lázaro Pulido, Manuel; Talavero, Victor (editores). *Derecho e interpretación. Temas de Hermenéutica jurídica y Filosofía del Derecho*. Madrid, Ed. Reus, 2024.

Isabel Beltrá Villaseñor
Universidad Francisco de Vitoria
ORCID: 0000-0002-7018-287X

Fecha de recepción 29/05/2024 | De publicación: 23/12/2024

La Hermenéutica jurídica constituye una disciplina de gran importancia hoy dentro de los estudios iusfilosóficos. En los momentos actuales, en los cuales el positivismo jurídico se ha visto completamente superado ante la complejidad enorme del mundo en que vivimos, la necesidad de recuperar una Hermenéutica jurídica de impronta auténticamente filosófica se está revelando como un hecho incontestable y acuciante. Y es que, bajo los parámetros teóricos del viejo positivismo jurídico, la Hermenéutica jurídica fue postulada y desarrollada exclusivamente en su vertiente metodológica, es decir, como una simple técnica de interpretación de los textos jurídicos encaminada a resolver problemas concretos relacionados con los procesos aplicativos y decisionales relativos al Derecho. Es evidente que la dimensión metodológica de la Hermenéutica jurídica no puede obviarse a la hora de considerar el Derecho como una realidad que precisa de interpretación en un sentido puramente técnico; sin embargo, su mera consideración metodológica se ha manifestado insuficiente bajo el actual contexto jurídico, tildado genéricamente como *post-positivista*, en tanto que resultado del proceso de crisis del positivismo jurídico que se inició a partir del final de la Segunda Guerra Mundial.

En consecuencia, en este panorama, no está de más la recuperación de la Hermenéutica jurídica concebida y articulada conceptualmente como una Filosofía del Derecho. Esta Hermenéutica tiene su característica esencial como modo de pensar lo jurídico su rescate y reivindicación de la Ontología jurídica para comprenderlo adecuadamente. Desde esta perspectiva, la Hermenéutica jurídica supone la actualización de los clásicos planteamientos y temáticas iusfilosóficas de carácter ontológico que se remontan a los mismos orígenes del pensamiento jurídico occidental y que se han desarrollado durante toda su larga Historia, y la apertura a nuevos desarrollos que, como demuestra el libro que aquí comentamos, pueden resultar (y, en muchos casos, están resultando) muy fecundos para abordar y pensar el Derecho de una manera genuinamente filosófica. Porque es cierto que toda Filosofía que precie de tal,

debe partir desde la cuestión ontológica sobre aquello que se pretende comprender y explicar si no quiere quedar reducida a pura y simple epistemología o a una suerte de pensamiento vacuo y sin raíces en lo real; y naturalmente, ocurre así también cuando se trata del Derecho.

Este es el referente principal del conjunto de estudios que se recogen en el espléndido libro que aquí comentamos. Todos ellos presentan una temática muy variada, pero tienen en común su directa relación con la Hermenéutica jurídica, tanto en su sentido filosófico como estrictamente metodológico, en el marco general de la situación actual de la Filosofía jurídica. Tal y como escriben los editores del libro (los profesores Juan Antonio Gómez García, Manuel Lázaro Pulido y Víctor Talavero) en el capítulo introductorio, la colección de investigaciones que lo componen son fruto de la actividad de sus autores como miembros del Grupo de Investigación de la UNED “Hermenéutica y Argumentación jurídica” que lideran los mencionados profesores Gómez García y Lázaro Pulido desde hace algunos años.

El contenido del libro se estructura en tres grandes bloques. El primero se titula “Cuestiones preliminares sobre Derecho, Ética y Política” y pretende ofrecer un marco de referencia inicial, de carácter contextual, para la reflexión sobre temas, problemas y cuestiones más directamente relacionados con la tónica habitual de la Hermenéutica jurídica, y que serán desarrollados pormenorizadamente en los dos bloques posteriores. Así pues, los tres estudios que componen este bloque, titulados "Norma, Estado y Modernidad: el Derecho como imputación formal" (del profesor Borja Gallego Pérez de Sevilla), “Fundamento ético de la ley positiva en el idealismo trascendental" (del profesor Vicente Llamas Roig) y “Del origen y fundamentación de la política al sistema de partidos: una interpretación de la actividad política” (del profesor Esteban Anchústegui Igartua) vienen a cumplir extraordinariamente bien esta función contextualizadora en relación con las bases modernas del Derecho actual y sus relaciones con la Ética y la Política en nuestros días partiendo de sus presupuestos y fundamentos histórico-culturales.

El segundo bloque es el más voluminoso y lleva por título “Hermenéutica y Filosofía del Derecho”. Constituye el *núcleo duro* del libro, ya que en él se problematiza lo que podría ser una Hermenéutica jurídica entendida como Filosofía jurídica. En el primer estudio, el profesor Juan Antonio Gómez García plantea una concepción de la Hermenéutica jurídica a la luz de la distinción entre lo que él denomina *Hermeneutica iuris* y *Hermeneutica legis*, es decir, entre Hermenéutica jurídica entendida como Filosofía del Derecho y Hermenéutica jurídica concebida como metodología jurídica. En los tres estudios sucesivos, elaborados por los profesores Ángel Cubo, Miguel Grande y Liliana Ortiz, se profundiza en esta distinción desde diversas perspectivas: los dos primeros, desde la importancia del contexto para la

comprensión del Derecho y desde los hechos en tanto que elemento esencial de lo jurídico. La profesora Liliana Ortiz se hace eco de la dimensión metodológica de la Hermenéutica jurídica y la aborda desde la perspectiva de la argumentación jurídica. Finalmente, los dos últimos estudios de este bloque vienen a complementar a los anteriores: el primero de la mano del profesor Napoleón Conde, al plantear un concepto de Derecho desde la Hermenéutica analógica del filósofo mexicano Mauricio Beuchot; y el segundo, elaborado por el profesor Marcelino Agís Villaverde, exponiendo y analizando críticamente la Hermenéutica jurídica de Emilio Betti, tan influyente en los estudios hermenéutico-jurídicos actuales.

El tercer y último bloque se titula “Proyecciones y temas de Hermenéutica jurídica” y contiene varios desarrollos y aplicaciones de la Hermenéutica jurídica a distintos temas fundamentales de la Filosofía jurídica actual como, por ejemplo, los derechos humanos (en un estudio escrito por el profesor Mauricio Beuchot), la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América (elaborado por el profesor Manuel Lázaro), cuestiones de ética judicial bajo los principios de la teoría comunicacional del Derecho del profesor Gregorio Robles (escrito por la profesora Cristina Hermida) y la problemática hermenéutica que plantea actualmente la interpretación casacional llevada a cabo por el Tribunal Supremo español (realizado por el profesor Raúl C. Cancio).

Como puede apreciarse, se trata de una colección de estudios de gran interés, puesto que constituyen una excelente fundamentación y reivindicación de la Hermenéutica jurídica como Filosofía del Derecho, que permite hacerse al lector una buena idea de la situación de la Hermenéutica jurídica dentro de la Filosofía jurídica actual. A todos ellos les mueve la finalidad última de contribuir a la formación y desarrollo de una Hermenéutica jurídica realista con los tiempos que vivimos, sin renunciar a su naturaleza esencialmente filosófica ni, por supuesto, al más mínimo rigor filosófico, y que resulte valiosa, tanto para el filósofo como para el jurista.

Ramiro Avilés, Miguel Ángel. *Filosofía política y derechos humanos*, Madrid: Dykinson, 2024.

Ana Colomer Segura
Universitat de València
ORCID: 0009-0001-0773-2680

Fecha de recepción 11/11/2024 | De publicación: 23/12/2024

En *Filosofía política y derechos humanos*, el profesor Miguel Ángel Ramiro Avilés ofrece un análisis exhaustivo y sistemático sobre los derechos humanos y su integración en la filosofía política y en la concepción del Estado de derecho. Desde los derechos individuales hasta las demandas de igualdad y justicia distributiva, el autor examina cómo los derechos humanos configuran el marco ideal para responder a los problemas políticos contemporáneos. El autor presenta no solo un recorrido histórico, sino también una reflexión sobre el papel del Estado en garantizar una ciudadanía libre, igualitaria y plural, fundamentada en principios de justicia, dignidad y respeto por la diversidad cultural.

Con una expresión clara y meticulosa, Ramiro establece las bases conceptuales de temas esenciales en la filosofía política y jurídica, invitándonos a un diálogo con grandes autores de todos los tiempos, de quienes el autor ofrece fragmentos cuidadosamente escogidos, y con quienes dialoga de manera fructífera y brillante. Este estilo ameno, a la vez que profundo, ofrece un rico análisis de todos los temas que trata, y un buen soporte a todos los argumentos que ofrece, sin perder el hilo vertebrador del libro, esto es, la relación entre los derechos humanos y la filosofía política.

De manera preliminar, Ramiro introduce una visión crítica y utópica de los derechos humanos, destacando su potencial transformador para imaginar y construir una sociedad futura más justa. Inspirándose en Samuel Moyn y Norberto Bobbio, describe cómo la utopía de los derechos humanos sirve tanto en cuanto a “límite” a la acción política como en cuanto a “motor” para avanzar hacia un horizonte ideal. Así, desde las primeras páginas del libro, Ramiro deja clara su visión de que el Estado social de derecho es la forma “donde las personas ven mejor protegida su dignidad”, al garantizar derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad (p. 14) y de que, por tanto, la respuesta a las crisis económicas y éticas “no debe ser menos, sino más Estado social” (p. 19).

El primer capítulo, “La filosofía política desde los derechos humanos” enfatiza el papel crucial de los derechos humanos en la construcción de un sistema de gobierno ideal que permita a las personas vivir dignamente, libres de inseguridad y temor. Con precisión, Ramiro sostiene que la filosofía política proporciona los “materiales” necesarios para esta tarea de construcción social, guiada por un “estilo arquitectónico” definido por el Estado de derecho, donde los derechos humanos son la “piedra angular” (p. 24).

El autor expone cómo la incorporación de los derechos humanos en la política transforma la manera de enfrentar conflictos contemporáneos, que ahora deben ser abordados sin transgredir estos límites éticos. La filosofía política, desde esta óptica, adopta una función normativa que busca principios aplicables en una sociedad diversa, donde los derechos humanos permiten “un número limitado de respuestas”, evitando la repetición de atrocidades del siglo XX (p. 31).

Al abordar la legitimidad, Ramiro subraya la necesidad de que el poder político esté justificado tanto en su origen como en su ejercicio, apelando a un marco contractualista en el que la ciudadanía participa idealmente en la creación y revisión de normas, dando en este punto voz a Locke, Weber, Jürgen Habermas, John Rawls y Elías Díaz, entre otros. Señala la importancia de abordar la objeción de conciencia y la desobediencia civil como elementos esenciales de un Estado de derecho legítimo y democrático, que responde no solo a la autoridad de la ley, sino también a la justicia y moralidad subyacentes.

Por último, establece que una política verdaderamente legitimada, en definitiva, una “respuesta” a los problemas políticos “basada en los derechos humanos”, exige un equilibrio entre el consentimiento popular y el respeto a los derechos fundamentales, entendiendo que la legitimidad requiere más que la simple fuerza; necesita una justificación ética que distinga al Estado legítimo de un mero ejercicio de poder arbitrario (p. 43).

En el segundo capítulo, “¿Qué son los derechos humanos?”, el autor analiza los fundamentos y la evolución de los derechos humanos, abordando cuestiones esenciales sobre su naturaleza, concepto y las tensiones en torno a su aplicabilidad, pues “si la respuesta a los problemas políticos debe estar basada en los derechos humanos”, es preciso saber “qué son estos derechos, en qué se fundamenta su existencia, cuál ha sido su historia y evolución” (p. 45). Con perspicacia, el autor señala que, aunque universalmente

aceptados, los derechos humanos enfrentan desafíos en su implementación, lo que crea constantes tensiones y dificultades.

La exposición de las tres respuestas clásicas a los fundamentos de los derechos (iusnaturalismo, positivismo y dualismo) destaca las complejidades de cada enfoque. Así, Ramiro apunta que el iusnaturalismo, defendido por autores como Paine o Locke, se basa en la existencia de unos valores “naturales” que no dependen de la voluntad humana, “universales e inmutables” y que permiten exigir derechos incluso sin reconocimiento legal (p. 60). El positivismo, en contraste, se centra en la juridificación de los derechos y argumenta, con figuras como Kelsen, Ross o Bobbio, que la clave radica en su protección más que en una justificación filosófica; para el positivismo, que opta por una perspectiva más bien “práctica y técnica”, lo importante no sería “justificar los derechos humanos, sino protegerlos” (p. 56). El dualismo, una posición intermedia, en la cual Ramiro destaca a Gregorio Peces-Barba como representante, sostiene que los derechos humanos poseen una base moral, pero que requieren positivación para ser plenamente efectivos. En este sentido, se mantiene una “relación sinalagmática” en la que tanto el Estado como los derechos humanos obtienen algo positivo: “uno la legitimación y otro la plena efectividad” (p. 59).

