ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DEL FONDO COMPLETO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online del fondo completo de la revista envíe un correo electrónico a atencionalcliente@tirantonline.com con la siguiente información:

– Código promocional oculto en esta página

– Título y número de la revista

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

Código Promocional

Rasque para visualizar

TEORÍA & DERECHO TAMBIÉN SE VE Y SE ESCUCHA

Descargando este código puede acceder a los vídeos grabados por sus autores

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 22/2017
teoriayderecho.tirant.com
teoriayderecho.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)
María Luisa Cuerda
Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I
Fernando Flores Giménez
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia
Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Málaga
Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México
José Ramón Cossío Díaz
Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM
Owen M. Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)
José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
Luis López Guerra
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid
Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid
Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Angelika Nußberger
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de
Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya
(Holanda)
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid
Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia
Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España
Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz
(Alemania)

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho
Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: http://teoriayderecho.tirant.com; http://teoriayderecho.com

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007
Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE
Sobre *Derecho y Verdad*
Dirigido por Jorge Cerdio y Germán Sucar

Presentación. *Derecho y verdad*. Vols. II y IV 11
Germán Sucar y Jorge Cerdio

Derecho y Verdad, vol. II Genealogía(s) 22
Carla Masi Doria

El coraje de la verdad..... 28
Cosimo Cascione

Derecho y verdad. Genealogía(s). Unos comentarios 34
Eusebio Fernández García

Sobre el problema de la interpretación jurídica y la verdad en y sobre el Derecho .. 42
Patricia Cuenca Gómez

ESTUDIOS

Justicia penal *líquida* (desde la mirada de Bauman) 64
Silvia Barona Vilar

Los deberes del Estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía del acceso a la justicia..... 92
Elena Martínez

Positivismo jurídico y filosofía analítica 118
José Juan Moreso

TEMAS DE HOY

Algunos aspectos conflictivos sobre la ejecución de la orden europea de protección con otros instrumentos de reconocimiento mutuo..... 140
Juan Carlos Vegas Aguilar

La prueba de ADN en el proceso penal: sus entresijos desde la óptica del ejercicio de la abogacía 158
Mª Victoria Álvarez Buján

VARIA

La práctica del Derecho administrativo. Un comentario crítico de *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, de José María Rodríguez de Santiago 177
Lorena Ramírez Ludeña

De Roma a Roma. Un ensayo de sistematización de los crímenes de lesa majestad, nación y humanidad (Jesús Pérez Caballero). Granada: Comares, 2017 193
Jesús García Cívico

Revisión crítica y actualidad de *Tópica y Jurisprudencia* para la investigación jurídica 198
Francisco Javier Durán García

Normas de edición de la revista 209
Normas éticas y declaración de buenas prácticas 219

SUMMARY

DEBATE
On *Law and Truth*
Conducted by Jorge Cerdio and Germán Sucar

Introduction 11
Germán Sucar y Jorge Cerdio
Law and Truth, Vol. II. *Genealogy(ies)* 22
Carla Masi Doria
The Courage of Truth 28
Cosimo Cascione
Law and Truth. Genealogy(ies). Some comments 34
Eusebio Fernández
On the problem of Legal Interpretation and Truth in the law and about the Law . 42
Patricia Cuenca

STUDIES

Liquid criminal justice (from the viewpoint of Bauman) 64
Silvia Barona
The state's duties in the protection of the rights of victims of gender violence and the guarantee of access to justice 92
Elena Martínez
Legal positivism and analytic philosophy 118
José Juan Moreso

ACTUALITY

Some conflictive aspects on the execution of the European protection order with other instruments of mutual recognition 140
Juan Carlos Vegas
DNA test in criminal proceedings: its hidden details from the perspective of the practicing law 158
Mª Victoria Álvarez Buján

VARIOUS

The practice of Administrative law. A critical comment to *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, de José María Rodríguez de Santiago 177
Lorena Ramírez Ludeña
De Roma a Roma. Un ensayo de sistematización de los crímenes de lesa majestad, nación y humanidad (Jesús Pérez Caballero). Granada: Comares, 2017 193
Jesús García Cívico
Critical review and present of *Topics and Law* for legal research 198
Francisco Javier Durán García

Author guidelines 213
Ethical guidelines 222

DEBATE

Presentación. Derecho y verdad. Vols. II y IV
Germán Sucar y Jorge Cerdio
Derecho y Verdad, vol. II Genealogía(s)
Carla Masi Doria
El coraje de la verdad
Cosimo Cascione
Derecho y verdad. Genealogía(s). Unos comentarios
Eusebio Fernández García
Sobre el problema de la interpretación jurídica y la verdad en y sobre el Derecho
Patricia Cuenca Gómez

PRESENTACIÓN. *DERECHO Y VERDAD.* VOLS. II Y IV
INTRODUCTION. *DERECHO Y VERDAD.* VOLS. II Y IV

Jorge Cerdio y *Germán Sucar*

RESUMEN

En el presente trabajo se ofrece una explicación de la estructura y del contenido de los volúmenes II y IV de la obra colectiva internacional *Derecho y verdad*. Asimismo, se destaca lo que en ellos hay de novedoso y original para el debate. Su principal objetivo es proponer un marco previo que torne inteligible los trabajos de discusión que se ofrecen alrededor de los dos referidos volúmenes en este número de *Teoría & Derecho*.

PALABRAS CLAVE

Derecho y verdad, normas y sistemas jurídico, ciencia del Derecho, teoría del Derecho, proceso jurisdiccional, prueba, historia del Derecho.

ABSTRACT

In this paper we offer an account of the structure and content of the international and collaborative editorial project Law and Truth. We highlight the creative proposal and novelty content of the project. The main objective of the paper is to provide a common background for the reader that makes intelligible the papers that discussed our work, and that appear in this special issue of *Teoría & Derecho*.

KEYWORDS

Law and Truth, norms and Legal System, Jurisprudence, Trial, Legal Theory, Evidence, Legal History.

PRESENTACIÓN
Derecho y Verdad. Vols. II y II

Germán Sucar y Jorge Cerdio*

Sumario: 1. Estructura y contenido de derecho y verdad II y IV. 2. Novedad y originalidad en derecho y verdad II y IV.

Con motivo de sendas presentaciones de la obra colectiva internacional *Derecho y verdad*, volúmenes II, *Genealogía(s)* y IV, *Problemas*[1], celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 2016[2] y en la Universidad Carlos III de Madrid en 2017[3], hemos tenido el privilegio de contar con los comentarios de nuestros eminentes colegas Carla Masi Doria, Cosimo Cascione, Eusebio Fernández, Patricia Cuenca y Juan Carlos Bayón, los dos primeros historiadores del derecho y romanistas, los tres últimos filósofos del derecho, lo cual se traduce en un doble registro de análisis al que se suma la multiplicidad de perspectivas de sus diversas orientaciones y preocupaciones teóricas individuales. Carla Masi Doria y Cosimo Cascione se han ocupado del volumen II (del cual son colaboradores), al igual que Eusebio Fernández, mientras que Patricia Cuenca y Juan Carlos Bayón han consagrado su atención al volumen IV. Recibimos con gran beneplácito este espacio que nos ofrece *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico* para entablar un diálogo con las contribuciones de tan distinguidos juristas.

Al respecto, y a modo de Introducción, se nos permitirá esta presentación sumaria de la obra —dada su considerable extensión— y, en especial, de los dos volúmenes concernidos en esta publicación, remitiendo, por lo demás, al lector a su lectura. Dividiremos nuestra exposición en dos partes: en la primera (1), explicamos la estructura y contenido de los referidos volúmenes, mientras que en la segunda (2) nos avocamos a destacar los puntos que consideramos más novedosos y originales de nuestras respectivas introducciones a dichos volúmenes.

1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE *DERECHO Y VERDAD* II Y IV

Derecho y Verdad está programada en cuatro volúmenes. El primero constituye una suerte de introducción general a las figuras de la verdad y a las imágenes de la justicia en una perspectiva tanto diacrónica como sincrónica. El volumen II es una exploración histórico-crítica de las relaciones entre derecho y verdad en diversos planos desde la Grecia Antigua hasta la época contemporánea. El volumen III pretende dar cuenta de las principales concepciones del derecho en su conexión con ciertas concepciones de la verdad (tanto pretéritas como contemporáneas). El volumen IV incursiona en los problemas y las soluciones contemporáneos que ha suscitado el análisis del dere-

* Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán, son profesor por tiempo determinado, y profesor numerario de tiempo completo, del Departamento Académico de derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), respectivamente. En dicha calidad agradecen al ITAM y al apoyo financiero otorgado por parte de la Asociación Mexicana de Cultura.

cho y la verdad en sus diversos niveles de análisis. La redacción del volumen I ha corrido a cargo exclusivo de estos editores. Los otros tres volúmenes, en cambio, están conformados por trabajos de diferentes especialistas, aunque vienen precedidos por una introducción de estos editores; en las tres introducciones hemos tratado de ofrecer un panorama lo más amplio posible de los temas en ellos concernidos[4].

En el volumen II, *Genealogía(s)* (de ochocientas veintitrés páginas), han colaborado, en orden de aparición: 1. Hélène Prigent, «Alegorías de la Justicia (y de la Verdad): la cuestión de las fuentes griegas» (pp. 195-246); 2. Emiliano J. Buis, «Ficciones y p(ersu)asiones de la verdad: la retórica judicial de la *aletheia* en el Derecho griego arcaico y clásico» (pp. 247-317); 3. Carla Masi Doria, «La verdad jurídica en el antiguo Derecho romano. Desde los orígenes hasta fines del siglo II d.C. (derecho preclásico y clásico)» (pp. 321-387); 4. Cosimo Cascione, «La verdad jurídica en el Derecho de la Antigüedad Tardía. Siglos III-VI d.C. (Derecho postclásico y justinianeo)» (pp. 389-494); 5. John Hudson «Prueba y verdad en el temprano Derecho inglés medieval» (p. 499-526); 6. Robert Jacob, «Los modos rituales de resolución de los conflictos y la construcción de la verdad judicial. (Antropología y Alto Medioevo occidental)» (pp. 527-561); 7. Richard H. Helmholz, «La verdad en el Derecho: el *ius commune* y el litigio canónico en la historia inglesa» (pp. 565-594); 8. Jean-Marie Carbasse, «Los orígenes de la tortura judicial en Francia desde el siglo XII hasta comienzos del siglo XIV» (pp. 595-636); 9. Maïté Lesnet-Ferret y Leah Otis-Cour, «La tortura en el Mediodía francés de la Edad Media» (pp. 637-669); 10. Barbara Shapiro,«"Hechos" y prueba de los hechos en el derecho angloamericano (circa 1500-1850)» (pp. 673-739); 11. Laurence Montazel, «Los *parlements* de Francia y la tortura judicial del siglo XV al siglo XVIII» (pp. 741-774); y 12. Jean-Louis Halperin, «La verdad legal en Francia desde fines del siglo XVIII hasta 1945» (pp. 775-817). Estos trabajos se encuentra precedidos por nuestra Introducción (pp. 9-190).

El volumen IV, *Problemas* (de mil sesenta y ocho páginas) está integrado por los siguientes trabajos, según su orden de aparición: 1. Michael Moore, «Semántica, metafísica y objetividad en el derecho» (pp. 595-654); 2. Marek Piechowiak, «Normas verdaderas a la luz de la justificación axiológica de las normas» (pp. 655-682); 3. Andrei Marmor, «La verdad en el Derecho» (pp. 683-717); 4. Pierluigi Chiassoni, «Interpretación jurídica sin verdad» (pp. 721-760); 5. Frederik Schauer, «Una vez más sobre las ficciones jurídicas» (pp. 761-789); 6. Michele Taruffo, «Verdad y proceso» (pp. 791-812); 7. Ricardo Caracciolo, «El problema de los hechos en la justificación de sentencias» (pp. 815-839); 8. Larry Laudan, «Tomarse la ratio de las diferencias en serio: el delincuente reincidente y el estándar de prueba, o del tratamiento diferenciado para los delincuentes reincidentes» (pp. 841-862); 9. Daniel González Lagier, «Cuatro problemas en torno a la relación entre prueba y verdad» (pp. 863-907); 10. Bernard S. Jackson, «¿Verdad o prueba?: el veredicto penal» (pp. 909-971); 11. Amalia Amaya, «Coherencia y verdad en el Derecho» (pp. 973-1003); 12. Riccardo Guastini, «Juristenrecht» (pp. 1007-1028); 13. Ulises Schmill, «Observaciones al ensayo de Riccardo Guastini cuyo título es Juristenrecht» (pp. 1029-1034); 14. Riccardo Guastini, «Réplica al comentario crítico de Ulises Schmill a Juristenrecht» (pp. 1035-1038); 15. Ulises Schmill, «Réplica a las observaciones de Riccardo Guastini» (pp. 1039-1045); 16. Ulises Schmill, «La verdad en el Derecho y la jurisprudencia» (pp. 1047-1062). Los referidos trabajos son precedidos por la introducción de estos editores «Problemas iusfilosóficos contemporáneos en torno a las relaciones entre Derecho y verdad. Una Cartografía de Cuestiones y tentativas de solución» (pp. 9-594).

Más allá de su enfoque específico —uno de corte histórico, el otro centrado en los problemas actuales—, ambos volúmenes comparten (a diferencia de los otros dos) una identidad en cuanto a los principales planos de análisis que vertebran el estudio de las relaciones entre Derecho y verdad: las cuestiones relativas a la verdad *del* Derecho; *en el* Derecho y *sobre* del Derecho**. En el volumen**

II, este es el eje que atraviesa las etapas que jalonan la historia del Derecho occidental, en su doble vertiente (a partir de la Edad Media central) entre las tradiciones del *Civil Law* y del *Common Law*, según se explica en nuestra Introducción, que en el índice se reflejan de este modo: **I. Antigüedad**, A) Grecia antigua: de la verdad sin representación a la verdad como representación (trabajos de Hélène Prigent y Emiliano J. Buis); B) Roma antigua: de la verdad argumentativa a la *rei veritas* (trabajos de Carla Masi Doria y Cosimo Cascione). **II. Edad Media**, A) Alta Edad Media: la puesta a prueba (los juicios de Dios) (trabajos de John Hudson y Robert Jacob); B) Baja Edad Media: prueba y ciencia jurídica (el caso de la tortura) (trabajos de Richard H. Helmholz, Jean-Marie Carbasse y Maïté Lesnet-Ferret y Leah Otis-Cour). **III. Del Renacimiento a la época moderna: *Civil Law* y *Common Law* ¿dos historias de la verdad jurídica?** (trabajos de Barbara Shapiro, Laurence Montazel y Jean-Louis Halperin). **En el volumen IV**, dicho eje temático se refleja en los títulos mismos del índice que estructura la distribución de las contribuciones: **I. Problemas de la verdad *del* Derecho**; **II. Problemas de la verdad *en el* Derecho**; y **III. Problemas de la verdad *sobre* el Derecho.**

De manera general, y tal como se pone de manifiesto en cada una de las introducciones a los tres volúmenes colectivos, en la obra se establece una interconexión entre *historia*, *concepciones* y *problemas*, destacándose sus recíprocas dependencias, así como sus relativos espacios de autonomía, de modo que en el volumen II, centrado en la perspectiva histórica, se da cuenta de los problemas (en su evolución) y de las concepciones que los abrigan, mientras que en el volumen IV, centrado en los análisis contemporáneos de los problemas, se pone a estos últimos en relación, en diversos puntos, con análisis o perspectivas históricas (que conducen a tener una visión distinta incluso de los problemas contemporáneos), así como con las concepciones más amplias (no solo actuales) en las que se insertan. En el volumen III se reflejará la interconexión entre estos tres ítems tomando como eje las concepciones. En el volumen I se pretende conjugarlos todos armónicamente.

La Introducción al volumen II se haya dividida en cuatro grandes partes. La primera, «Tres planos de análisis», da cuenta detallada y con ejemplos históricos de las relaciones —dicho ahora simplificadamente— de la verdad con relación las normas jurídicas (verdad *del* Derecho); de la verdad en los procesos jurisdiccionales (verdad *en el* Derecho) y de la verdad de los enunciados de la ciencia jurídica y la teoría del Derecho (verdad *sobre* del Derecho). A propósito, también se da cuenta de las transformaciones que ha sufrido aquello que llamamos «Derecho» («*droit*», «*diritto*», *Recht*, «*law*» o expresiones sinónimas en otras lenguas) a lo largo de la historia, así como de las transformaciones semánticas asociadas al significante «verdad» («*aletheia*», «*veritas*», «*verité*», «*verità*», «*wahrheit*», «*truth*», o expresiones sinónimas en otras lenguas). La segunda parte, «Cuestiones fundamentales», reseña los puntos comunes (*mutatis mutandi*, según los diversos períodos históricos) que, a modo de referencia, debían tomar en cuenta cada uno de los colaboradores a fin de asegurar la unidad temática del volumen. En la tercera parte, «Estructura y contenido de la obra», al tiempo que se justifica la periodización de la historia del Derecho y de la ciencia jurídica, se da cuenta de las principales características de cada una de estas etapas atendiendo a nuestro triple nivel de análisis y, especialmente, a las diferencias entre la tradición jurídica continental europea y la del *Common Law*. Al respecto, en el contexto general presentado se ponen de manifiesto no solo las afinidades, sino también las diferencias o tensiones teóricas existentes entre las distintas colaboraciones del volumen. Asimismo, se efectúa una síntesis recapitulativa tanto cronológica o «vertical» como temática u «horizontal», y luego trata de explicarse el sentido de la empresa genealógica. Finalmente, la cuarta parte, «Historia y teoría del Derecho», está destinada a un aspecto tan importante como poco tratado: la relevancia de la historia del Derecho para la teoría y la filosofía del Derecho.