El autor también ofrece un magnífico análisis histórico sucinto de los derechos humanos, acompañado de Antonio Enrique Pérez Luño, subrayando cómo estos han progresado desde nociones abstractas hasta realidades jurídicas concretas, gracias a procesos de positivación, generalización, internacionalización y especificación (pp. 65-68). Esta evolución, argumenta, refleja que los ideales de dignidad humana, libertad, igualdad y fraternidad “aún no se han alcanzado en el presente y todavía se proyectan en el futuro”, y que alimentan e influyen las decisiones y acciones políticas (p. 69).

Finalmente, el capítulo explora los valores fundamentales que sustentan los derechos humanos: autonomía, libertad, inviolabilidad, seguridad, igualdad y solidaridad. El autor explica de manera sumamente clara, sin eludir las complejidades y tensiones, cada uno de ellos, para concluir que la “amalgama” de todos esos valores “construye la idea de dignidad humana”, la cual “actúa como el fundamento último de todos ellos” (p. 80). Así, Ramiro recuerda, con Eusebio Fernández, la idea kantiana de dignidad humana, la cual exige que a todas las personas les sea reconocido un “respeto mínimo debido por su condición de ser humano”, esto es, que sean tratadas “como un *fin* y no como un *medio*” (p. 81).

En el tercer capítulo, titulado “Política, moral y derecho”, el autor aborda con profundidad la intrincada relación entre estos tres fenómenos, ejercicio esencial en la formulación de una “república óptima” (p. 23). Con rigor, señala que una política fundamentada en los derechos humanos requiere evaluar cuidadosamente los límites morales y legales que deben regir las acciones de los gobernantes para evitar abusos.

Al explorar el contenido moral del derecho, el autor retoma la perspectiva de H.L.A. Hart y observa pertinentemente que, aunque el derecho se asienta sobre valores éticos, imponer la moralidad de manera total en un sistema jurídico podría llevar a la dominación de un grupo sobre otros. Destaca la relevancia de una ética pública “formal y procedimental” que permita la coexistencia de diversas éticas privadas, evitando el “perfeccionismo liberal” o “paternalismo moral”, señalado por Joseph Raz o Gerald Dworkin, que algunos Estados adoptan al favorecer ciertos estilos de vida, restringiendo la libertad de elección individual (p. 86).

La disquisición sobre la ética en la política es particularmente incisiva al presentar la “ética de la convicción” y la “ética de la responsabilidad” de Weber (p. 89). El autor señala, con acierto, que esta última es indispensable para la política, pues demanda de los gobernantes pragmatismo y enfoque en las consecuencias, aun cuando ello implique sacrificios personales. Así, nos recuerda que una política responsable debe valorar la estabilidad social sin traicionar los valores morales que la legitiman.

Respecto a la “razón de Estado”, apartado en el que, con Eusebio Fernández, se analizan de manera crítica ideas de, entre otros, Maquiavelo, Ramiro advierte de manera perspicaz sobre los peligros de justificar, en aras de la seguridad, la violación de derechos fundamentales, y plantea la necesidad de restringir estas decisiones a una “razón de Estado democrática” (p. 98). Esta propuesta es ejemplar en su capacidad de combinar la flexibilidad que requiere la política en contextos extremos con un estricto control jurídico y ético. El autor nos ofrece aquí, con Rafael del Águila Tejerina, una visión de la “razón cívica”: una racionalidad política deliberativa que, mediante la consulta y el debate públicos, permitiría asegurar que cualquier medida excepcional respete siempre los “límites infranqueables” de los derechos humanos, la dignidad y la justicia (p. 102). Esta propuesta demuestra una reflexión profunda y comprometida con una política que, sin desatender la realidad del poder, coloca los derechos humanos como fundamento de una sociedad democrática estable y justa.

En el cuarto capítulo, de título “El Estado de derecho”, el autor reflexiona con claridad y profundidad sobre esta estructura política, presentándola como idónea para cristalizar los derechos humanos en sus dimensiones ética y jurídica. A través de un análisis detallado, sostiene que el Estado de derecho establece los criterios de validez normativa y legitimidad política, convirtiéndose en una “pieza clave” para la autorrealización de las personas y el bienestar colectivo (p. 103).

El autor procede a un interesante y esclarecedor examen de las distintas valoraciones del Estado: como un “mal necesario” en el liberalismo, como un “mal innecesario” para anarquistas y marxistas, y como un “bien” tanto en su versión “limitada” (socialismo democrático) como “ilimitada” (totalitarismo), dialogando, con un tono incisivo y crítico, con autores como Hobbes, Bakunin, Marx, Ferdinand Lasalle o Carl Schmitt (pp. 106-116).

Acertadamente, el autor distingue el Estado de derecho de otros tipos de Estado, recordando, con Elías Díaz, que “no todo Estado es Estado de derecho” y subrayando que la legitimidad de este modelo radica en su sujeción al derecho y su compromiso con los derechos humanos. Al proponer una relación “sinalagmática” entre derecho y poder, basada en la colaboración y limitación recíproca, el autor evoca a Bobbio, para quien “el poder sin derecho es ciego y el derecho sin poder es vacuo” (p. 118).

El desarrollo histórico del Estado de derecho, desde su forma liberal hasta su versión social, recibe una exposición particularmente elocuente. El autor sostiene que el Estado social de derecho, al integrar derechos económicos, sociales y culturales, da un paso necesario hacia la igualdad material y la justicia social, respondiendo a las necesidades de una ciudadanía compleja y diversa, y, por tanto, asume una serie de “conquistas que no pueden dejarse atrás” (p. 132). Este modelo, como sugiere Ramiro, no implica un perfeccionismo estatal, sino un marco inclusivo y no autoritario que potencie la libertad y la autonomía.

Finalmente, el autor aborda las críticas al Estado social, promoviendo el concepto de un “Estado social mínimo” que equilibre las funciones del Estado y la sociedad civil. Su argumento a favor de una “relación simbiótica”, donde el Estado se centre en bienes colectivos esenciales mientras la sociedad civil asuma más responsabilidades, es un llamamiento lúcido y equilibrado. Certeramente, sirviéndose de Amartya Sen, también enfatiza que la economía debe estar sujeta a criterios éticos y sociales, partiendo de la idea de ser humano como ser interdependiente, relacional y no “abstracto” ni “aislado” (pp. 146-148).

En el capítulo quinto, titulado “Los límites de la intervención estatal”, el autor ofrece una reflexión crítica y detallada sobre los límites de la actuación del Estado, destacando la tensión entre el respeto a la libertad individual y la justificación de la intervención estatal en la vida de los ciudadanos. Con claridad y rigor, se enfoca en el paternalismo jurídico, el moralismo legal y el papel del Estado en la promoción o limitación de ciertos comportamientos.

Ramiro recurre a John Stuart Mill y H.L.A. Hart para explorar una postura que limita la intervención estatal solo a los casos de “daño a terceros”, criticando así el paternalismo y el moralismo. Es destacable la finura con la que aborda las diferencias entre las intervenciones justificadas y las normas paternalistas y moralistas, sugiriendo que estas últimas pueden socavar la libertad y autonomía individuales al imponer una concepción particular de lo que sería la “buena vida”, perdiéndose la “neutralidad” propia de una sociedad liberal (p. 151).

El autor aborda la figura del “incompetente básico” como justificación posible para medidas paternalistas, es decir, intervenciones destinadas a proteger a personas que no son capaces de tomar decisiones informadas o racionales (p. 158). Sin embargo, subraya la dificultad de definir quién es incompetente y cuándo es legítima una medida paternalista sin caer en excesos. Esta discusión pone de relieve el desafío de equilibrar la autonomía individual con la protección estatal, sin permitir que la intervención se convierta en un mecanismo de control indebido.

Además, el autor analiza el “populismo moral” y la “paradoja democrática”, destacando el riesgo de la “tiranía de la mayoría”, donde los deseos de la mayoría podrían oprimir a las minorías. Señala pertinentemente que el principio democrático debe ser moldeado por los derechos humanos, recordando que la legitimidad no solo se deriva del consentimiento de la mayoría, sino también de “un ejercicio respetuoso con los derechos” (pp. 174-175).

Finalmente, Ramiro discute la política de la identidad y el reconocimiento cultural, subrayando, con Will Kymlicka, que una respuesta basada en derechos humanos debe garantizar el respeto por la “pluralidad de identidades” en la sociedad, abogando por un equilibrio entre igualdad y diferenciación, y reconociendo que, en algunas ocasiones, se debe tener en cuenta la identidad cultural de los individuos para garantizar un trato justo. El enfoque del autor es particularmente valioso al proponer, con James Tully, que el reconocimiento y la acomodación se basen en un “consenso” inclusivo que respete las

diversas identidades, promoviendo, una “ética pública de mínimos” que toda la ciudadanía pueda compartir (pp. 183-184).

En el sexto y último capítulo, de título “La búsqueda de la igualdad como debate ideológico” el autor aborda con notable claridad la cuestión de la igualdad en el Estado de derecho y su papel como elemento central en los debates ideológicos. No en vano, señala Ramiro, “la construcción de una sociedad justa en la que los derechos de las personas sea la medida para resolver los problemas políticos, pasa por una reflexión profunda sobre la igualdad en sus múltiples facetas”. Señala que, mientras el modelo inicial de Estado de derecho priorizaba una “aparente neutralidad”, la evolución hacia un Estado social exige hoy políticas de igualdad material y “acciones afirmativas” que aborden las desigualdades estructurales, pues la mera igualdad formal es insuficiente para enfrentar las complejas realidades de grupos vulnerables (p. 187).

El autor profundiza en el concepto de “ideología”, presentándola, con Robert Eccleshall y Barbara Goodwin, no como un conocimiento neutral, sino como un marco de interpretación cargado de valores, capaz, bien de movilizar cambios, bien de conservar el *statu quo* (pp. 190-193). El autor explica cómo las divisiones ideológicas, lejos de haber desaparecido, siguen presentes en las disputas entre izquierda y derecha sobre la distribución de derechos y recursos.

Es particularmente interesante el examen que Ramiro ofrece sobre el concepto de igualdad dentro de este debate ideológico, destacando la importancia de distinguir entre desigualdades “naturales” y “sociales”, y de tratar estas últimas mediante políticas específicas que promuevan la igualdad de oportunidades. El autor destaca que una igualdad auténtica requiere no solo un sistema “general” de derechos, sino también medidas “específicas” que reconozcan y aborden las particularidades de ciertos grupos, a fin de evitar la discriminación directa, indirecta o por asociación (p. 197).

Con gran acierto, acompañándose de Iris Marion Young, el autor aborda la problemática de la discriminación estructural y el “dilema de la diferencia”, que cuestiona si es adecuado tratar a todas las personas de forma uniforme o si, por el contrario, la igualdad requiere un trato diferenciado según sus circunstancias y contextos (p. 202). Ramiro subraya que una igualdad basada solo en la equiparación formal deja intactas las barreras estructurales que perpetúan la “opresión” y “dominación” de ciertos grupos. Se exige, por tanto, una “especificación de los derechos” que identifique las condiciones

históricas y contextuales de cada grupo, reconociendo su situación y promoviendo ajustes razonables para asegurar el acceso efectivo a sus derechos (pp. 205-208).

El capítulo concluye con una reflexión sobre las formas de opresión que se han asentado en niveles profundos de la sociedad. Al señalar esta opresión “arraigada en el subconsciente”, el autor apela a un cambio estructural que no solo garantice derechos, sino que transforme las actitudes y prácticas sociales que perpetúan la desigualdad (p. 211).

Este capítulo, que cierra la obra de manera magistral, sintetiza los retos ideológicos y normativos en la búsqueda de una sociedad realmente comprometida con la inclusión y la justicia. Con una argumentación que honra los principios de los derechos humanos, el autor deja claro que el camino hacia una igualdad sustantiva exige del Estado no solo la neutralidad, sino un rol activo en la eliminación de las barreras que impiden a las personas y a los grupos participar en condiciones de equidad.

El enfoque de Ramiro Avilés a lo largo de todo el texto es exhaustivo y se caracteriza por una magistral combinación de conceptos clásicos, contemporáneos, especializados y comunes de manera fluida, sin sacrificar precisión ni profundidad. Con un estilo accesible pero fiel a la rigurosidad académica, el autor muestra cómo una sociedad justa y verdaderamente democrática requiere del Estado una implicación real en la remoción de las desigualdades estructurales, siempre con los derechos humanos como eje central.

Ramiro defiende que “la utopía” que esto representa no es ni “irrealizable” ni “inalcanzable”, sino posible. Sin embargo, se requiere un trabajo constante de revisión del Estado social de derecho para hacerlo “más exigente” y, con ello, “afirmar que es una de esas conquistas irrenunciables que jalonan la historia de los derechos humanos, pero que nunca puede darse por acabada” (p. 19).

Pensamos que el libro *Filosofía política y derechos humanos* puede constituir una obra de gran relevancia y aplicabilidad para diversos colectivos. Para estudiantes de ciencias políticas, derecho y disciplinas afines, este texto proporciona una base sólida en los conceptos fundamentales de los derechos humanos y su integración en la filosofía política, fomentando una comprensión profunda y crítica a lo largo de sus estudios. Igualmente, es un recurso valioso para el profesorado, que encontrará en él un material docente estructurado, rico en citas de los autores más relevantes en la filosofía política, ideal para dinamizar el aprendizaje en el aula y promover debates bien fundamentados.