Lacónica y simplificadamente expuesto, con relación a la verdad *del* derecho, en la Antigüedad podría hablarse de un paso de lo que ha dado en llamarse *los maestros de la verdad* a *los amantes de la*

verdad. En la Edad Media, por su parte, se produce una transformación significativa de una concepción «normativa» de la verdad (expresada ejemplarmente por San Anselmo) a una concepción de la verdad como adecuación del intelecto con las cosas (expresada ejemplarmente por Santo Tomás de Aquino). Si se toman como punto de comparación estas dos primeras etapas con la Modernidad, a partir del Renacimiento puede percibirse un cambio de acento importante en lo tocante a la concepción de la autoridad jurídica con la verdad: comienza a predominar el principio *Autorictas non veritas facit legem* en lugar del principio *Veritas non autorictas facit legem*. En cuanto a la verdad *en el* Derecho, se da cuenta del cambio significativo que, en la historia del procedimiento, implicó, entre los siglos XII y XIII de nuestra era, el abandono del empleo de las ordalías, el juramento decisorio y la composición, y su sustitución diferenciada a uno y otro lado del Canal de la Mancha, por el *jury trial* y la *enquête* romano-canónica, respectivamente, cambio que dio lugar a la conformación de las dos tradiciones jurídicas más importantes de occidente, respectivamente, el *Common Law* y el *Civil Law*. Estas dos matrices procesales son las que han dado lugar a dos maneras diferentes de «producir» la verdad judicial, es decir, a diferentes escenarios simbólicos y rituales que implican una diversa reconfiguración con lo sagrado, así como, correlativamente, distintas técnicas de averiguación, admisibilidad y valoración de la prueba. En la Introducción (y en las respectivas contribuciones que conforman el volumen) se da cuenta de las múltiples transformaciones procesales en relación con la verdad operadas tanto con anterioridad como con posterioridad a la referida mutación del Medioevo central, atendiéndose a la historia del Derecho procesal en Grecia y Roma antiguas, al igual que desde el Renacimiento y hasta la Modernidad, en una y otra de las mencionadas tradiciones. En lo tocante a la verdad *sobre* el Derecho, en nuestra Introducción subrayamos la importancia de discriminar, por una parte, las normas jurídicas y otros tipos de enunciados jurídicos (por ejemplo, las definiciones) y los metaenunciados de la «ciencia jurídica» y la de la iusfilosofía y, por otra parte, las respectivas singularidades de estos dos últimos metadiscursos. Todo ello con el fin de marcar, desde una perspectiva histórica, las conformaciones y transformaciones de estos diferentes campos discursivos (y sus interrelaciones) tanto en el *Common Law* como en el *Civil Law*.

La Introducción al volumen IV está dividida en tres grandes partes, calcadas esta vez a las tres partes en que se distribuyen (según su especialidad o acento) las contribuciones que la prolongan, a saber, y como se ha adelantado: I. «Problemas de la verdad *del* Derecho»; II. «Problemas de la verdad *en el* Derecho»; y III. «Problemas de la verdad *sobre* el Derecho». El proemio a dicha Introducción comienza dando cuenta de las nociones de problema en general y de problema filosófico en particular para luego destacar que hay dos grandes problemas que atraviesan nuestra temática, en particular en la iusfilosofía contemporánea: los problemas relativos a la naturaleza del Derecho y a la naturaleza del conocimiento jurídico. Cada uno de estos dos grandes problemas incluye una gran variedad de subproblemas de los cuales se intenta dar cuenta en la Introducción junto con las principales tentativas de solución que se han ofrecido a los mismos. Los problemas de la verdad *del* Derecho están íntimamente relacionados con las concepciones sobre la naturaleza del Derecho, mientras que los problemas relativos a la verdad *sobre* el Derecho están estrechamente vinculados a las concepciones sobre la naturaleza del conocimiento jurídico. Por su parte, los problemas que tienen que ver con la verdad *en el* derecho se vinculan tanto con las concepciones acerca de la naturaleza del Derecho como con las concepciones de la naturaleza del conocimiento jurídico, en la medida en que, normalmente, los operadores jurídicos que intervienen en un proceso jurisdiccional deben realizar tareas tanto práctico-normativas como cognoscitivas. En este tipo de reconstrucción se pone de relieve la tesis de que, para poder dar cuenta adecuadamente de las diversas cuestiones que suscita el interrogante acerca de las relaciones entre Derecho y verdad, ha de partirse de una discusión crítica sobre las diferentes teorías rivales respecto de la naturaleza del Derecho y del conocimiento jurídico. En nuestra exposición adoptamos un modelo teórico que denominamos *positivista norma-*

tivista convencionalista, una reconstrucción teórica que estimamos más adecuada que otras variantes del modelo positivista o que los modelos antipositivistas. Al efecto, se da cuenta de los diferentes tipos de discurso jurídico partiendo de la clasificación de Jerzy Wróblewsky: *el lenguaje legal* (LL), el *lenguaje jurídico jurisprudencial* (LJJ), *el lenguaje jurídico científico* (LJC) y *el lenguaje jurídico común* (LJc). También se lleva a cabo un análisis de algunos de los problemas que presenta la definición y clasificación de los conceptos en el ámbito del Derecho en los diferentes niveles de lenguaje recién mencionados. Tras este proemio, nuestra Introducción se detiene, en primer lugar, en un extenso desarrollo de las cuestiones abordadas en la primera parte (los problemas de la verdad *del* Derecho), y se adentra en las distintas teorías acerca de si las normas jurídicas (y morales) pueden o no ser susceptibles de verdad o falsedad y en cómo las soluciones propuestas se vinculan con las diferentes alternativas que abre el dilema de Jørgensen; en segundo lugar, se realiza un detenido análisis de las teorías acerca de las relaciones (o ausencia de relación) de las presunciones y ficciones jurídicas con la verdad y la falsedad y sus implicaciones regulativas, teóricas e ideológico-políticas. En la segunda parte (relativa a los problemas de la verdad *en el* Derecho) se abordan, por una parte, el estatus y la permeabilidad a los valores de verdad de los enunciados jurídicos normativos o internos que emplean los operadores jurídicos en un proceso jurisdiccional (cuestión para cuyo análisis se examina críticamente la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, así como los enunciados de subsunción y su relación con la noción de calificación jurídica); y, por otra parte, las diferentes teorías acerca de la naturaleza del proceso jurisdiccional y sus consecuencias teóricas respecto de la naturaleza de la investigación de los hechos, la prueba y la verdad judicial. Al efecto, en primer lugar se distinguen distintos tipos de niveles de análisis: estudios dogmáticos acerca de la regulación probatoria, estudios acerca de la teoría general del proceso y de la prueba, y estudios pragmáticos sobre la prueba. A su vez, estos tres tipos de análisis que son propios de los juristas se contrastan con otros tipos de estudios realizados por disciplinas sociales como la sociología o la psicología cognitiva. Se advierte que todas estas cuestiones pueden recibir un tratamiento histórico-genealógico y, en particular, se pone de relieve que este puede conducir a un abordaje diferenciado en los sistemas procesales del *Common Law* y en los del *Civil Law*. Asimismo, las teorías generales y las teorías pragmáticas sobre el proceso y la prueba (construidas por juristas o por otro tipo de científicos sociales) son clasificadas según su estatus, sea descriptivo, prescriptivo o reconstructivo. A partir de estos presupuestos, y a los efectos de la exposición, se discrimina entre teorías cognoscitivistas y no cognoscitivistas. Las primeras son, a su vez, subclasificadas en versiones inferencialistas y no inferencialistas. Se trata de un extenso desarrollo de muy diferentes concepciones y variantes que no es posible exponer aquí en detalle. La tercera parte (concerniente a los problemas de la verdad *sobre* el Derecho) se avoca a examinar las relaciones de la «ciencia jurídica» y la «teoría general del Derecho» con la verdad. Con este fin se discuten las cuestiones relativas a la identificación y sistematización del Derecho, al igual que la estructura lógico-semántica de los enunciados de la «ciencia jurídica» y de la teoría general del Derecho, así como el estatus de los conceptos y construcciones dogmáticos, por una parte y de los conceptos y las construcciones propias de la teoría general del Derecho, por la otra. Al final de cada una de estas tres partes de la Introducción, según su tema, se contextualizan las contribuciones que integran el volumen en el mapa de cuestiones y soluciones elaborado por nosotros, se las relaciona entre ellas y se realiza también un análisis crítico de cada una.