Nos encontramos ante una monografía que puede constituir una obra de referencia en la intersección entre filosofía política y derechos humanos, aportando claridad y precisión en un campo que exige gran rigor conceptual. Como tal, puede servir de guía y fuente de inspiración en investigaciones que aborden la justicia, la igualdad, el papel del Estado y tantos otros temas afines. Finalmente, es una lectura recomendable para la ciudadanía en general, ya que brinda herramientas teóricas y prácticas para quienes deseen ejercer una ciudadanía activa, crítica y comprometida con los valores democráticos. La claridad con la que el autor expone temas complejos la convierte en una obra accesible y enriquecedora para cualquier persona interesada en contribuir a una sociedad más justa y equitativa.

Esteve Pardo, José. *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid: Marcial Pons, 2023.

Gonzalo Fernández Codina
Universitat de Barcelona
ORCID: 0000-0003-1342-477X

Fecha de recepción 16/06/2024 | De publicación: 23/12/2024

En los últimos años ha sido común oír hablar de la *uberización* de la economía o de la *tinderización* de las relaciones, neologismos recientes con los que hacer referencia a uno de los muchos fenómenos que atestiguan el carácter líquido de las actuales sociedades. Como sería de esperar, el Derecho no ha permanecido inmune a estas transformaciones y también se encuentra en un estadio posmoderno. Tal es la tesis del último libro del profesor Esteve Pardo, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona, y autor en tiempos recientes de libros tan bien acogidos como *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa* (2019) y *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder* (2021).

Se trata de un texto breve, conciso y fácilmente comprensible, presentado en forma de ensayo. Ello no impide que se trate de una obra muy ambiciosa y sugerente pues busca advertir y denunciar una transformación sociocultural sigilosa pero profunda con la que dar cuenta de multitud de fenómenos muy distintos y aparentemente inconexos entre sí. El libro está organizado en cinco capítulos, precedidos por una introducción y cerrado con un breve epílogo. La introducción se divide a su vez en seis apartados en los que, aproximadamente, se resumen los cinco capítulos y su conclusión. En el primer capítulo el lector encontrará una panorámica histórica de los avances y los retrocesos del contrato a lo largo de los siglos y la explicación del modo en que la ley se entronizó a lo largo del s.XX, y cómo está decayendo en lo que llevamos de s.XXI. En el segundo capítulo el autor ahonda en este último aspecto, centrándose en dos ámbitos: la retracción del derecho administrativo y de los tribunales, así como su progresiva *contractualización*. En el tercero la cuestión central pasa a ser el por qué: ¿qué explica esta expansión del contrato hacia ámbitos que no le son propios? En el cuarto Esteve Pardo sigue reflexionando sobre este asunto para examinar las ideologías y los relatos que subyacen a ese cambio, es decir, que le sirven como legitimación y -más interesante- que permiten que esta transformación denunciada tenga lugar de manera indolora e inodora, sin revolución, de la ley al contrato, a través de la ley -podríamos decir. En

el último capítulo es donde las insinuaciones críticas deslizadas a lo largo del texto hacia este cambio se hacen explícitas y donde se denuncia como peligroso e indeseable el tránsito hacia un nuevo orden social. Un epílogo de 4 páginas cierra el texto y en él Esteve Pardo ofrece tres tareas “que en este panorama se avizoran” (p.147).

En cuanto a la tesis a defender está clara desde el principio y el lector conoce en todo momento qué está sucediendo y hacia dónde se va: ahora un poco de historia, ahora ejemplos, ahora argumentos, ahora algunas réplicas, etc. La reflexión se centra en la situación española, pero se complementa constantemente con elementos comparados -muy especialmente, Estados Unidos. A fin de cuentas, ese tránsito de la ley al contrato y el aumento de la desigualdad que implicaría es visto por el autor como algo propio del siglo XXI occidental y no solo un fenómeno exclusivamente español. La tesis central es que si bien el “contrato ha sido y es un formidable instrumento de progreso para la articulación” de toda clase de relaciones sociales (p.18), en las últimas décadas -en especial las últimas dos (p.15)- se estaría adueñando también “de espacios que no le corresponden según el diseño constitucional” (p.19). Se afirma que este exceso llega hasta el punto de dismantelar, no sólo el Estado social, sino el mismo Estado de Derecho (p.16). ¿Y por qué esto debería ser un problema? ¿Es solo una cuestión de Derecho positivo, esto es, que se permiten regularmente contratos que la Constitución no permite -y, por tanto, que bastaría con adaptar la Constitución a esta nueva realidad? Se indican diversas razones pero el quid del asunto es uno: a juicio del autor, es una razón de justicia porque esta privatización favorece por regla muy general a la parte más fuerte en las transacciones, desprotege a la parte débil y, en consecuencia, facilitar el abuso (e.g., p. 14,32, 84, 85).

Como decimos, el texto se inicia con un capítulo de orden histórico. De acuerdo con el autor, ni en el Derecho romano (prejustiniano), ni en el medievo, ni tampoco en la tradición del *common law* el contrato había tenido un papel destacado. Hasta las revoluciones liberales de la modernidad, la institución de la propiedad ocupaba el papel central que hoy reservamos a la autonomía de la voluntad. No obstante, -añade- estas mismas revoluciones que pugnaron por extender el ámbito de la libre contratación en contra de las restricciones características del Antiguo Régimen, también “ensalz[aron] a la ley en su nueva concepción, como expresión democrática de la voluntad general y como manifestación de la razón (p.30)”. Y, como parte de esta racionalidad, los proyectos de codificación reservaron un lugar importante a los principios de buena fe, la equivalencia de las prestaciones o la prohibición del enriquecimiento injusto, así como a la naturaleza causal de los pactos o el orden público como límite infranqueable -

conservando pues, aunque de modo secularizado, algunos de los límites materiales que antaño imponía a la ley el pensamiento critiano (p.31). A principios del s.XX aún se añadirían otros dos límites adicionales: la prohibición de la usura y la incipiente legislación laboral. La idea común a ambas es que la desigual fuerza negociadora de las partes podía generar contratos abusivos que era necesario evitar (p.32). Para el autor, esta progresión desde una concepción formal de la autonomía a otra material habría culminado a mediados del siglo pasado con el surgimiento del Estado social al que califica como “gran realización de la ley”.

Para ilustrar este proceso y las preocupaciones que le mueven, Esteve Pardo se sirve de uno de los puntos de inflexión más importantes del Derecho estadounidense reciente. En 1937 el Tribunal Supremo modificó la doctrina que había venido defendiendo hasta entonces según la cual las normas estatales en que se limitaba la jornada laboral o se fijaban salarios mínimos constituían intromisiones estatales inaceptables a la libertad contractual. Si el sr. *Lochner* solo contrataba panaderos dispuestos a trabajar más de 10 horas al día, el estado de Nueva York no tenía por qué meterse (*Lochner c. Nueva York, 1905*). Pues bien, en *West Coast Hotel c. Parrish* -en pleno New Deal y con Roosevelt amenazando con llenar el supremo con jueces favorables- la Corte establecería que la constitución sí permitía límites a la libre contratación para proteger la comunidad, la salud, la seguridad y a los grupos más vulnerables (p.36-42).

Sin embargo, -continúa el profesor Esteve Pardo- este camino ascendente se habría truncado al inicio del presente siglo al iniciarse la “colonización contractual del Estado (p.58)”. Sus manifestaciones serían muchas: la posibilidad de escoger la ley aplicable en materia laboral (p.49), la ampliación del conjunto de bienes comerciables (p.51), el debilitamiento del elemento causal en los contratos (p.54), los muchos convenios entre la Administración y los particulares (p.64), el decaimiento de la función jurisdiccional en favor de arbitrajes civiles y conformidades penales (p.68-77), el mercadeo de títulos administrativos (p.101-106) etc. En fin, una “radicalización del contrato en torno a la autonomía de la voluntad y el libre consentimiento (p.52)”.

Junto con esta reflexión histórica, a lo largo de la obra asoma otra tesis más profunda, quizás incluso más interesante: que este fenómeno que se denuncia es parte de una tendencia histórica de mayor alcance en que los polos en oposición son “autonomía y heteronomía, individualismo y comunitarismo, subjetivismo y objetividad” (p.23). El exceso contractualista, pues, es planteado por el autor como la confirmación de un exceso de mayor calado: el del individualismo y subjetivismo, en detrimento de la comunidad y la objetividad, de la que se derivarían también la erosión de la familia y otras tantas instituciones

comunitarias (p.89-97). Todo ello sería lo que el neoliberalismo nos habría traído, especialmente en lo que llevamos de siglo XXI: “En el fondo -dice Esteve Pardo- podemos advertir la crisis de la modernidad que, en la conocida caracterización de François Lyotard, comporta la pérdida de los grandes relatos entre los que figuraban, de manera indiscutible, el de la ley, el de la igualdad, el de la justicia, el de la búsqueda de la verdad objetiva (p.110)”.

¿Dónde vemos la progresiva desaparición de estos grandes relatos? La erosión del valor de la ley se manifiesta especialmente en la insistencia contemporánea en la necesidad de que todo sea sumamente flexible e individualizado. ¿Qué sentido tiene que sea la Administración -con sus farragosos procedimientos y sus rígidos moldes- quien provea de servicios es percibido negativamente? Mejor adoptar un modelo de colaboración público-privado o, idealmente, que intervenga el mercado para que diversos proveedores particulares compitan entre sí para ofrecer el mejor servicio (p.99-106). ¿Qué sentido tiene que los acusados sean juzgados cuando es posible llegar a un acuerdo con Fiscalía (p.73-77)? ¿Por qué acudir a un procedimiento civil que puede dilatarse años y arrojar un resultado que no convenga realmente a nadie? Mucho mejor es recurrir al arbitraje y pactar una solución o incluso llegar a pactar qué ley será la aplicable en caso de conflicto (p.68-72). Con todo ello se va consolidando una noción en principio contradictoria, la de “justicia negociada” (p.68), en la que el valor central pasa a ser la autodeterminación individual. Como consecuencia, lo objetivo, la institución o el interés general pasan a un segundo plano y cualquier límite a la autonomía de la voluntad es sinónimo de autoritarismo, por lo que, por ejemplo, se vuelve aceptable la renuncia contractual a derechos fundamentales -como la intimidad, la huelga, la tutela judicial efectiva- (p.77-86); el debilitamiento de los vínculos comunitarios pasa a ser percibido, no como algo lamentable o, en todo caso, sospechoso, sino como liberador; e, incluso, se reclama que la misma biología sea algo igualmente disponible para el individuo: si me siento mujer, entonces soy mujer. Lo contrario sería atentar contra la libertad del sujeto y el libre desarrollo de su personalidad. Ello lleva al autor a considerar que la “gran victoria neoliberal” consistiría en haber desplazado la verdad y la justicia como centros de gravedad constitucional en pro de la autodeterminación personal (p.122-131). No en vano se constata el predicamento que en los últimos años ha tenido y los esfuerzos interpretativos que está recibiendo el art.10 de la Constitución en lo tocante al “libre desarrollo de la personalidad” en cuya virtud se inventarían nuevos derechos fundamentales como la autodeterminación de la propia muerte o del propio sexo (p.124-125).

Por el momento de su redacción, la Constitución española se sitúa en el viejo paradigma como atestiguan “más de 160 referencias, tantas como artículos, a la ley y al principio de legalidad. Ninguna al contrato (p.123)”. Pero, advierte Esteve Pardo, esto está cambiando: las tres únicas reformas que ha tenido esta constitución han ido en la línea individualista indicada: en 1992 se modificó el art.13.2 para permitir el derecho al sufragio pasivo de los extranjeros en las elecciones. Con ello la comunidad política en su sentido más tradicional se difuminaba y todo ello para adaptarse al tratado fundacional de una instancia supranacional. En 2011 se reescribió completamente el art.135 limitando profundamente la capacidad de gasto de la Administración; y, de nuevo, para adaptarse a los designios de una entidad supranacional. Finalmente, en 2024 en el art.49 sobre los discapacitados fue reescrito pero sin alterar los derechos o las prestaciones de tal colectivo: de una parte se llevaba a cabo un cambio cosmético de sustitución del término 'disminuido' por el de 'personas con discapacidad' y se introducía el concepto “plena autonomía personal” de las personas con discapacidad. De nuevo, en la versión original de 1978 el término ‘autonomía personal’ no aparece en toda la Constitución.

Para dar cuenta de todo ello el autor aduce diversas causas: de un lado distingue tres “razones epistemológicas” que impiden el “conocimiento cabal de esta realidad”: (i) la rampante especialización del Derecho que impide a los operadores tener una visión de conjunto y atestiguar esta expansión desmesurada; (ii) “el cinismo que nos atenaza” y por el que toleramos la neolengua que maquilla este proceso y, finalmente (p.21, 139,.140), el (iii) hecho de que la nueva normativa no sean ni leyes ni sentencias públicas, sino contratos privados inmunes al escrutinio social (p.147-148). Añade incluso -e insiste mucho en ello- que todo este proceso carecería de una base teórica mínimamente desarrollada (e.g., p.144, 145). Detrás de todo sostiene que reside el interés egoísta de algunos por aprovechar su situación de dominio, y la gandería de otros que en pro de una “mayor eficacia” -i.e., la forma cínica de decir “me libro de trabajar”- lo toleran o incluso promueven. El ejemplo más claro de ello serían las conformidades penales: a nivel teórico parecen una aberración, y en un primer momento generaron muchas reticencias. Sin embargo, a día de hoy ya están totalmente normalizadas.