Estos son, presentados muy sumariamente, algunos de los principales tópicos y cuestiones de los volúmenes II y IV, que esperamos sirvan como indispensable antesala de los artículos que obran a continuación.

Para finalizar, quisiéramos poner de relieve ciertas cuestiones sobre cuyo tratamiento y desarrollo encontramos de particular interés llamar la atención por su originalidad, singularidad o importancia.

2. NOVEDAD Y ORIGINALIDAD EN *DERECHO Y VERDAD* II Y IV

Con relación al volumen II, digamos, en primer lugar que, en sí mismo, considerado en general, constituye una absoluta novedad. No ha habido hasta su aparición (ni hay todavía) ningún intento sistemático de emprender el estudio histórico y, más propiamente, genealógico, de las complejas relaciones, en los diferentes planos en que estas se dan o, al menos se postulan, entre el Derecho y la verdad, —guiada por una explícita agenda de ejes o núcleos temáticos; con una delimitación de períodos históricos— desde Grecia y Roma antiguas hasta la época contemporánea y con un tratamiento diferenciado y comparativo entre *Civil Law* y *Common Law*.

Otra singularidad de esta obra es que cuenta con un trabajo que aborda la iconografía sobre la justicia y la verdad en la Grecia antigua (a cargo de Hélène Prigent), lo cual pone de manifiesto la relevancia —nada usual en la bibliografía— de este tipo de análisis para las investigaciones sobre el Derecho en general y sobre las relaciones entre Derecho y verdad en particular. Se trata de algo completamente inédito.

Queremos enfatizar, asimismo, la relevancia que le hemos dado al estudio histórico para los temas y problemas propios de la teoría general del Derecho y, más ampliamente, la filosofía del derecho. En tal sentido, más allá de la importancia del contenido de todo el volumen, en la introducción dedicamos un apartado específico, el último (IV), a las relaciones entre historia y teoría del derecho. Esto nos parecía imprescindible, dado el desinterés o, peor aún, la reputada irrelevancia de la historia del Derecho para la teoría y la filosofía del Derecho. Entre otras consecuencias, surge la consideración de la tesis de la historicidad del Derecho y, asociada a ella, esta pregunta fundamental: ¿es posible una teoría *general* del Derecho? O, de manera más detallada, y llevando la generalidad al extremo: ¿es posible una teoría *universal* del Derecho o solo teorías dotadas de un grado de generalidad que debería especificarse y justificarse?; y, en su caso, ¿cómo trazar dichos límites? Digamos, como corolario, y para precisar algo que no hemos hechos en el volumen II, pero que en cierto modo está implícito en él, que la tesis de la historicidad del Derecho apunta no a la obviedad de que aquello que está jurídicamente prohibido o permitido, o los medios procesales para determinar las consecuencias jurídicas de lo uno o lo otro, varía a lo largo de la historia, sino que se opera una modificación en aquello mismo que se ha llamado y llamamos hoy Derecho, *Ius*, *Droit*, *Diritto*, *Law*, etc. en los criterios mismos de uso de estas expresiones. En una palabra, el cambio que se opera tanto en la intensión como en la extensión de tales términos. Ello apunta a la contingencia de los fenómenos que llamamos «Derecho» o calificamos de «jurídicos» —o, para decirlo de modo material, a la contingencia tanto de los contenidos como de las formas jurídicas—. En algún sentido, esto no debería sorprender a los cultores del positivismo jurídico. Sin embargo, si uno se atiene a los análisis, verá que estos asumen como modelo del Derecho, con total ingenuidad, las características del Derecho moderno de Occidente. Los de la tradición occidental, sus sistemas de Derecho predominantemente escrito y codificado. Los del *Common Law* sus ordenamientos predominantemente consuetudinarios y jurisprudenciales. No deben extrañar las inconsecuencias o deformaciones en que incurren unos y otros al intentar construir una teoría general que abarque los ordenamientos de ambas tradiciones. Sin embargo, en realidad, sorprende la falta de sorpresa de los teóricos del Derecho a este respecto. Incluso los cultores de la teoría crítica del Derecho, interesados en la historia del Derecho, al ambicionar una teoría general del discurso o del poder, no parecen tomarse en serio la tesis de la historicidad del derecho. La tesis de la historicidad del Derecho apunta a la contingencia del Derecho, a sacar de la sombra las distintas figuras del Derecho, de la ciencia jurídica, de las teorías del Derecho. A marcar el relieve, la impronta, de las diversas tradiciones jurídicas. Ello, ciertamente, permite ver nuestrar propias formas jurídicas, nuestra propia ciencia jurídica y nuestra

tradición jurídica con unos lentes nuevos, que son los que provoca la conciencia de lo otro, de lo que es diferente.

Por último, permítasenos mencionar dos defectos mayores que advertimos en la mayor parte de las teorías del Derecho que denominamos *ingenuidad ontológica* e *ingenuidad epistemológica*, y que estimamos de suma relevancia para la construcción así como para la evaluación de tales teorías.

Respecto del volumen IV, de manera general, quisiéramos enfatizar el interés que hemos puesto en articular, en diversos puntos sensibles, la conexión entre una consideración histórica y un análisis puramente conceptual de ciertos problemas iusfilosóficos contemporáneos, lo cual —merece ser resaltado— constituye una prolongación del punto IV de la Introducción al volumen II. Así, por un lado, encontramos dos estudios de carácter eminentemente históricos sobre las ficciones jurídicas, el de Yan Thomas y Robert Jacob. Por otro lado, nuestra presentación del debate acerca de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, se informa acerca del recordatorio histórico que hace Jacob de que, en el *Common Law*, la distinción *law/fact* no tiene en absoluto la misma importancia que la distinción entre el Derecho y el hecho en las culturas continentales. Un tercer ejemplo prominente de la prolongación que venimos reseñando es el de las dos formas fundamentales de producir la verdad jurídica en Occidente: la de los sistemas procesales del Derecho continental y la de los sistemas del *Common Law.* Estos ejemplos, desde luego, son meramente indicativos. El lector podrá hallar otros a lo largo de nuestra Introducción.

Con relación al primer gran apartado, los problemas relativos a la verdad *del* Derecho, creemos que es oportuno poner de relieve el extenso y detallado tratamiento (expositivo y crítico) que se le da a los diversos intentos de defender que las normas jurídicas son susceptibles de verdad o falsedad según las diferentes teorías de la verdad empleadas al efecto, así como de las distintas soluciones que jalonan las tentativas de solución al dilema de Jørgensen conforme a las distintas alternativas que este abre. Pero lo que nos parece un aporte más fundamental es, por una parte, la inclusión del tema de las ficciones y las presunciones en el ámbito de los problemas de la verdad *del* Derecho. Por otra parte, de manera más específica, la distinción de la formulación de ficciones jurídicas en distintos planos: en el marco de la filosofía del Derecho o de la teoría política, en el marco de la dogmática o de las normas jurídicas mismas (de orden legislativo o judicial); al igual que la consideración no solo de los problemas epistemológicos que suscitan las ficciones (en dichos diversos planos), sino también de los problemas de legitimación y dominación (poder).

Con relación a los problemas de la verdad *en el* Derecho, uno de los primeros aspectos que quisiéramos destacar es la distinción entre tres modelos de proceso jurisdiccional: el de la libre creación del Derecho, el romano-canónico y el del *Common Law*. Además de hacer visible la relevancia de asumir un tratamiento diferenciado (y no unitario, como siempre se hace) para la elaboración de una teoría acerca de la naturaleza del proceso jurisdiccional y de la prueba (así como la variadísima gama de cuestiones con ellas conectadas), esta distinción pone de manifiesto la conexión directa que existe entre el estudio histórico del proceso y de la prueba y el análisis conceptual de los problemas ellos suscitan.

En segundo lugar, la presentación detallada de las discusiones acerca y detrás de la distinción entre las cuestiones de Derecho (*quaestio iuris*) y las cuestiones fácticas (*quaestio facti*). Es de resaltar que no solamente se muestran las posturas más importantes que sostienen o impugnan (total o parcialmente) esta distinción, sino también que se lleva a cabo un balance crítico que permite apreciar hasta dónde esta resiste un análisis riguroso, más allá de su empleo tan común entre dogmáticos y teóricos del Derecho. La relación entre la verdad y los enunciados jurídicos, en estos dos contextos de discusión (*quaestio iuris* y *quaestio facti*), se analiza con particular nitidez después del balance crítico acerca de la distinción antes apuntada. Un punto crucial y desatendido en la bibliografía,

además, es la indicación de que la *quaestio iuris* y la *quaestio facti* pueden ser objeto tanto de un enfoque descriptivo como de uno normativo, y su tratamiento respectivo. De manera más amplia, bajo la consideración de este doble enfoque, se propone una clasificación de los diferentes tipos de enunciados jurídicos que intervienen en el proceso jurisdiccional y se discriminan el plano de la identificación (concebida como una tarea de índole teórica) y de la aplicación (concebida como una tarea de corte práctico-normativo), lo cual conduce, además, a precisar la terminología: enunciados interpretativos, enunciados jurídicos descriptivos, enunciados jurídicos normativos, enunciados de subsunción, etc. Otro aspecto de interés en esta propuesta de clarificación es el concepto de relevancia jurídica, es decir, los enunciados que especifican que ciertos hechos son jurídicamente relevantes con relación a ciertas normas. En ese sentido, afirmamos que el concepto de *calificación jurídica* se explica mejor en términos de lo que hemos denominado *enunciados jurídicos de subsunción* (genéricos o individuales). Incluso estos enunciados de subsunción (calificación) admiten, según explicamos, una interpretación descriptiva y otra normativa. En esta explicación de la subsunción o calificación jurídica nos alejamos del empleo de un aparato conceptual muy extendido en la teoría de la argumentación jurídica: aquella asociada con los denominados *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*. Sostenemos que los argumentos que habitualmente se emplean para justificar el uso de esta distinción en el ámbito epistemológico (más allá de las críticas que han recibido en este propio terreno) no *migran* con éxito hacia el contexto jurídico del proceso jurisdiccional.

En tal sentido, la cartografía de problemas que hemos desarrollado pone énfasis en la revisión del origen que tienen los conceptos que muchas veces son importados a la discusión teórica en el Derecho. Entendemos que un análisis de este tipo permite revelar los presupuestos implícitos en los debates que dieron lugar a la elaboración de ciertos conceptos teóricos e interrogarse si dichos presupuestos son equivalentes en el contexto de la discusión jurídica. Otro de esos conceptos es el de probabilidad y las nociones a él asociadas: inferencia probable, inducción probable y lógica inductiva, por un lado. Por otro lado, el de términos que usualmente son introducidos a partir de tales nociones: hipótesis, comprobación, verificación, falsificación, conocimiento. Analizar el concepto de probabilidad en el marco de la prueba judicial nos condujo a realizar un escrutinio de la historia del uso del concepto de probabilidad, así como de la forma de usar y entender dicho concepto, es decir, nos ha llevado hacia el terreno de la filosofía de la probabilidad. Así, hemos conjugado los diferentes conceptos y comprensiones de la probabilidad para presentar un recorrido teórico que muestra la complejidad existente detrás de dicha noción, empleada sobre todo por los filósofos, usualmente de una manera muy masiva que, ineluctablemente, impide su aplicación fructífera en el campo del Derecho y, en particular, de los procesos jurisdiccionales. Con ello se pretende ofrecer un mapa suficientemente rico y extenso como para que sirva de guía a todo lector interesado en explorar la vasta bibliografía secundaria en el tema, cuyo tratamiento exhaustivo, por sí mismo, merecería otro volumen. Una de las conclusiones del recorrido propuesto es que, dada la multiplicidad de conceptos y suposiciones asociadas con la probabilidad, la carga de la prueba teórica del uso pertinente de algún concepto de probabilidad en el contexto iusfilosófico recae sobre quien quiera valerse de él, debiendo al efecto especificar cuál de los diferentes referidos conceptos y suposiciones está en juego y con relación a qué aspecto, tarea, etc. precisos del proceso jurisdiccional. Por lo demás, la carga de justificar el empleo de la expresión *probable* ha de ir acompañada de una suscripción de cierta *filosofía* de la probabilidad y de un cierto cúmulo de compromisos ontológicos y epistemológicos. Es una carga de justificación que encontramos incumplida en la gran mayoría de trabajos que hemos examinado que están dedicados al estudio y análisis de la prueba, su epistemología y su relación con la verdad en el ámbito de la teoría del Derecho. Así y todo, el tablero de control de las complejidades de la noción de *probabilidad* nos ha servido para examinar con lujo de detalle las principales posturas que en la bibliografía jurídica proponen usar algún sentido de «probabilidad» para explicar la

naturaleza *epistémica* del proceso de decisión jurisdiccional. En dicho examen se muestra el fracaso de extrapolar con éxito el concepto de *probable* hacia las teorías que dan cuenta de la prueba y de la actividad probatoria, bien porque los esfuerzos teóricos no son conscientes de los presupuestos asociados a las nociones de probabilidad que emplean, bien porque hacen adaptaciones *ad hoc* para forzar el acoplamiento de la noción a su objeto explicativo.

La presentación, por otro lado, de las teorías acerca de la prueba que usan alguna noción de probabilidad nos ha permitido también reparar en la necesidad de proponer criterios más amplios para clasificar otro tipo de empresas teóricas que no emplean dicha noción, sino otras nociones. Es una propuesta novedosa, por lo tanto, clasificar a las teorías por su aceptación o rechazo de la noción de inferencia, sea que esta inferencia se asocie a la conexión de enunciados, en un proceso probatorio, mediante algún concepto de probabilidad o que se lo haga mediante el concepto de explicación. Respecto de este último concepto, encontramos, similarmente a lo que dijimos acerca de la idea de probabilidad, un mayor número de exponentes, variantes y distinciones de lo que habitualmente se reconoce. Estos, por lo demás, no resultan claramente presentados ni relacionados en la bibliografía: coherencia y explicación, ajuste explicativo, mejor explicación, abducción, inducción y explicación. Una vez exploradas y distinguidas las distintas vertientes de la concepción explicativa, concluimos que e*xplicación* y *probabilidad* son los conectores que se emplean para sostener que en el proceso probatorio, en el Derecho, se realizan inferencias de algún tipo (teorías inferencialistas). La segunda rama agrupa teorías que niegan que en el proceso jurisdiccional —y, en particular, en el de la prueba— se realice (o deba reconstruirse como) un proceso inferencial. Sin embargo, aquí también encontramos una novedad: que hay teorías poco conocidas en el medio iusfilosófico que, al tiempo que son no inferencialistas, no descartan alguna conexión con algún concepto de verdad. Dos son las únicas posturas teóricas que encontramos que auténticamente destierran el concepto de verdad de la comprensión de los procesos jurisdiccionales (de las cuales una, en rigor, no es una teoría, sino una reconstrucción que se inspira en un pasaje de Twining) y que, por ello, son calificadas de escépticas. De esta manera, ha de destacarse que la distinción que realizamos entre teorías cognoscitivistas y no cognoscitivistas, aunque muy común desde el punto de vista de la denominación, no lo es en lo que respecta a su caracterización y a las subclasificaciones de teorías que cada una de ellas comprende, como tampoco de sus exponentes más representativos. Es una novedad, pues, sostener que la vasta mayoría de las teorías acerca de la naturaleza de la prueba en el contexto jurisdiccional no descartan algún rol para el concepto de verdad; o, dicho de otro modo, que las concepciones auténticamente escépticas en esta materia —pese a lo que suele creerse— son muy acotadas.

Terminada la clasificación en una dimensión macro de las teorías acerca de la prueba y el proceso jurisdiccional, abordamos una discusión más circunscrita pero no menos compleja: la discusión entre atomismo y holismo acerca de la prueba. En este punto, ponemos en conexión la explicación que hemos hecho acerca de las teorías inferencialistas con una discriminación de distintos sentidos de «hipótesis» a fin de proponer una manera distinta de entender la estructura de las inferencias que producen las teorías inferencialistas. A partir de esta combinación, hemos identificado rasgos estructurales de dichas inferencias: vectorial, no vectorial, unidireccional, bidireccional, multidireccional, unidimensional, multidimensional. Las combinaciones de tales características no solamente permiten clasificar de mejor modo a las posturas en debate, sino también distinguir entre los rasgos de una inferencia y las exigencias concretas de presentación de las inferencias, es decir, de las reglas procesales que obligan a presentar una inferencia de determinada forma (por ejemplo, con una presentación global de las pruebas). Es en este contexto que también incursionamos en la formulación de una nueva forma de entender el atomismo que denominamos *atomismo criteriológico*. En dicha propuesta, el lector encontrará una forma de reconciliar la exigencia de un *estándar objetivo* de la prueba sin incurrir en las dificultades teóricas que presentan las teorías que adoptan la noción de

inferencia inductiva y la idea de contrastación de hipótesis. Es un esbozo preliminar que apunta a un camino que esperamos desarrollar en trabajos posteriores. Por de pronto, nuestra propuesta de atomismo criteriológico ofrece una salida al reto —hasta ahora incontestado— lanzado por Juan Carlos Bayón contra la asumida compatibilidad entre la exigencia de un estándar objetivo en la valoración con de la prueba que a su vez sea sensible a la distribución del error y la contrastación y comparación de hipótesis probatorias.