Dicho esto, el autor intenta mostrar el carácter pendular de la historia sobre este asunto: en determinados períodos la ley habría imperado, en otros el contrato habría sido el rey. Es decir, que el momento de debilidad legal en el que viviríamos no es algo nuevo, ya se había dado. Así, Esteve Pardo habla provocativamente de “transición a un nuevo feudalismo” (p.143) que va de suyo cuando el Estado recula y pierde terreno. Y como en aquel entonces, también hoy se estarían creando tres nuevas clases sociales:

una clase alta minoritaria caracterizada por gozar de la capacidad de “configurar una trama contractual a su conveniencia”; una clase baja compelida a aceptar esas reglas de juego: y la clase media, aquellos que aún puede seguir sujetos a la legislación tradicional en su plenitud (p.142-143). Como hace evidente el título del libro, este proceso preocupa al autor porque entiende que “el avance exponencial del contrato a costa de la ley conduce derechamente a la desigualdad” y a la desprotección de los débiles (p.141).

Ayuso Torres, Miguel, et. al. *¿El derecho natural contra el derecho natural? Historia y balance de un problema*, Madrid: Marcial Pons, 2024.

Diego Fierro Rodríguez
Letrado de la Administración de Justicia

Fecha de recepción 04/08/2024 | De publicación: 23/12/2024

La obra *¿El derecho natural contra el derecho natural? Historia y balance de un problema* es un libro monumental que nace del esfuerzo conjunto en las VIII Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, una reunión académica de gran relevancia que tuvo lugar medio siglo después de las primeras. Compilada por el editor Miguel Ayuso y publicada en 2024 por Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, esta obra trasciende la mera recopilación de ensayos para presentarse como un recorrido profundo y fascinante por la evolución del pensamiento jurídico y filosófico en torno al concepto del derecho natural.

Desde el primer momento, el título de la obra despierta una curiosidad que invita a la reflexión. *¿El derecho natural contra el derecho natural? Historia y balance de un problema* no es solo una pregunta, sino un desafío intelectual que incita a explorar las tensiones y contradicciones inherentes a este campo de estudio. La inclusión de los signos de interrogación añade una dimensión de complejidad, sugiriendo una búsqueda incesante de respuestas en un terreno donde las certezas son escasas. La portada de la obra ya anuncia su ambición: ofrecer un análisis exhaustivo que cubra tanto el pasado como el presente del derecho natural. No se trata de una simple narración lineal de eventos históricos, sino de un examen crítico que busca comprender las múltiples facetas y perspectivas que componen este tema tan intrigante.

El derecho natural ha sido un pilar fundamental del pensamiento jurídico y filosófico, sujeto a análisis y controversias a lo largo de los siglos. La obra presenta un compendio exhaustivo que arroja luz sobre esta temática crucial, ofreciendo una exploración detallada de sus fundamentos, su desarrollo histórico y su relevancia contemporánea. La estructura de la obra revela una profundidad de análisis y una comprensión integral del tema, dividiendo el contenido en varias partes, cada una dedicada a diferentes aspectos del derecho natural y sus evoluciones a lo largo del tiempo. Desde la distinción entre el derecho natural clásico y el moderno hasta la revisión de las escuelas contemporáneas y la exploración de las

contribuciones de los maestros del pasado y del presente, la obra ofrece un panorama completo y matizado de un tema complejo y polifacético.

La dicotomía entre el derecho natural clásico y el moderno, entre lo católico y lo protestante, entre lo tradicional y lo contemporáneo, sirve como punto de partida para una exploración más profunda de las múltiples dimensiones de este concepto. La primera parte, titulada "Los problemas fundamentales de las escuelas ante la experiencia de hoy", establece el escenario para el debate, introduciendo cuestiones centrales que desafían tanto al derecho natural clásico como al moderno. Aquí se plantean dilemas que han influenciado profundamente la interpretación y aplicación de los principios del derecho natural a lo largo del tiempo, considerando contextos históricos y culturales específicos.

La segunda sección de la obra se adentra en el derecho natural clásico y sus transformaciones históricas. A través del análisis de figuras como Juan Fernando Segovia, quien examina las raíces del derecho natural clásico, y la exploración de la escolástica española por Sebastián Contreras y Gonzalo Letelier, esta sección ofrece una visión detallada de las bases teóricas y filosóficas que sustentan esta tradición jurídica. La narrativa rica y matizada que presenta el autor abarca desde los inicios del pensamiento iusnaturalista en la antigüedad hasta su evolución durante el Renacimiento y la Edad Moderna. Se destaca cómo la escolástica, especialmente la segunda escolástica española, ha jugado un papel crucial en la articulación de los principios del derecho natural, influenciando profundamente el desarrollo del pensamiento jurídico occidental.

En la tercera parte, el enfoque se desplaza hacia el iusnaturalismo moderno y sus evoluciones. Desde las contribuciones de pensadores como Locke y Kant hasta las críticas de Kelsen y la emergencia de los derechos humanos y el personalismo como enfoques alternativos al derecho natural clásico, esta sección es fundamental para comprender cómo las ideas del derecho natural han sido reinterpretadas y transformadas en respuesta a los cambios sociales, políticos y culturales de los últimos siglos. Se examinan las contribuciones de los principales teóricos del derecho natural moderno y se analiza cómo sus ideas han influido en la formulación de los derechos humanos y el desarrollo del derecho internacional.

La cuarta parte de la obra se centra en los maestros contemporáneos del derecho natural clásico, destacando figuras como Michel Villey, Francisco Elías de Tejada y Osvaldo Lira, cuyas contribuciones han marcado profundamente el pensamiento jurídico y filosófico en sus respectivas regiones. Las obras de estos pensadores son analizadas con detalle, resaltando su relevancia y legado en el campo del derecho

natural. Esta sección proporciona una visión exhaustiva de cómo estos pensadores han reinterpretado y revitalizado los principios del derecho natural en el contexto contemporáneo, enfrentando los desafíos de un mundo en constante cambio. Además, se exploran las influencias mutuas entre estos pensadores y otros movimientos intelectuales contemporáneos, mostrando cómo sus ideas han sido tanto una continuidad como una innovación dentro del marco del derecho natural.

Finalmente, la obra concluye con una reflexión sobre el "derecho natural hispánico", destacando su evolución a lo largo de medio siglo y su influencia en el pensamiento jurídico contemporáneo. Este análisis panorámico ofrece una visión integral de un tema fundamental en la historia del derecho, proporcionando al lector un marco sólido para comprender las complejidades y desafíos del derecho natural en la actualidad. Se examinan las contribuciones de los principales teóricos hispánicos del derecho natural, así como su impacto en la formación de la jurisprudencia y la doctrina jurídica en los países de habla hispana. Esta sección subraya la importancia de la tradición jurídica hispánica en el desarrollo del derecho natural y su relevancia continua en el mundo jurídico contemporáneo.

Uno de los aspectos más destacados de la obra *¿El derecho natural contra el derecho natural? Historia y balance de un problema* es su enfoque en la diversidad dentro del propio concepto de derecho natural. Este enfoque se manifiesta en la distinción entre el derecho natural clásico, arraigado en la tradición católica o hispánica, y el derecho natural moderno, influenciado por corrientes protestantes o europeas. Sin embargo, esta dicotomía es solo el punto de partida para un análisis mucho más profundo y detallado que se adentra en las múltiples facetas y corrientes del pensamiento jurídico.

Dentro del derecho natural clásico, la obra explora las contribuciones de la segunda escolástica, el neotomismo y el "eterno retorno" posterior a la Segunda Guerra Mundial. La segunda escolástica, especialmente la española, es una de las corrientes más influyentes en la formación del derecho natural clásico. Figuras como Francisco de Vitoria y Francisco Suárez fueron cruciales en la formulación de principios que aún resuenan en la teoría jurídica contemporánea. Su enfoque en la ley natural como una expresión de la razón divina y su insistencia en la dignidad intrínseca de la persona humana sentaron las bases para un desarrollo rico y multifacético del derecho natural.

El neotomismo, por su parte, revitalizó las ideas de Santo Tomás de Aquino en el contexto moderno, adaptándolas a los desafíos del siglo XX. Esta corriente, que se consolidó en el período entre guerras y floreció especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, buscó armonizar la tradición tomista con las realidades contemporáneas. Intelectuales como Jacques Maritain y Étienne Gilson fueron

prominentes en esta revitalización, proponiendo una visión del derecho natural que no solo abordaba cuestiones teológicas, sino que también ofrecía respuestas a los problemas sociales y políticos de su tiempo. El "eterno retorno" del neotomismo después de la Segunda Guerra Mundial representó un esfuerzo renovado por afirmar los valores de la ley natural en un mundo sacudido por los horrores del conflicto bélico y la emergencia de ideologías totalitarias.

Estas corrientes, lejos de ser monolíticas, ofrecen una riqueza de ideas y debates que han moldeado la comprensión del derecho natural a lo largo de los siglos. Cada una de estas corrientes ha contribuido con perspectivas únicas que han enriquecido el discurso sobre la ley natural, adaptándose y respondiendo a los desafíos de sus respectivos contextos históricos. La diversidad dentro del derecho natural clásico refleja una evolución continua y una capacidad de adaptación que ha permitido a esta tradición mantener su relevancia y vitalidad a lo largo del tiempo.

Por otro lado, el derecho natural moderno también es objeto de un escrutinio riguroso en la obra. Desde su transformación positivista hasta su encarnación más reciente en los derechos humanos y el personalismo, esta evolución refleja no solo cambios en la teoría jurídica, sino también en la sociedad y la cultura en general. El positivismo jurídico, con figuras como John Austin y Hans Kelsen, representó una ruptura significativa con las tradiciones del derecho natural clásico, enfocándose en una visión del derecho como un sistema de normas sociales y legales independientes de la moralidad intrínseca. Esta transformación reflejaba un cambio más amplio en la filosofía y la ciencia de la época, que se movía hacia una mayor secularización y una confianza en la razón y la observación empírica.

El derecho natural moderno, sin embargo, no se detuvo en el positivismo. La emergencia de los derechos humanos como una encarnación contemporánea de la ley natural representó una reelaboración significativa de estos principios. Los derechos humanos, enraizados en la dignidad inherente de la persona humana, reflejan una continuidad con las preocupaciones del derecho natural clásico, pero también una adaptación a los contextos sociales y políticos del siglo XX. El personalismo, con pensadores como Emmanuel Mounier y Karol Wojtyła (el futuro Papa Juan Pablo II), ofreció una perspectiva que enfatizaba la importancia de la persona humana como un ser relacional y trascendente, retomando y transformando las ideas del derecho natural en un marco contemporáneo.

La obra también aborda críticamente las escuelas contemporáneas que desafían los principios del derecho natural clásico, como la ontofenomenología y la "nueva teoría del derecho natural". Estas perspectivas alternativas son sometidas a un análisis riguroso, que destaca tanto sus puntos fuertes como sus

limitaciones. La ontofenomenología, asociada con pensadores como Martin Heidegger y Maurice Merleau-Ponty, ofrece una visión del derecho que enfatiza la experiencia vivida y la relación del ser humano con su mundo. Esta perspectiva contrasta con las visiones más abstractas y universales del derecho natural clásico, proponiendo una comprensión del derecho que está profundamente enraizada en la existencia concreta y particular de las personas.

La "nueva teoría del derecho natural", representada por autores como John Finnis, busca renovar y actualizar la tradición del derecho natural en diálogo con las teorías contemporáneas del derecho y la moral. Finnis y otros proponen una visión del derecho natural que es accesible a la razón humana y que ofrece una base objetiva para la moralidad y el derecho, manteniendo la relevancia de la ley natural en un contexto pluralista y secular. Esta teoría, aunque inspirada en la tradición clásica, se distingue por su enfoque en la racionalidad práctica y su atención a las condiciones concretas de la vida humana.

Aunque la obra presenta una recopilación de ensayos de diversos autores, esta diversidad de voces contribuye a enriquecer la discusión y a ofrecer una gama más amplia de puntos de vista sobre el tema. Además, la profundidad de análisis y la exhaustividad con la que se aborda cada aspecto del derecho natural demuestran un compromiso con la rigurosidad académica y la exploración crítica del tema. Los autores que contribuyen a esta obra traen consigo una variedad de perspectivas y enfoques, lo que permite una discusión rica y multifacética que abarca tanto los fundamentos históricos como las innovaciones contemporáneas del derecho natural.