Nuestro último apartado de la Introducción al volumen IV está dedicado a los problemas relativos a la verdad *sobre* el Derecho. En él nos ha interesado establecer los problemas relacionados con los diferentes discursos acerca del Derecho, especialmente la ciencia jurídica, por una parte, y la teoría general y filosofía del Derecho, por otra. Asimismo, en relación con las tareas de la dogmática, hemos distinguido entre las tareas de identificación y de sistematización del Derecho, de modo que una primera etapa en el análisis ha sido responder las dificultades que estos dos cometidos importan con relación a la verdad. En una segunda etapa, nos hemos preguntado sobre la verdad de los enunciados que se formulan desde la denominada *ciencia del Derecho*. Conviene destacar que los problemas se bifurcan en dos. El primer camino está signado por la pregunta sobre el rol que juega la verdad —o algún concepto de verdad— en las construcciones conceptuales que hacen los dogmáticos. Porque aunque es complejo —y problemático— caracterizar las distintas tareas que realizan los dogmáticos, siempre es posible cuestionar si los aparatos conceptuales construidos —producto de esas tareas complejas— se relacionan de algún modo con la verdad de ciertos enunciados. El segundo camino es que, incluso negando todo estatus científico a la dogmática —o bien negando que las construcciones conceptuales de la dogmática tengan alguna relación con la verdad—, resta una segunda indagación: se trataría aquí de apreciar que las operaciones que realizan los practicantes que, a menudo, usan los conceptos dogmáticos, involucran enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos. Una vez agotada esta bifurcación, podemos hacer notar un fundamento que precede a nuestro análisis acerca de los problemas de identificación, sistematización y caracterización de la dogmática: que cualquier postura o respuesta inteligible a tales problemas siempre depende de la adopción de una teoría acerca de la naturaleza del Derecho. Llegados a este punto, hemos propuesto que cualquier análisis acerca de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos es siempre relativa tanto a la estructura lógico-semática que se atribuya a tales enunciados como, muy fundamentalmente, a una teoría acerca de la naturaleza del derecho y del conocimiento jurídico.

La tesis de la dependencia entre las teorías sobre la naturaleza del Derecho (y del conocimiento jurídico) y las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos —incluidos los de la ciencia del Derecho— permite ahora abrir una interrogación más amplia. ¿En qué medida las propias teorías acerca de la naturaleza del Derecho (y del conocimiento jurídico) son susceptibles de ser verdaderas o falsas? Esta es una pregunta que no suelen formularse —paradójicamente— los propios teóricos y filósofos del Derecho, es decir, justamente quienes elaboran estas teorías.

En adición al análisis de dicho interrogante, hemos hecho patente que los supuestos que dichas teorías adoptan implican que las teorías acerca de la naturaleza del Derecho (y del conocimiento jurídico) no son *teóricamente* neutras, en la medida en que están construidas sobre la base de juicios de relevancia y supuestos filosóficos específicos. En el recorrido hasta aquí presentado podemos destacar, de este modo, que la verdad *acerca* del Derecho es una cuestión que se hace inteligible desde el reconocimiento de alguna teoría acerca de la naturaleza del Derecho y del conocimiento jurídico como punto de partida. Las características y suposiciones teóricas de dicha teoría serán el trasfondo para, a su vez, establecer las condiciones de verdad de los enunciados formulados tanto acerca de la dogmática como de la práctica jurídica. Finalmente, el estatus de verdad de las construcciones doctrinales y el rol de la verdad en los enunciados que formulan los practicantes a partir de tales

construcciones también dependerá, en última instancia, de cierta teoría asumida acerca de la naturaleza del Derecho y del conocimiento jurídico.

NOTAS

1. Tirant lo Blanch: Valencia (2015 y 2017, respectivamente).

2. Presentación de *Derecho y Verdad* II, *Genealogía(s)*, Germán Sucar y Jorge Cerdio (eds.), celebrada en el Salón Azul, el 20 de abril de 2016, con la participación de Claudio Martiniuk, Carla Masi Doria, Cosimo Cascione, y los aquí suscriptos. La presentación del primero de los nombrados ha sido publicada en el número n° 19/2016, pp. 195-200 de esta misma revista.

3. En las jornadas sobre *Derecho y verdad, vol. II, Genealogía(s) y vol. IV. Problemas*, Germán Sucar y Jorge Cerdio (eds.), en el marco de la cátedra de Estudios jurídicos Iberoamericanos, en la Universidad Carlos III de Madrid, Campus Toledo, el día 6 de abril de 2017, con las intervención de Robert Jacob, Eusebio Fernández, Patricia Cuenca y Juan Carlos Bayón. Moderador: Rafael de Asís.

4. Hasta la fecha, solo han aparecido los volúmenes II y IV. Se espera que el volumen III esté publicado entre mediados y fines de 2018.

DERECHO Y VERDAD, VOL. II. *GENEALOGÍA(S)**

Carla Masi Doria
Profesora ordinaria de Derecho romano
Universidad de Estudio de Nápoles Federico II

Sumario: 1. Sección única. Notas. Bibliografía.

1. SECCIÓN ÚNICA

¿*Quid est veritas*? Es uno de los interrogantes más profundos e inquietantes que puede hacerse el hombre frente a la historia y a la vida. La relación entre verdad y Derecho es intrincada, particularmente en el proceso que, en relación con el Derecho, constituye en primer lugar constatación —la verificación de las posiciones subjetivas— y, posteriormente, veredicto.

Hacer la verdad y decir la verdad son, por tanto, instrumentos y fines de los procedimientos orientados a reconocer a cada uno lo suyo. El término latino *veritas* es un sustantivo derivado del adjetivo *verus*, *vera*, *verum*, cuyo significado es «verdadero», «verídico»[1]. Incluso en su forma neutra «*verum*», el adjetivo adquiere valor de sustantivo: lo verdadero, la verdad. El sustantivo *veritas* es abstracto. Como tal, tiene un carácter bastante vago en relación con su valor referencial. Por lo tanto, el significado específico depende del contexto —caso por caso— y, justamente en virtud de su carácter abstracto, puede adquirir una notable expansión semántica. Por el contrario, y de modo menos evocativo pero más concreto, el adjetivo indica lo verdadero en relación con situaciones determinadas. El uso se despliega sustancialmente a lo largo de toda la historia del latín literario y continúa, sin excepciones, en todo el espectro de las lenguas romances. En tal continuidad —a la cual se suma su importante proximidad, bajo el perfil cultural, con el alemán moderno («*wahr*», «*Wahrheit*»)— el significado del término se torna bastante intuitivo, y no ha creado mayores problemas en los estudiosos de la etimología y de la semántica antiguas[2], a diferencia del griego *aletheia*, que, como es sabido, ha suscitado interés filológico y filosófico específicos, hasta la famosa reflexión de Martin Heidegger (Heidegger, 1927: 219 y ss.; y 1943). En la idea indoeuropea de orden cósmico, el concepto «verdadero» se conecta estrechamente con el de «justo», condicionando de un modo determinante las sucesivas visiones romanas, en particular las jurídicas[3]. De este modo, dicho concepto culmina, si bien no explícitamente, en el sentido mismo de la *jurisprudencia* romana, capturada sintéticamente en la célebre definición del jurista romano Ulpiano conservada en el exordio de las instituciones de Justiniano

* Texto elaborado y corregido a partir de la presentación de Sucar y Cerdio (eds.) (2015); pronunciada el 20 de abril de 2016 en el Salón Azul de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(I. 1.1.1.) y en el *Digesto* (D. 1.1.10.2, 1 *reg.*): jurisprudencia como *iusti vel iniusti scientia*. La *veritas* romana debe considerarse, en primer lugar, un dato objetivo que, como tal, emerge precisamente mediante el contraste con *ingenia* —pensamientos humanos subjetivos—, usualmente caracterizado en el sentido negativo. La *veritas* resplandece en el discurso, tal y como se encuentra, por ejemplo, en Cicerón: «*lux veritatis*»[4]. La objetividad de *verum* resulta también del contraste con *falsum*[5]. En consecuencia, en la semántica de *veritas*/*verum* es recurrente el aspecto que se refiere a la realidad[6] y, asimismo, el que reenvía a una opinión que Cicerón califica como preeminente frente a otras. En relación con la realidad, a lo verdadero se contrapone el *falsum*, que tiene relevancia jurídica, sobre todo en el Derecho penal.

Sobre el tema Derecho y verdad, en el año 2010 se iniciaron de forma paralela dos iniciativas científicas: una en la ciudad de México y otra en la ciudad de Nápoles. Ambos proyectos se orientaron a la discusión del rol de la verdad en el Derecho. La primera, desarrollada en dos intensas jornadas de trabajo organizadas por los colegas Sucar y Cerdio y promovidas por el ITAM en colaboración con la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, se centró en las *praxis* de los elementos actuales, pero prestando especial atención a los perfiles teóricos e históricos —en sentido lato, culturales— en los que se basan el conocimiento y, por ende, la actividad de los iusdocentes y, junto y frente a estos, los defensores, las partes y los testigos. La segunda, impulsada por el Departamento de Derecho Romano, Historia y Teoría del Derecho Francesco de Martino de la Universidad Federico II de Nápoles, se desarrolló en forma de ciclos de seminarios que se prolongaron durante algunos meses y se concentró directamente en las formas jurídicas del Derecho romano, aunque también estaba abierta a las contribuciones de los juristas de formación filosófica y teórica.