Un factor clave en la obra es su atención a los maestros contemporáneos del derecho natural clásico. Autores como Michel Villey, Elías de Tejada, Vallet de Goytisolo y otros son objeto de un examen detallado, que reconoce tanto sus contribuciones como las posibles objeciones a sus teorías. Villey, por ejemplo, es conocido por su insistencia en la naturaleza objetiva del derecho y su crítica al positivismo jurídico, proponiendo una visión del derecho que está firmemente enraizada en la realidad social y moral. Elías de Tejada, por su parte, se destaca por su defensa de la tradición hispánica del derecho natural, subrayando la importancia de la cultura y la historia en la formación del derecho.

Vallet de Goytisolo, otro de los pensadores examinados en la obra, ofrece una perspectiva que combina una sólida base en la tradición escolástica con una apertura a los desafíos y oportunidades del mundo moderno. Su trabajo refleja una preocupación constante por la dignidad humana y la justicia social, temas que son fundamentales para cualquier discusión sobre el derecho natural. Estos autores, y otros incluidos en la obra, proporcionan una base sólida para la reflexión y el debate, mostrando cómo la tradición del

derecho natural puede ser tanto una fuente de continuidad como de innovación en el pensamiento jurídico contemporáneo.

En definitiva, *¿El derecho natural contra el derecho natural? Historia y balance de un problema* es una impresionante obra que ofrece una visión panorámica de un tema fundamental en el pensamiento jurídico y filosófico. Su enfoque crítico y su amplio alcance la convierten en una lectura obligada para cualquier persona interesada en comprender las complejidades y desafíos del derecho natural a lo largo de la historia. Su análisis detallado y su visión crítica y constructiva proporcionan una base sólida para la reflexión y la acción, ofreciendo una guía valiosa para enfrentar los desafíos y las oportunidades del mundo contemporáneo.

La obra se distingue por su profundidad y amplitud de análisis, explorando tanto el desarrollo histórico como las aplicaciones contemporáneas del derecho natural. A través de una estructura cuidadosamente diseñada, la obra guía al lector a través de las complejidades de este campo, presentando una narrativa rica y detallada que abarca desde los inicios del pensamiento iusnaturalista hasta las innovaciones y desafíos actuales. La atención a los detalles históricos y filosóficos, combinada con un enfoque crítico y reflexivo, hacen de esta obra una contribución valiosa y perdurable al estudio del derecho natural.

Además de su enfoque histórico y filosófico, la obra también se destaca por su atención a la diversidad de perspectivas dentro del derecho natural. Al explorar tanto el derecho natural clásico como el moderno, la obra ofrece una visión equilibrada y matizada de cómo este concepto ha sido interpretado y aplicado en diferentes contextos y épocas. Esta diversidad de enfoques no solo enriquece la comprensión del derecho natural, sino que también subraya la relevancia continua de este campo en el mundo contemporáneo. La inclusión de voces contemporáneas y la atención a los debates actuales muestran cómo el derecho natural sigue siendo un tema vivo y en evolución, con implicaciones significativas para la teoría y la práctica jurídicas.

Cabe destacar que *¿El derecho natural contra el derecho natural? Historia y balance de un problema* constituye una obra esencial para cualquier estudioso del derecho, la filosofía o las ciencias sociales. Su profundidad de análisis, amplitud de enfoque y rigor académico la convierten en una lectura imprescindible para comprender las complejidades y desafíos del derecho natural a lo largo de la historia y en el contexto contemporáneo. La obra no solo ofrece una visión exhaustiva del desarrollo histórico del derecho natural, sino que también proporciona una base sólida para la reflexión crítica y la acción en un mundo en constante cambio.

Turégano Mansilla, Isabel. *Barreras en el acceso a la justicia y desigualdad social*, Madrid: Dykinson, 2024.

Andrés Gascón Cuenca
Institut de Drets Humans
Universitat de València
ORCID: 0000-0001-6417-9722

Fecha de recepción 04/12/2024 | De publicación: 23/12/2024

En el libro *Barreras en el acceso a la justicia y desigualdad social*, Isabel Turégano Mansilla se adentra en un análisis profundo y crítico de cómo las desigualdades sociales se manifiestan en forma de barreras que impiden el acceso a la justicia para ciertos grupos, vulnerando sus derechos y perpetuando su exclusión. La autora, a través de una perspectiva teórica fundamentada en las capacidades humanas y la teoría crítica de la justicia, desarrolla una mirada que trasciende el mero acceso a los tribunales, abarcando la posibilidad de vivir una vida digna y libre de opresión. El libro se divide en nueve capítulos, que desarrollan de forma pormenorizada cada una de las claves necesarias para abordar de forma holística la identificación de los impedimentos que ciertos grupos sociales encuentran cuando acuden a la justicia, y cómo esta realidad genera dinámicas estructurales de desigualdad social.

Así, en el primer capítulo y a modo de introducción, Turégano Mansilla establece que el acceso a la justicia es un derecho fundamental que permite a las personas acudir ante la autoridad judicial para modificar situaciones que lesionan sus derechos. Esto es esencial para controlar que el poder público y los ciudadanos actúan conforme a derecho. Sin embargo, no basta con la existencia formal de estos procedimientos, deben ser efectivos y capaces de hacer respetar el contenido y el ejercicio de los derechos. Por lo tanto, la ciudadanía debe ser capaz de obtener una resolución razonada y fundada que modifique una situación que lesiona o ignora sus derechos o intereses legítimos. Esto garantiza la igualdad ante la ley, al asegurar que todas las personas pueden obtener justicia independientemente de sus circunstancias particulares. Sin embargo, no se puede desconocer que existen una serie de condicionantes en la garantía de este derecho, como son los contextos institucionales u organizativos o las estructuras de discriminación y opresión. Si bien las primeras pueden, de alguna forma, superarse mediante reformas procesales y mejoras presupuestarias, las segundas son más complejas y presentan serios problemas para que ciertos grupos sociales puedan reclamar la protección de sus derechos a través

de las estructuras jurisdiccionales. Por lo tanto, el acceso a la justicia es un derecho complejo y multidimensional que juega un papel crucial en la transformación del derecho y de la sociedad, siendo un elemento esencial para la justicia social y procesal, y su efectividad depende de la eliminación de las barreras que impiden a ciertos grupos de personas acceder a la tutela judicial efectiva.

En el segundo capítulo, titulado *justicia y proceso judicial: el derecho pensado como proceso*, se aborda la perspectiva del proceso judicial como un instrumento para la efectividad del derecho sustantivo y un mecanismo de control del poder y de la tutela de los derechos. Es decir, este se presenta como el modo idóneo para reclamar la seguridad de los derechos, actuando como garantía de la legalidad. Se destaca la importancia de los valores que rigen el proceso, como por ejemplo: la racionalidad procedimental de las pruebas y los argumentos jurídicos planteados para resolver los asuntos imparcialmente y motivar la decisión; la participación de los implicados en el resultado; la celeridad que contrapone la necesidad de obtener soluciones rápidas y eficaces a las controversias, frente a las tardanzas en su resolución, que suponen la ineffectividad de la tutela jurisdiccional; el respeto por la dignidad humana como principio esencial que está en la base de un proceso justo; y finalmente, la equidad en su doble vertiente, por un lado conocida como la igualdad de armas, en cuanto equiparación de los medios de alegación, prueba e impugnación de ambas partes para que exista una contradicción efectiva y equilibrada, y por otro lado, el igual acceso al proceso.

En este segundo capítulo también se profundiza en la relación del proceso con el estado de derecho y la democracia constitucional, dado que a través del primero se hacen efectivos los derechos constitucionalmente establecidos, que configuran el núcleo de la vida democrática. Por lo tanto, las garantías fundamentales del proceso cumplen un papel de control del poder y de garantía de los derechos fundamentales. Consecuentemente, del proceso judicial no únicamente nos puede interesar su formalidad, sino que también tiene una alta relevancia el contexto social en el que se desarrolla. Las posibilidades de un juicio justo son muy bajas en contextos de extrema desigualdad. Los déficits y disfunciones del sistema procesal no impactan del mismo modo en la capacidad jurídica de todas las personas. Así, un sujeto social y económicamente *débil* sufre en mayor medida las disfunciones del sistema, y será más fácilmente inducido a no tutelar sus derechos o a abandonar un proceso demasiado largo e ineficiente. Y es precisamente en este punto cuando el acceso a la justicia se presenta como un problema de justicia social. Por lo tanto, aquí podemos ver cómo las técnicas procesales cumplen

funciones sociales dado que, si observamos el procedimiento sin tener en cuenta esta perspectiva, no estaremos analizando todos los factores que tienen un papel relevante en el acceso a la justicia.

En el tercer capítulo lleva por título *acceso a la justicia: entre normatividad y efectividad*, la autora explora la relación entre el acceso a la justicia y la transformación del derecho, considerándolo como un derecho social que se traduce en mecanismos de facilitación y prestación de servicios. Subraya la importancia de una concepción multidimensional del derecho de acceso a la justicia que abarque tanto su dimensión procesal como su dimensión de servicio público y de principio de justicia. En este sentido, el acceso a la justicia se presenta con una doble faz de derecho fundamental y garantía institucional. Es un bien o valor merecedor de protección y, al mismo tiempo, un instrumento o medio para la protección y tutela de otros bienes o valores. Además, este se concibe como un derecho social que implica la creación de las condiciones jurídicas y materiales que garanticen su vigencia en condiciones de igualdad, lo que supone la adopción de acciones positivas y la remoción de obstáculos materiales que impidan su ejercicio efectivo. Por otra parte, el acceso a la justicia no solo sirve para garantizar y hacer efectivos derechos preexistentes, sino también para configurar nuevos y abrir escenarios de protección jurídica. En definitiva, el acceso a la justicia es un elemento esencial para la realización de los derechos de los individuos y para la satisfacción de fines más amplios, como el reequilibrio de las relaciones sociales. Las barreras que encuentran las personas más desfavorecidas no suponen solo dificultades para obtener la satisfacción de sus intereses, sino la incapacidad de incorporar su perspectiva y sus problemas a la práctica jurídica.

En el capítulo cuarto se parte de la *concepción multidimensional del derecho de acceso a la justicia*, profundizando en él como derecho fundamental y garantía institucional, con una doble vertiente de derecho prestacional y de garantía de efectividad de los derechos fundamentales. Se presenta como un concepto amplio y dinámico que abarca múltiples dimensiones, y del que la autora propone una visión amplia, entre las que incluye las siguientes características:

- La justiciabilidad, como la posibilidad de reclamar ante un juez los derechos frente a los sujetos responsables de la violación del derecho o incumplimiento de las obligaciones correspondientes,
- La disponibilidad, como la existencia de órganos y mecanismos procedimentales adecuados para la tutela efectiva del derecho,

- La accesibilidad, como la eliminación de barreras materiales, sociales y económicas que impidan el ejercicio efectivo del derecho,
- La buena calidad, como la prestación de servicios de calidad y adecuados a las circunstancias de vulnerabilidad,
- El suministro de recursos, como la provisión de los medios materiales y humanos necesarios para la efectiva satisfacción del derecho que se reclama, y
- Finalmente, la rendición de cuentas de los sistemas de justicia entendida como la supervisión y control de las instituciones encargadas de la administración de justicia.

Además, en este capítulo también se trata la concepción del propio proceso de acceso a la justicia como servicio público y el acceso a la justicia gratuita. Respecto del primero, la autora lo vincula con la calidad de la administración de justicia, que concibe como un servicio público esencial. Esto implica que el Estado debe garantizar la prestación de este servicio de manera eficiente, equitativa y accesible para todos los ciudadanos, independientemente de sus circunstancias particulares. Respecto del segundo, este se debe entender como un derecho social que supone un compromiso activo del Estado con el modelo de bienestar y la igualdad real para acceder a los órganos jurisdiccionales. Esto requiere la creación de las condiciones jurídicas y materiales que garanticen la calidad del acceso en condiciones de igualdad desde la perspectiva de las circunstancias de vulnerabilidad de las personas.

En el capítulo quinto se plantea un enfoque del acceso a la justicia basado en las capacidades, considerando que la justicia social requiere garantizar un umbral mínimo de capacidades para todos los individuos. Esto es particularmente relevante, puesto que no es habitual que en los estudios sobre el derecho de acceso a la justicia se trate específicamente el problema de su fundamentación, y en este punto, la autora aborda esta tarea de forma exhaustiva. Este enfoque se complementa con la teoría del reconocimiento y la teoría de la justicia social crítica, que subrayan la importancia de la no dominación y la visibilización de la vulnerabilidad en la fundamentación del derecho de acceso a la justicia. Por lo tanto, se defiende un enfoque basado en las capacidades y la teoría de la justicia social crítica, considerando la falta de reconocimiento, la dominación y la vulnerabilidad como obstáculos en su acceso. Por un lado, para la construcción de este enfoque basado en las capacidades, Turégano Mansilla parte de las investigaciones desarrolladas por Sen y Nussbaum, que lo conciben como una poderosa herramienta para analizar y fundamentar el derecho de acceso a la justicia. Este enfoque se centra en lo que las personas son capaces de hacer y ser, es decir, sus oportunidades reales de llevar una vida que valoran.