La investigación abarcó desde la verdad argumentativa en el pensamiento de los juristas hasta la verdad de los documentos o del proceso y la *res iudicata*; de la edad arcaica hasta la Compilación Justinianea, y más aún, hasta las líneas teóricas desarrolladas a través de la historia de la cultura jurídica, incluyendo la edad contemporánea (Cascione y Masi Doria (eds.): 2013). El objetivo no era dar una respuesta unívoca y definitiva al interrogante sobre la esencia de lo verdadero, sino contribuir a la definición del problema, que solo una pluralidad de puntos de vista permite captar en toda su complejidad.

El volumen que hoy se presenta es un libro nuevo y crítico. Es nuevo porque presenta una historia inédita de la verdad jurídica y del proceso, desde la antigüedad (no solo romana sino también griega) hasta la edad contemporánea. Si Emiliano Buis estudia el Derecho de las *polis* griegas (Buis, 2015: 247 y ss.), el estudio de Jean-Louis Halperin llega hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo XX (Halperin, 2015: 775 y ss.). El hilo conductor del volumen es la relación entre hecho, prueba y sentencia, pero también las modalidades técnicas que vinculan a los tres momentos, particularmente la tortura judicial, a la cual se dedican muchas partes, sobre todo entre la Antigüedad y el Medioevo, pero también la Francia del siglo XVIII[7]. Es también un libro crítico porque plantea problemas, en primer lugar de tipo analítico: ¿qué es el Derecho?, ¿qué es la verdad?, problemas a los que me refería al principio de mi intervención. Al mismo tiempo, es una verdadera mina de información porque en él figuran tanto las grandes historias como los pequeños sucesos al margen de la historia. Se trata de una investigación que no se agota en la materialidad y la especificidad de un argumento; es una investigación que conforma un texto que se abre como un abanico hacia otras concepciones o problemas. En realidad, así lo requiere el propio tema en toda su amplitud. Así, esta obra se presenta como una propuesta de comprensión que tiene en la diacronía y en el sistema momentos de oscilación definitoria y operativa respecto del tema general.

La historia transforma el Derecho: del mito al rito, del formalismo a la simplificación, de la crueldad a la suavidad, de la fuerza al Derecho suave. Pero no se trata de vías sin retorno: las líneas

se rompen y retoman, las barbarizaciones no faltan, la legitimación a través de la tradición puede significar tanto reacción como progreso. *Genealogía(s)* es el termino clave de la investigación, justamente evidenciado en el título del volumen, una imagen que remite a Foucault pero también a una visión donde el sistema del Derecho es entendido como organismo. Se trata, en suma, de la exploración necesaria para comprender, en el presente, lo que los editores de la obra llaman el legado del pasado en función de la consolidación de las tradiciones romano-germánica y la del *Common Law* (*cfr.* Sucar y Cerdio, 2015: 19). Aquí se aprecia cómo un libro de historia puede ser particularmente útil para el comparativista, para historiador general y —naturalmente— para el historiador del Derecho. Se aprecia también cómo la problemática del interrogante lo torna un texto que es necesario para la estructuración y, en consecuencia, para la compresión de los problemas teóricos, en primer lugar, la percepción y la estructuración de la idea de justicia (paréntesis que atraviesa también la construcción de la verdad procesal). En este sentido, el volumen es verdaderamente multidisciplinar: diversas competencias se entrelazan positivamentemente y, en verdad, internacionalmente, ya que participamos especialistas de todo el mundo, de Europa a América. El volumen cumple todos los estándares necesarios para una óptima valoración y su publicación en castellano —una lengua que se afirma cada vez más como vehículo del saber entre los juristas— favorece su enorme difusión. Por todo esto, debemos agradecer profundamente la iniciativa de los directores, Germán Sucar y Jorge Cerdio, que son también los ideólogos del proyecto y los procuradores atentos e inteligentes de las preguntas de fondo sobre las que comenzamos a discutir, seguros de que esta investigación y otras investigaciones gratas como esta podrán tener un futuro.

NOTAS

1. Ante la ausencia de estos términos en el *Thesaurus linguae Latinae*, *vid.* Forcellini, Furlanetto, Corradini y Perin (eds.) (1940: 950 y ss. para *veritas*; y 961 y ss. para *versus*).

2. *Vid*., entre otros, la obra de von Martitz (1968: 278 y ss.).

3. Siguiendo a Fiori (2011: 84 y ss.).

4. Cic. *Orat.* 1.34 (cf. también *Acad*. 2.31).

5. Cic. *Orat.* 1.34 (cf. también *Acad*. 2.31).

6. Hasta en el latín medieval (cuando aparecen los términos *realis*, *realitas*) *verum* (como también *iustum*) es la terminología para denominar la realidad. *Cfr.* Fiori (2011: 130).

7. En relación con el mundo griego, en el mismo volumen*, vid.* Buis (2015: 288 y ss.); respecto de la Roma antigua, Doria (2015: 353 y ss.); Cascione (2015: 44 ss.); en relación con la historia del Derecho francés, Carbasse (2015: 595 ss.), además de Lesné-Ferret y Otis-Cour (2015: 637 ss.).

BIBLIOGRAFÍA

BUIS, Emiliano J. (2015): «Ficciones y p(ersu)asiones de la verdad: la retórica judicial de la alétheia en el derecho griego arcaico y clásico», en G. Sucar y J. Cerdio Herrán (eds.), *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch, 247-317.

CARBASSE, Jean-Marie (2015): «Los orígenes de la tortura judicial en Francia desde el siglo XII hasta comienzos del siglo XIV», en G. Sucar y J. Cerdio Herrán (eds.), *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch, 595-636.

CASCIONE, Cosimo (2015): «La verdad jurídica en el derecho de Antigüedad Tardía. Siglos III-VI d.C. (derecho postclásico y justineano)», en G. Sucar y J. Cerdio Herrán (eds.), *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch, 389-494.

CASCIONE, Cosimo y Carla MASI DORIA (eds.) (2013): *Quid Est Veritas?: Un Seminario Su Verità e Forme Giuridiche*, Napoli: Satura.
MASI DORIA, Carla (2015): «La verdad jurídica en el antiguo derecho romano. Desde los orígenes hasta finales del siglo II d.C. (derecho preclásico y clásico)», en G. Sucar y J. Cerdio Herrán (eds.), *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch, 321-387.
FIORI, R. (2011): *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli: Jovene Editore.
FORCELLINI, Edigio, Iosepho FURLANETTO, Francisco CORRADINI y Iosepho PERIN (eds.) (1940): *Totius latinitatis lexicon IV*, Italia: Bononiae.
HALPÉRIN, Jean-Louis: «La verdad legal en Francia desde fines del siglo XVIII hasta 1945» (2015), en German Sucar y Jorge Cerdio Herrán (eds.), *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch, 775-817.
HEIDEGGER, Martin (1927): *Sein un zeit*, Germany: Halle.
— (1943) *Vom Wesen der Wahrheit*, Frankfurt: Klostermann.
LESNÉ-FERRET, Maïté y Leah OTIS-COUR (2015): «La tortura en el Mediodía francés de la Edad Media», en G. Sucar y J. Cerdio Herrán (eds.), *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch, 637-669.
MARTITZ P. von, Wülfing (1968): «Verus, verum und veritas», *Glotta*, 46 (3/4), 278-293.
SUCAR, Germán y Jorge CERDIO HERRÁN (eds.) (2015): *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

EL CORAJE DE LA VERDAD
THE COURAGE OF TRUTH

Cosimo Cascione

Profesor ordinario de Derecho romano
Departamento de Jurisprudencia
Universidad de Estudio de Nápoles Federico II

RESUMEN

En el trabajo se sostiene que en *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s)* se resaltan las premisas teóricas que constituyen un instrumento para el análisis histórico del Derecho. Específicamente, se subraya que las categorías filosóficas que se emplean en el proyecto emergen como recursos interpretativos valiosos para, por un lado, identificar las diferentes perspectivas que se han aproximado al estudio de la verdad en el Derecho desde un enfoque histórico-jurídico y, por otro, para dar cuenta de la variedad de métodos que utilizan tales perspectivas. En este sentido, se sugiere que la lectura del citado volumen puede hacerse desde la teoría jurídica hacia la historia del Derecho, o desde la historia del Derecho hacia la teoría jurídica. En este sentido, se destaca la importancia del pensamiento de Foucault.