En este sentido, se tiene en cuenta una serie de factores que concretan este proceso. Por un lado, se definen las capacidades como libertades sustantivas que las personas tienen para elegir y actuar, y los funcionamientos como las actividades y los estados que las personas pueden alcanzar y que contribuyen a su bienestar. Por otro lado, los factores de conversión son las capacidades que dependen de factores personales, sociales y ambientales y que afectan a la conversión de recursos en funcionamientos. Finalmente, de acuerdo con Nussbaum, las capacidades combinadas son el conjunto de capacidades internas y las condiciones externas necesarias para su ejercicio efectivo.

Finalmente, la autora afirma que la teoría de la justicia social crítica aporta elementos normativos relevantes para comprender la situación de la falta de reconocimiento, dominación y vulnerabilidad que está en la base de los obstáculos en el acceso a la justicia, y profundiza en sus elementos. Así, trata el reconocimiento desde la visión de Honneth, que sostiene que la libertad individual se alcanza en el contexto de instituciones que promueven relaciones de reconocimiento. También analiza el concepto de no dominación desde la concepción de libertad neorrepública, que es fundamental para entender la justicia procesal y la participación en el proceso judicial. Todo lo tratado en el quinto apartado hace de esta obra una propuesta plural del fundamento moral del derecho de acceso a la justicia, dado que los diversos elementos considerados dan, en su conjunto, cuenta del carácter poliédrico del derecho, cuya vinculación procede de la propuesta teórico-crítica de justicia social que se define por los elementos señalados (reconocimiento, poder, y vulnerabilidad).

En el capítulo sexto se abordan las desigualdades y las barreras en el acceso al derecho a la justicia, identificando y analizando los impedimentos a los que se enfrentan las personas en situación de vulnerabilidad para acceder a la justicia. Se destacan las barreras económicas, organizativas, procesales, culturales, lingüísticas, de información y epistémicas, enfatizando que estas son la expresión de la desigualdad estructural y que afectan de manera desproporcionada a los grupos más desfavorecidos. La autora profundiza en cada una de ellas, identificando las barreras económicas como uno de los obstáculos más evidentes para el acceso a la justicia, vinculado con los gastos asociados al sistema judicial, las tasas procesales y los honorarios de los abogados, que pueden ser prohibitivos para las personas con recursos limitados; las barreras procesales como la complejidad y el formalismo de los procedimientos judiciales, que pueden ser difíciles de navegar sin asistencia legal; las barreras lingüísticas y culturales que pueden impedir que las personas comprendan sus derechos y los procedimientos legales; las barreras en el acceso a información fundamental como el contenido de sus derechos o los recursos legales disponibles; las

barreras organizativas, como la falta de cercanía geográfica de los órganos judiciales y la ineficiencia de los procedimientos; y en último lugar, las barreras sociales y materiales que muestran cómo las circunstancias sociales y materiales en las que se encuentran las partes condicionan, en gran medida, su capacidad para afrontar equitativamente el proceso.

El séptimo capítulo titulado *Barreras en el acceso e injusticia epistémica*, la autora introduce el concepto de injusticia epistémica para explicar las barreras vinculadas al conocimiento que enfrentan los grupos marginados. La injusticia testimonial y la injusticia hermenéutica se presentan como formas de discriminación que afectan a la capacidad de estos grupos para construir y transmitir conocimiento y comprender sus propias experiencias.

La injusticia epistémica tal y como la define Fricker, es aquella forma de injusticia que ocurre cuando alguien es perjudicado en su capacidad como sujeto de conocimiento, y tiene dos configuraciones, la injusticia testimonial y la injusticia hermenéutica. La primera ocurre cuando el testimonio de alguien es desestimado o infravalorado debido a prejuicios. En el contexto del acceso a la justicia, esto puede suceder cuando los testimonios de personas en situación de vulnerabilidad son considerados menos creíbles debido a estereotipos. La segunda se produce cuando hay una laguna en los recursos interpretativos colectivos, lo que impide a alguien comprender y articular su experiencia. Esto es particularmente relevante para las personas que enfrentan barreras lingüísticas o culturales que les dificultan entender y navegar por el sistema legal.

Finalmente, la marginación hermenéutica se refiere a la exclusión de ciertos grupos de los procesos de generación de conocimiento que, en el contexto legal significa que las experiencias de ciertos grupos no se reflejan adecuadamente en el derecho, lo que dificulta que sus necesidades sean reconocidas y atendidas.

En el octavo capítulo Turégano Mansilla se detiene en la representación procesal de las necesidades de grupos infrarrepresentados a través del litigio de interés público y lo presenta como herramienta satisfactoria para representar los intereses colectivos de los grupos desfavorecidos y promover el cambio social y jurídico. Se reconoce que esta vía permite considerar los aspectos relevantes del contexto estructural del caso y puede tener efectos para el cambio jurídico e impacto social.

En este sentido, el litigio de interés público es una herramienta para representar las necesidades de grupos que no están adecuadamente representados en el sistema judicial, que no busca solo resolver casos individuales, sino también provocar cambios sociales y jurídicos más amplios, empoderando a estos grupos, y reequilibrando las relaciones de poder. Además, también se analizan los diversos instrumentos procesales que pueden utilizarse para la representación de intereses colectivos, como la creación de organismos públicos especializados, la ampliación de la legitimación para actuar, la importancia de la selección de casos que se presentan ante los tribunales, y el papel del abogado que debe ser capaz de detectar cuestiones estratégicas en estos y llevarlas adelante de manera efectiva.

Por otro lado, se subrayan las limitaciones del litigio de interés público, como la falta de aplicación o ejecución institucional de las resoluciones judiciales, y la necesidad que la litigación estratégica se enmarque en movilizaciones sociales más amplias y estrategias multidimensionales que incluyan acciones no únicamente jurídicas.

En el capítulo noveno, titulado *el acceso a la justicia de migrantes forzosos: un caso paradigmático de ineficacia* la autora analiza el acceso a la justicia de la perspectiva de las personas migrantes forzosas, considerando las barreras específicas que enfrentan debido a su estatus migratorio y a la falta de reconocimiento de sus necesidades jurídicas. Subraya la importancia de garantizar el acceso efectivo a la justicia para este grupo vulnerabilizado como una vía de emancipación jurídica y reconocimiento. En este apartado, Turégano Mansilla profundiza en una pluralidad de circunstancias que sitúan a los migrantes forzosos en los límites del derecho, analizando cómo las políticas de control de fronteras impiden que los migrantes accedan a la justicia, y la tensión que esto genera con la garantía de derechos humanos y su reconocimiento como sujetos de derechos.

Además, se presenta la vulnerabilidad migratoria a través de sus causas estructurales, que incluyen la opresión social y la desigualdad de estatus jurídico, y la injusticia epistémica. De este último concepto, se derivan ciertas fronteras epistemológicas, de las que la autora analiza la violencia epistémica. Esta se ejerce cuando un grupo dado es minusvalorado en su capacidad para hablar y ser escuchado, que en este caso se plasma en la desacreditación de los testimonios de las personas migrantes debido a prejuicios y estereotipos, y la fricción epistémica que esto genera y que nos lleva a la violencia fronteriza. Asimismo, se investiga sobre el acceso a la justicia de personas en movilidad, discutiendo las garantías procesales en los procedimientos de asilo y expulsión, enfatizando la necesidad de un recurso judicial efectivo para

los migrantes, y subrayando la importancia de la asistencia jurídica competente y asequible para los migrantes.

En el último apartado se trata el estatus de ciudadanía de las personas extranjeras dentro de las fronteras estatales, abordando la necesidad de avanzar hacia una ciudadanía igualitaria. En este sentido, se analiza la desigualdad que experimentan en su relación con el ámbito jurídico, dado que a menudo enfrentan desigualdades que limitan su acceso a la justicia y a otros derechos fundamentales, especialmente en los contextos de migración forzosa. Además, se proponen diversas medidas para mejorar esta realidad, incluyendo la simplificación de procedimientos legales, la provisión de asistencia jurídica gratuita y la implementación de políticas inclusivas que reconozcan la diversidad cultural. Todo ello, como argumenta la autora, con el fin de avanzar hacia un modelo de ciudadanía que no discrimine por origen nacional y que garantice igualdad de derechos y acceso a la justicia para todos los residentes de un Estado.

En definitiva, y como hemos podido observar, *Barreras en el acceso a la justicia y desigualdad social* es una obra que invita a la reflexión y al debate sobre la necesidad de garantizar un sistema de justicia más inclusivo y equitativo, que aborde el acceso a la justicia desde una perspectiva multidimensional. La autora, no solo identifica las múltiples barreras a las que se enfrentan los colectivos vulnerabilizados, sino que también ofrece propuestas concretas para superarlos. Este trabajo profundo y riguroso hace que esta publicación sea fundamental para entender la importancia del acceso a la justicia como un pilar fundamental para la democracia y el Estado de Derecho.

González Ordovás, M.^a José (coord.). *Los límites del derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

Alejandro J. Gomis de Francia
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción 01/12/2024 | De publicación: 23/12/2024

Entre el final del siglo XX y el principio XXI tienen lugar una serie de cambios políticos, económicos y sociales que alteran de una vez para siempre las relaciones de poder establecidas hasta ese momento. Estos cambios, caracterizados por su alcance global, toman un cariz particularmente interesante cuando se analizan sus efectos sobre las democracias liberales occidentales, al provocar la redefinición de los límites de los conceptos e instituciones sobre los que se erigen nuestros sistemas políticos. En este sentido, *Los límites del derecho* es una obra que propone el análisis de ocho barreras o limitaciones a las que se enfrenta el Derecho en su configuración actual, tanto desde puntos de vista más teóricos o abstractos como desde perspectivas más prácticas. Así, cada parte del libro se centra en un desafío distinto e independiente, manteniendo la reflexión acerca del límite como hilo conductor y denominador común.

El primer capítulo de la obra se centra en la importancia del lenguaje como límite y fundamento del Derecho. La autora, María José González Ordovás, Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza y directora del Laboratorio de Sociología Jurídica de la misma Universidad, invita al lector a reflexionar acerca de la compleja relación entre Derecho y lenguaje desde diferentes puntos de vista. Para ello, el primer paso debe ser comprender la naturaleza de dicha relación, que puede ser instrumental o constitutiva. Rechazando la primera opción, que entiende el lenguaje como un mero instrumento del que se sirve el Derecho para conseguir sus fines; la autora se inclina por la segunda posibilidad afirmando que el Derecho es lenguaje, con el cual mantiene unos lazos constitutivos y esenciales. Esta concepción teórica inicial, lejos de ser un asunto trivial, constituye un punto de partida de importancia capital con implicaciones ulteriores en la definición del lenguaje jurídico y la comunidad jurídica.

No obstante, el Derecho no sería exclusivamente lenguaje, sino que estaría caracterizado también por la acción. De esta forma se abre la reflexión acerca del discurso y la coerción, cuestiones relacionadas con

la legitimidad y la eficacia respectivamente. En primer lugar, la autora entiende que en un Estado democrático no es posible predicar la legitimidad del Derecho si en su elaboración no han intervenido diferentes partes contrapuestas o antitéticas, aceptando así la teoría discursiva del Derecho del sociólogo alemán Jürgen Habermas. Seguidamente, se señalan dos acontecimientos recientes que afectan directamente a la producción jurídica. De una parte, el tránsito desde la soberanía hacia la eficacia como punto de referencia en el desarrollo normativo; de otra, la mayor dificultad a la que se enfrentan los estados para imponer normas coercitivas como consecuencia de la barrera generada por los individuos de diferentes sociedades frente a la restricción de su autonomía. De esta forma, la eficacia se convierte en el principal punto de interés y, simultáneamente, los estados pierden importantes instrumentos para tratar de conseguirla.

Una vez aclarada la naturaleza de la relación entre el Derecho y el lenguaje, la reflexión se dirige hacia los límites que impone éste al desarrollo normativo. En este sentido, la autora señala que el inicio del lenguaje jurídico es tan solo una derivación del lenguaje vulgar que se va haciendo más complejo hasta consolidarse en la actualidad como un lenguaje especial, alejado y especializado. A raíz de esta circunstancia, se abre una brecha entre el ciudadano promedio y el Derecho, provocando que la autoridad se presente como un “poder sin rostro, lejano y difuso”. Esta situación se ve agravada por el creciente predominio de la imagen con respecto a la palabra, que reduce la amplitud del vocabulario ordinario y dificulta el razonamiento abstracto¹. Para paliar los efectos negativos de este fenómeno, se citan algunos documentos encaminados a hacer posible un acceso sencillo a la justicia mediante la utilización de un lenguaje menos oscuro. De esta manera, se abre el debate acerca de si el Derecho debe utilizar un lenguaje más ordinario, sacrificando así parte de su concreción, precisión y seguridad; o si, por el contrario, se deben primar estos principios por encima de una mayor accesibilidad.

En este sentido, para que el derecho sea democrático y, en consecuencia legítimo, no puede configurarse de forma que resulte ininteligible para el pueblo. Además, para que el Derecho sea también acción y no únicamente lenguaje, no se puede presentar como algo inalcanzable y separado de los sujetos a los que va dirigido. Por tanto, se concluye que la comprensibilidad del Derecho debe ser una responsabilidad tanto jurídica como política. Para llevar a cabo esta tarea, la autora destaca la importancia de la racionalidad por encima del imperio de la emoción, que se presenta como fundamento de la banalización

¹ Sartori, G. (1997). *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Barcelona: Debolsillo.

del Derecho y de la arbitrariedad que esta conlleva. Para encontrar solución a los problemas y límites derivados del lenguaje y garantizar la eficacia del Derecho, sería conveniente la introducción de una pedagogía, tanto *a priori* como *a posteriori*, que asegurase la participación, la explicación y la legitimidad del Derecho.

La autora del siguiente capítulo, Cristina Carretero González, Profesora de Derecho Procesal en la Universidad Pontificia de Comillas, también fija el lenguaje como límite y centro de reflexión, con especial referencia a las barreras comunicativas en el acceso a la Justicia. El texto, que se inicia con una selección preliminar de documentos relacionados con el acceso a la Justicia de carácter tanto nacional como europeo, pasa directamente a centrar el análisis en el nivel educativo de la sociedad española. A través de esta aproximación, la autora concluye que la formación de la población adulta constituye un impedimento a la hora de comprender expresiones o conceptos complejos o carentes de explicación, debido a la baja proporción de ciudadanos que alcanzan un nivel educativo superior. Si bien esta metodología resulta útil para simplificar el análisis de una realidad social inabarcable, es preciso advertir que los puntos de partida mono causales deben considerarse siempre con cautela, ya que omiten una gran cantidad de condicionantes que, de ser considerados, podrían modificar las conclusiones a las que llega el estudio.

Más allá de la población adulta en sentido amplio, la autora considera necesario hacer referencia a ciertos colectivos que, por su condición, pueden encontrar mayores dificultades y barreras a la hora de acceder a la Justicia de una forma efectiva. Siguiendo la clasificación de la Carta de derechos de los ciudadanos ante la justicia, estos grupos serían: las víctimas del delito, los menores, las personas discapacitadas y los inmigrantes. La creación de Oficinas de Asistencia a las Víctimas, las explicaciones del proceso penal en formato video o cómic, la redacción de sentencias en formato de lectura fácil o la obligatoriedad de proporcionar intérpretes son solo algunas de las medidas destinadas a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de estos colectivos. Sobre el papel son propuestas muy acertadas, considera la autora, añadiendo que es prioritario que tengan un efecto práctico real.

Finalmente, además de las medidas ya mencionadas, se pone el foco en diferentes políticas públicas desarrolladas o susceptibles de desarrollo que contribuirían de forma decisiva a garantizar el acceso a la Justicia para cualquier persona, como el “Clear Writing” promovido por la Comisión Europea o la utilización de Inteligencia Artificial para adaptar y facilitar ciertos procesos. Asumiendo que, efectivamente, la correcta comunicación y la eliminación de tantas barreras del lenguaje como sean

posibles es un objetivo deseable, es pertinente recordar que esta tarea no puede llevarse a cabo mediante el sacrificio de la precisión y la racionalidad que debe caracterizar al Derecho.

En el tercer capítulo, Antonio Madrid Pérez, Profesor Titular de la Universidad de Barcelona, reflexiona acerca de la importancia del significado de los conceptos, cuya precisión o vaguedad no solo tiene influencia en el ámbito académico, sino que afecta directamente a la cohesión social y la práctica jurídica. En este caso, consciente de la estrecha relación existente entre el lenguaje y la configuración de la realidad, el autor introduce el necesario examen del concepto de vulnerabilidad, que ha aparecido en las últimas décadas como una suerte de “término paraguas” que aglutina en su seno toda una suerte de conceptos más definidos y exactos, desdibujando o difuminando los límites preexistentes entre diferentes colectivos desfavorecidos.

Para comenzar el análisis, se precisa que la vulnerabilidad es una condición presente en todos los seres humanos como consecuencia de nuestra propia naturaleza, determinada por una necesidad de supervivencia que viene condicionada, tanto por la interacción con el medio en el que desarrollamos nuestra existencia, como por nuestra interacción con la comunidad a la que pertenecemos. En este sentido, la vulnerabilidad se presenta como una facultad que afecta a todos los individuos por igual, sin distinciones de ningún tipo, por lo que se trataría de una vulnerabilidad natural. Por el contrario, el autor propone la utilización del término vulnerabilización para hacer referencia a todas aquellas situaciones en las que los individuos se ven discriminados, excluidos o marginados; no por su condición natural, sino por su posición social y la influencia de determinadas estructuras o instituciones de carácter cultural. El cambio de terminología es decisivo, ya que la situación de desventaja en la que se encuentran ciertos individuos o grupos no obedece a determinantes naturales, sino a condicionantes sociales y culturales susceptibles de ser modificados.

Para ello, el autor propone el recurso al Derecho como vía de resolución de estas situaciones de vulnerabilización. Un Derecho que recupere la figura abstracta del sujeto jurídico, sustituida en el presente por la referencia a colectivos concretos, y sectorialización de la protección social. No obstante, a mi juicio, sería imprescindible rescatar la valoración de la situación material de las personas vulnerabilizadas, que exige el análisis de las estructuras históricamente constituidas (políticas, sociales y económicas) responsables de la reproducción de estas situaciones.

Distanciándose del lenguaje, Jorge Gracia Ibáñez, Profesor de Criminología en la Universidad de San Jorge, propone en el cuarto capítulo una reflexión acerca de la victimología y los límites que las cuestiones planteadas por esta disciplina podrían imponer al Derecho. El autor introduce el tema haciendo referencia a la posición jurídica y social que ocupa la víctima del delito en la sociedad actual, caracterizada por una fragmentación moral y política inédita que, sin embargo, es capaz de abandonar sus diferencias éticas a la hora de abordar la figura de la víctima, convirtiéndola “en un agente de la moralidad pública”. De esta forma, la victimología ha rescatado la figura de la víctima, apartándola de la posición complementaria que tenía dentro de los procesos judiciales (especialmente del penal), para ubicarla en el centro de los mismos.

Este redescubrimiento de la víctima, a juicio del autor, introduciría nuevos puntos de reflexión que afectarían directamente a alguno de los pilares fundamentales sobre los que se ha ido edificando el derecho penal liberal, como el garantismo penal o el principio de intervención mínima. Todos estos fenómenos vendrían provocados y acompañados por un aumento de la emotividad frente a la racionalidad, un giro también observado en otras disciplinas de las ciencias sociales. Además, esta circunstancia se encuentra en el origen del llamado populismo punitivo, cuyo reciente éxito puede explicarse por su apelación al sentimentalismo popular y a la subjetividad².

Centrándose en la víctima, el autor cita una serie de necesidades demandadas por las mismas e introduce el concepto de *desvictimización* como proceso a través del cual exista una restitución del daño causado que permita la eliminación de toda estigmatización derivada de esa posición. Para analizar el caso español, el autor comenta diferentes instrumentos legales desarrollados en nuestro país para garantizar la protección de las víctimas, entre los que destaca el Estatuto de la víctima del delito. Es particularmente interesante la división en tres grupos de derechos diferentes, que ofrecen una visión muy clara de la forma en la que se concibe dicha protección³; y el análisis de la configuración del sistema de atención a las víctimas, con la creación de oficinas dedicadas en exclusiva a esa finalidad.

Como conclusión a todo lo expuesto a lo largo del capítulo, el autor reconoce la necesidad de ampliación de derechos hacia las víctimas de delitos, tanto procesales como extraprocerales, siempre y cuando se conserven los requisitos básicos del derecho penal garantista.

² Quintero Olivares, G. (2024). *Populismo y derecho penal*. DOXA.

³ Los tres grupos son: derechos básicos, derechos de participación de la víctima en el proceso penal y derechos de protección de las víctimas.

Por su parte, en el quinto capítulo, Alicia Brox Sáenz de la Calzada, Investigadora Margarita Salas y miembro del Laboratorio de Sociología Jurídica en la Universidad de Zaragoza, propone el análisis del derecho penal francés en relación con la violencia de género en el ámbito de la pareja. En opinión de la autora, en Francia las agresiones cometidas en el seno de la pareja del hombre a la mujer siguen sin ser interpretadas desde un punto de vista de género, evitándose de esta manera la crítica de los fundamentos ideológicos y estructuras sociales de carácter patriarcal que se encuentran tras estas violencias.

Mediante un estudio de la legislación francesa desde finales del siglo XX hasta la actualidad, la autora analiza la evolución de la respuesta jurídica frente a este tipo de agresiones, comenzando por el Código Penal de 1994 que únicamente recogía una agravante de violencia conyugal, para finalizar con la implementación del Convenio de Estambul y la Ley de enero de 2017 relacionada con la igualdad y la ciudadanía. En este contexto, resulta muy interesante observar como el derecho penal español, con la creación de tipos penales específicos sobre violencia de género que reconocen la existencia de una “lógica de discriminación sexista”, ha dado respuesta a esta problemática de una forma más completa que el derecho penal francés, limitado a una circunstancia agravante cuyo alcance queda mucho más limitado.

Seguidamente, la autora destaca una característica esencial del derecho francés: el universalismo. Con el objetivo de conservar la igualdad entre ciudadanos, en Francia no se tienen en cuenta las características concretas de la víctima en el proceso penal, por lo que no existen delitos como el parricidio o el infanticidio. En este sentido, desde una perspectiva histórica, el legislador francés ha tratado de limitar o eliminar la discriminación positiva en aras del reconocimiento de un universalismo jurídico que igualase legalmente a los ciudadanos. Es esta circunstancia la que se constituye como barrera a la hora de hacer frente a problemas concretos de la realidad social, limitando las herramientas que los poderes públicos podrían utilizar para su eventual resolución.

Para finalizar, la autora señala que de esta apreciación se deduce que los aparatos jurídicos han primado el principio de igualdad formal por encima del reconocimiento explícito de motivaciones “generoespecíficas”. Se desatiende el carácter discriminatorio presente en dichas violencias, despolitizando una realidad social para cuya transformación es necesaria la intervención de los poderes públicos.

En el siguiente capítulo, Fernando Arlettaz, becario Ramón y Cajal en la Universidad de Zaragoza, aborda uno de los fenómenos políticos más en boga de nuestro tiempo: el populismo. Como es sabido, los movimientos y partidos políticos catalogados como populistas son de una variedad ideológica casi inabarcable. La definición de lo que es el populismo en esencia ha sido objeto de enconados debates y ha generado la creación de diferentes y variadas teorías que tratan de descubrir la verdadera naturaleza del fenómeno, cerrando de una vez por todas el significado del concepto. Pese a las numerosas propuestas que han aparecido a lo largo de las últimas décadas, la discusión no ha finalizado, por lo que el autor propone una aproximación de mínimos, exponiendo tres tesis acerca de los populismos y su relación con el derecho internacional.

En este sentido, el autor comienza por aceptar que “el populismo es una forma, no una sustancia”. Es decir, que el populismo no sería un grupo de ideas, valores y propuestas fijas, acabadas y coherentes las unas con las otras, dando lugar a una ideología sistemática; sino que, por el contrario, el populismo es una forma de ejercer y participar en la política, eminentemente discursiva⁴, con independencia del sustrato ideológico que se reivindique. La aceptación de esta tesis se adapta con una precisión considerable a la realidad política actual, permitiendo explicar la existencia de populismos tanto de izquierda como de derecha, tanto nacionalistas como cosmopolitas.

Seguidamente, el autor afirma que el populismo no se encuentra frontalmente en contra de los derechos humanos o de las libertades fundamentales. Frente a estos, los populismos reivindican una agenda propia de derechos no necesariamente restringidos o derivados de los principios constitucionales e internacionales. La idea que aquí subyace es la ruptura con el orden político liberal por parte de los populismos, que tratan de emanciparse del mismo buscando su propia hoja de ruta. En el caso concreto de la democracia, los movimientos y partidos populistas prefieren considerarla en su variante meramente instrumental, como procedimiento que asegure su legitimidad mediante plebiscito, al margen de límites constitucionales impuestos al ejercicio del poder. A la acusación de intento de borrar el debate

⁴ El discurso populista definitivamente dicotómico, dividiendo la sociedad entre la mayoría del pueblo y la minoría de la élite. En este sentido, el pueblo estaría dotado de todas las virtudes políticas y se encontraría enfrentado a las élites corruptas, causantes de la totalidad de los males que padece el resto de la sociedad. Los principales representantes de la teoría discursiva del populismo son Ernesto Laclau y Chantal Mouffé.

democrático que se les imputa a los populismos cabría oponerle, a modo de contraste, la situación de anomia en la que se encuentra la democracia liberal en el presente⁵.

La última tesis afirma que los populismos no pretenden desechar el derecho internacional para volver a los estrechos márgenes de la frontera nacional, sino que su intención es adaptar ese derecho a sus planes y programas. Ni siquiera todos los movimientos populistas se encuentran en contra del orden internacional basado en normas y sus instituciones vigentes. Al final, se trata de una disputa de universalistas frente a particularistas o, si se prefiere, de cosmopolitas frente a nacionalistas. Sin embargo, todos los agentes políticos son conscientes del carácter globalizado del *statu quo* actual y de la imposibilidad de volver a la soberanía total del estado-nación, por lo que el debate se lleva a otro terreno. La crítica lanzada desde muchos partidos populistas se dirige contra el déficit democrático del orden liberal internacional, confeccionado por juristas de un número reducido de países y que, a través de las grandes potencias mundiales, es impuesto al resto de los países. Si bien el orden político tiene una carencia evidente de elementos democráticos, mucho menos el orden económico gobernado por las grandes corporaciones, beneficiarias de la configuración jurídico política actual.

Por todo ello, queda claro que los populismos se erigen como un límite al orden político, económico y, sobre todo, jurídico. El Derecho se enfrenta a una variedad de movimientos y partidos cuyo objetivo es modificar radicalmente la legalidad para confeccionarla a su medida. ¿Cómo puede una democracia liberal defenderse de estos ataques? ¿Qué medidas deben tomarse? ¿Se está todavía a tiempo o ya es demasiado tarde?

En el séptimo capítulo, David Vila-Viñas, Investigador Ramón y Cajal en la Universidad de Sevilla, continúa en la línea de análisis político de la realidad presente, desarrollando un estudio del liberalismo y la efectividad de los derechos sociales en relación al Ingreso Mínimo Vital (IMV). Para ello, lleva a cabo un repaso histórico del liberalismo como racionalidad política, desde se versión keynesiana hasta la variante neoliberal, acabando con las declinaciones contemporáneas del mismo, sintetizadas en el oxímoron “neoliberalismo progresista”. El autor considera que, en este momento, los dos pilares sobre los que descansa la realidad actual son el *laissez faire* del mercado, que requiere el reconocimiento de

⁵ Gentile, E. (2016). *La mentira del pueblo soberano en la democracia* (p. 73). Alianza: Madrid. “La desconfianza del pueblo soberano se manifiesta (...) con indiferencia, con el cada vez menor compromiso y el abandono de la militancia en los partidos, con la abstención en las elecciones y con la denigración “antipolítica” de la política.” De esta forma, las democracias liberales, sin pretenderlo, acabarían generando la misma situación de supresión del debate democrático que los populismos.

identidad entre lo útil y lo verdadero; y el Estado de policía que garantizaría la producción y reproducción de este orden.

La tesis defendida por el autor es que, como consecuencia del establecimiento de un orden económico neoliberal, se han incrementado las dificultades que experimenta la ciudadanía a la hora de acceder a determinados derechos. En su opinión, existe una ausencia de garantías de cumplimiento de esos derechos, un orden burocrático que distancia la validez de la norma de su aplicación efectiva y unas dificultades técnicas cada vez más acusadas; generan una situación en la cual, pese a que las normas contengan una proporción mayor de valores y objetivos de todo tipo, la eficacia concreta de las mismas se ve considerablemente reducida.

El ejemplo más paradigmático para traer a la realidad esta abstracción teórica es el Ingreso Mínimo Vital. Para este caso concreto, las condiciones de acceso al IMV son demasiado exigentes, la digitalización cada vez más amplia afecta a su alcance y las resoluciones sobre su aprobación o denegación se alargan durante un cuatrimestre. Toda esta situación, además de afectar directamente a la eficacia del derecho, contribuye a generar una sensación de desconfianza en los poderes públicos por parte de amplios sectores de la población, que perciben la existencia de un “gobierno a distancia”, de un “Poder sin rostro”.

En el último capítulo, Carmen Mesa Raya, de la facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo en la Universidad de Zaragoza, profundiza todavía más en el Ingreso Mínimo Vital en relación con la Renta Mínima de Inserción en Aragón. Se trata del capítulo de contenido más práctico de la obra, sin perjuicio de la introducción de una base teórica verdaderamente importante que aborda el significado y la evolución de los conceptos de pobreza y exclusión social.

En este sentido, la autora analiza los diferentes tipos de pobreza (absoluta o relativa) y expone las diferentes aproximaciones teóricas al concepto, como categoría social, económica y cultural. No obstante, apunta que el concepto de pobreza ha sido sustituido y superado por el de exclusión social, que ampliaría los márgenes del análisis al incluir en el estudio no solo las condiciones materiales de existencia, sino también otro tipo de factores de carácter multidimensional. Las dimensiones de la exclusión pasarían a ser la económica, la política y la social; cada una de ellas con sus propias particularidades, causas y consecuencias.

Seguidamente, analiza las consecuencias prácticas de la derogación del Ingreso Aragonés de Inserción (IAI) y su sustitución por la Prestación Aragonesa Complementaria del Ingreso Mínimo Vital (PACIMV). El desconcierto en el proceso de sustitución, el corto alcance de la nueva ayuda y la ineficacia de las modalidades complementarias, desembocan en una crítica de la ayuda por parte de la autora, considerando que queda un largo trabajo por hacer, tanto a nivel material como en el eje exclusión-inclusión.

Como conclusión a todo lo expuesto, es necesario destacar que *Los límites del derecho* es una obra de un carácter multidisciplinar muy marcado, que trata temas variados abordándolos de una forma rigurosa y analítica. No obstante, la tesis fundamental de la obra, que subyace a lo largo de todos los capítulos que la integran, es la necesidad de reflexión sobre la idea de límite. Por tanto, es un texto de verdadero interés para cualquier lector que quiera aproximarse al estado actual del Derecho y conocer tanto sus posibilidades como sus amenazas.

Colomer Bea, David. *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

Julio Llop Tordera
Universitat de València

Fecha de recepción 01/07/2024 | De publicación: 23/12/2024

La colección *Delitos* de la editorial Tirant lo Blanch ha publicado recientemente la obra que reseño: *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*. Su autor, el profesor David Colomer Bea, realiza, a lo largo de los cuatro capítulos en los que se divide la monografía, un más que completo estudio de esta doctrina de construcción jurisprudencial. El trabajo no se circunscribe exclusivamente a sus orígenes en la *Common Law* y aborda también la recepción del *chilling effect* por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español, para concluir con un riguroso examen de las principales cuestiones relativas a su delimitación y tratamiento jurídico-penal.

En el primer capítulo de la obra, se explica la génesis de la doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de la década de los sesenta del siglo pasado. El autor combina en esta parte el estudio de las sentencias más relevantes sobre la materia con el análisis de las principales aportaciones doctrinales sobre la cuestión, para así delimitar las zonas de penumbra en la definición del concepto, su ámbito de aplicación y su prácticamente inescindible vinculación con otras figuras presentes en el ordenamiento norteamericano, como la doctrina de la excesiva amplitud (*overbreadth*) -que busca tutelar los derechos reconocidos en la Primera Enmienda y de la que constituye un elemento nuclear- o las libertades de expresión (*freedom of speech* y *freedom of expression*) a cuya tutela aparece estrechamente vinculada.

Se abordan también en este capítulo dos cuestiones singularmente relevantes. De una parte, el especial potencial desalentador que se produce, tanto cuando las normas prevén sanciones penales, como cuando estas son particularmente severas. De otra, las críticas que se han realizado, tanto a la configuración como a la aplicación del *chilling effect*, entre las que se encuentran: su estrecha relación con la doctrina de la excesiva amplitud, lo que conduce a que un individuo pueda impugnar una norma por su posible efecto desalentador para terceras personas, pero no cuando se produce la vulneración de sus propios

derechos; su carácter eminentemente subjetivo, que dificulta que pueda probarse empíricamente y da lugar a la necesidad de recurrir al “estándar de persona razonable” para dotar de operatividad a la doctrina; la restricción de su aplicación a los derechos contenidos en la Primera Enmienda, aun cuando existen otros muchos cuyo ejercicio efectivo sería ventajoso para la sociedad; la necesidad de que la amplitud de norma sea sustancial, para evitar la anulación de normas que en determinados casos puedan ser aplicadas de modo legítimo, debiendo ponderarse el potencial efecto desaliento con las posibilidades de aplicación legítima de la norma.

En el segundo capítulo, el profesor Colomer se detiene en la recepción de esta doctrina por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sería la sentencia *Goodwin c. Reino Unido* la que primero utilizaría el término “efecto desaliento”, aunque con anterioridad el Tribunal ya había aludido al riesgo de desalentar en varios de sus pronunciamientos (vid., por todas, STEDH, Sala, de 25 de marzo de 1985). Al igual que en el caso norteamericano, la doctrina aparece muy estrechamente vinculada a la libertad de expresión, aunque el TEDH la ha ido extendiendo a otros derechos fundamentales. Cabe matizar, no obstante que no se utiliza para medir la amplitud de las normas, sino como criterio de proporcionalidad en su aplicación, dado que el artículo 10.2 del CEDH admite la limitación de derechos fundamentales exclusivamente cuando esta sea necesaria para preservar los rasgos de una sociedad democrática.

Para ello, los Estados disponen del “margen de apreciación”, que les faculta para valorar cuando una restricción está justificada, resultando determinante si es o no proporcional. El efecto desaliento, en tanto que opera como uno de los factores nucleares para la valoración de la proporcionalidad, resulta determinante para valorar si una restricción es o no legítima. El autor resalta la importancia de esta doctrina para preservar el debate público como elemento esencial de una sociedad democrática, solo resultando justificadas las restricciones a aquellas expresiones que revistan un manifiesto carácter violento o antidemocrático.

A continuación, Colomer expone las diferentes medidas desalentadoras con independencia de que operen antes, durante o después del ejercicio del derecho y de su carácter penal o extrapenal. En este sentido, la imposición de una sanción penal y, en particular, de una pena privativa de libertad a quienes participan en el debate de asuntos de interés público, resulta para el TEDH, a priori injustificado, toda vez que puede dar lugar, por la vía del efecto desaliento a la autocensura. Lo mismo sucede con las sanciones disciplinarias y las indemnizaciones, que también son susceptibles de desalentar el ejercicio de los

derechos fundamentales, por lo que deberán ser proporcionales a la gravedad del comportamiento que pretenden castigar.

El autor aborda en el tercer capítulo de la obra la recepción de la doctrina del efecto desaliento por parte del Tribunal Constitucional y muestra como el concepto se introdujo en sus pronunciamientos a través de los votos particulares de D. Tomás Salvador Vives Antón (por primera vez en la STC 79/1995, de 22 de mayo), quién se manifestaba contrario al recurso a la vía penal para castigar las conductas que exceden los límites de un derecho (en el caso citado la libertad de expresión), cuando se encuentran próximas a los márgenes de su ejercicio legítimo, toda vez que, habida cuenta del efecto intimidatorio que lleva aparejado cualquier sanción penal, puede hacer impredecibles las consecuencias de los propios actos y, por consiguiente, generar un efecto desalentador en el ejercicio de los derechos fundamentales.

A continuación, se explica como la postura sostenida por Vives Antón sería asumida por el Tribunal Constitucional en la STC 185/2003, de 27 de octubre y se consolidaría en la STC 104/2011, de 20 de junio. En estos pronunciamientos, el efecto desaliento se vincula con la misma aplicación del Derecho penal, no con la gravedad de las penas, siendo solo lícito el recurso a la sanción penal cuando una determinada acción desnaturalice el ejercicio de un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional se aparta así de la formulación inicial que realizó de la doctrina del efecto desaliento en la STC 136/1999, de 20 de julio, donde admitió el empleo sanciones penales para castigar la extralimitación en el ejercicio de los derechos fundamentales, aun cuando este ejercicio se encuentre próximo a los límites legítimos, y se vinculó el efecto desaliento a las normas aplicadas, no a su concreta aplicación. Se ha producido, por tanto, un cambio más que considerable en el modo de entender el efecto desaliento, que ha pasado de concebirse como un instrumento para controlar la gravedad de las sanciones penales a ser utilizado como medio para proscribir el castigo del ejercicio ilegítimo, pero no desnaturalizado de los derechos fundamentales.

El último capítulo de la obra contiene consideraciones relativas a la delimitación del efecto desaliento y a su tratamiento jurídico-penal. La exposición entra en diálogo con la efectuada en los capítulos primero y tercero, pues el autor construye, apoyándose en doctrina y jurisprudencia, una verdadera teoría general del *chilling effect* y expone las implicaciones que se derivan de su consideración por parte del Tribunal Constitucional español como cuestión de Derecho penal. Además, se explica su vinculación con los comportamientos ilícitos ínsitos en el ámbito material de un derecho, pero fuera de su ámbito jurídico de

protección, y se hace referencia a las implicaciones que para esta doctrina tiene la dimensión institucional de los derechos fundamentales.

Por último, el autor plantea cinco posibilidades de toma de posición en cuanto al tratamiento jurídico-pena del efecto desaliento: causa de inconstitucionalidad de las normas penales, causa de justificación, eximente incompleta, causa de exclusión de la antijuridicidad penal y aplicación de una pena alternativa a la prisión. Posteriormente, tras haber ponderado los diferentes argumentos a favor y en contra de optar por cada una de ellas, toma posición, rechazando en todo caso su consideración como causa de justificación, pero planteando diversos escenarios en los que entiende, bien que resulta razonable e incluso deseable la exclusión de la pena por efecto desaliento, bien que la vía de la eximente incompleta es el mejor modo de tratar los casos que se encuentran castigados con penas más graves.

A modo de conclusión, considero que David Colomer explica de modo completo, preciso y sintético la doctrina del efecto desaliento desde una perspectiva jurídico-penal, teniendo con el lector la mayor de las cortesías de un profesor universitario: la claridad, que naturalmente no está reñida con la profundidad que desprende todo su estudio.