PALABRAS CLAVE

Derecho, verdad, historia del Derecho, teoría jurídica, Foucault.

ABSTRACT

The paper argues that in *Law and Truth II. Genealogy(ies)* we find the theoretical premises that constitute an instrument for the historical analysis of Law. Specifically, it is emphasized that the philosophical categories that are used in the project emerge as a source of interpretation. On the one hand, to single out the different perspectives that have approached the study of truth in the law from the perspective of the History of the Law; and, on the other hand, to account for the methodological variants that such perspectives display. In this sense, it is suggested that the book has two directions of fit, from Legal Theory to the History of Law and vice versa. On, either way, the relevance of Foucault's ideas is highlighted.

KEYWORDS

Law, truth, history of Law, legal theory, Foucault.

EL CORAJE DE LA VERDAD

Cosimo Cascione
Profesor ordinario de Derecho romano
Departamento de Jurisprudencia
Universidad de Estudio de Nápoles Federico II

Sumario: 1. Sección única. Notas. Bibliografía.

1. SECCIÓN ÚNICA

Creo que la discusión sobre el volumen debe empezar por reconocer el valor del proyecto, de la elección del tema. Una elección que, como ya se ha dicho en las intervenciones anteriores, ha sido particularmente afortunada, precisamente si se considera la ausencia, en la literatura jurídica, de una herramienta que aborde el tema en toda su complejidad[1] (incluso bibliográfica), ausencia a la cual mi colega y amigo Germán Sucar hacía referencia.

La elección de los autores de las distintas partes ha sido, también, particularmente atinada, porque —como dijo Carla Masi[2]— se dio la posibilidad de formar un *team* internacional, sin duda multidisciplinar —aunque yo diría, sobre todo, interdisciplinar, dada la capacidad de integración de las diversas competencias respecto de la complejidad radical de este tema, una dificultad epistemológica que resulta, de tal manera, provechosamente articulada por el diálogo entre autores de formación y especialización distinta—. Tal diálogo —al cual se refirió Germán Sucar— no es un mérito de los participantes del proyecto, sino de los coordinadores de la obra, quienes «provocaron» a los autores con un cuestionario en el cual se hallaban formuladas una serie de preguntas bien precisas, y tuvieron la gran capacidad de prestar atención a las respuestas «imprecisas» (tal vez necesariamente imprecisas, ya que derivaban de las distintas perspectivas de lectura y de enfoque de los problemas) que, por ejemplo, el historiador de las instituciones formulaba al teórico del Derecho.

El proyecto de edición, el magnífico e intenso coloquio organizado en la Ciudad de México (*cfr.* Cascione, 2012) y, posteriormente, una densa correspondencia entre editores y autores: estas fueron las etapas intelectuales a través de las cuales este libro —el volumen II de *Derecho y verdad*, *Genealogía(s)*— ha ido tomando forma en una serie de cuatro volúmenes, como incunable histórico, que es el resultado científico de esta amplia investigación sobre la relación entre verdad y Derecho.

Germán Sucar se refirió a la importancia que tiene la historia del Derecho, la «experiencia» histórica (en todos sus matices), al momento de establecer el marco teórico del fenómeno «Derecho»[3]. Pero precisamente este volumen, con sus premisas teóricas (o, tal vez, en sentido más amplio, «filosóficas»), muestra también lo contrario, esto es, el modo en que la aclaración del contexto de la cultura filosófica de una investigación como la que se está discutiendo es extremadamente útil también para poner las bases de una investigación histórico-jurídica, para el trabajo del historiador del Derecho.

Al respecto, ofrezco un solo ejemplo, referido al déficit del cual hablaba el profesor Germán Sucar[4]. Foucault es —obviamente— una referencia importante y constante de esta obra en su conjunto y todos hemos tenido que «ir» hacia Foucault para enmarcar la investigación y definir las relaciones entre sus distintas partes[5]. Sucar hizo referencia al importante ensayo *La verdad y las formas jurídicas* (Foucault, 1974), pero —por lo que he podido entender— la verdad, tema fuerte del filósofo francés, surge con intensidad y profusamente en la última parte de su obra, dedicada a la historia de los «regímenes de la verdad». El déficit es relativo al Derecho romano: el mundo romano está —en Foucault— mucho menos presente que el griego; y este es importantísimo para la lectura profunda de los temas del volumen, sumamente relevante al momento de desentrañar los problemas tratados. Sin embargo, quisiera recordar una página, la primera página del *Curso del Collège de France de 1979/1980*, «Del gobierno de los vivos» (Foucault, 2012), en la que se retoma la lección del 9 de enero de 1980, el primer tema que Foucault propone en aquella ocasión. En esta página aparece un emperador romano, se hace referencia a la representación de una escena procesal ocurrida en el interior del palacio: el Derecho surge directamente[6]. El emperador es Séptimo Severo (esto no resulta indiferente: volveré en un momento sobre este punto) y en esta representación de un proceso es como si el príncipe quisiera conectar el orden del cielo, el orden de las estrellas (hay una referencia de tipo astronómico-astrológico, pero también religioso) y el orden del mundo. La lógica cósmica y la función del proceso. En aquella manifestación ritual, en aquella que el emperador está estableciendo, debe verificarse la correspondencia del orden veritativo con el orden que el poder debe develar y hacer operacional sobre la tierra. Develar, pero no por completo: una pequeña franja de cielo permanecía escondida, conocida solo por el emperador (el *logos* es también arcano).

¿Por qué (a mi juicio) es importante que se trate de Séptimo Severo? Porque este emperador era un general y no estaba legitimado por nacimiento para el Imperio: era, en cierto sentido, un hombre nuevo. A través de este tipo de operación «funda» un poder nuevo. Como se ha mencionado, un tema del último Foucault ha sido la verdad del poder, de la religión, de la ideología. Ahora bien, estos tres momentos veritativos se reúnen en la figura del emperador romano precisamente a partir de la edad de los Severos: existe un cambio en los propósitos del Imperio y, por lo tanto, en el paradigma mismo del poder imperial, entre finales del siglo II y comienzos del siglo III d.C. Nos acercamos a lo que será llamado el *Dominatus*, el Imperio absoluto, cuando el emperador concentra en su persona al legislador, al intérprete del Derecho (que expulsa el «Derecho controvertido» jurisprudencial) y al juez. Una situación de la cual se habían percibido las tendencias en los primeros dos siglos del Principado, pero que —en esta época— se realiza plenamente, volviendo absoluta aquella relación del poder con el Derecho, que había sido mucho más fluida y balanceada (entre el príncipe, el Senado, la clase de los jurisconsultos, la aplicación práctica) en los tiempos anteriores. Y ello resulta foucaultianamente interesante también por otra razón, porque este es el momento en que el Derecho romano empieza a hacerse dogmático (especialmente en las soluciones propuestas en los grandes comentarios, edictales y civilísticos, como conclusión de largas citas de las distintas posturas de los juristas clásicos sobre las diferentes cuestiones). Y —obviamente— entre dogma y verdad hay una relación muy estrecha porque este nuevo Derecho, que nace directamente del emperador (por su boca, aunque a menudo emane, en verdad, de la burocracia imperial), es, precisamente por su origen, «verdadero», bien porque brevemente se verificará también la fusión, en la persona en la cúspide del Imperio, de la verdad religiosa y de la verdad ideológica[7]. Este proceso, que deposita la función de la verdad en la figura del emperador, vive un momento, digamos, definitivo, con la «victoria» del cristianismo sobre el paganismo. Cuando el Imperio romano deviene cristiano y el emperador es al mismo tiempo intérprete de la verdad teológica, nos encontramos frente a una absolutización total, objetivación de la verdad a través de la posición institucional y carismática del emperador.

Y entonces, quizás (así me ha parecido retomando estos estudios que hemos llevado a cabo juntos), estas categorías (uso el término en sentido «débil») interpretativas que provienen de la cultura filosófica pueden resultar extremadamente útiles (también) para la clarificación (o al menos para una de las posibles lecturas) del fenómeno histórico-jurídico. Y creo que la suma de lecturas diversas puede ayudarnos a superar el carácter fragmentario de los criterios, de los métodos, de las distintas orientaciones desde las cuales observamos (cada uno de nosotros con una «cientificidad» aproximativa) el objeto de nuestros estudios.

Por lo tanto, el libro del cual estamos hablando puede releerse sobre la base de la historia a través de la teoría o bien sobre la base de la teoría a través de la bibliografía histórica. Las manifestaciones de la verdad son muy distintas también en el interior de la que nosotros definimos como Antigüedad clásica: Foucault, inmediatamente después de haber representado a Séptimo Severo, pasa, por contraste, a la imagen del *Edipo Rey* de Sófocles, volviendo así a aquella complicada «grecidad» que le era tan querida antes de alcanzar, en la última parte del curso, el análisis de las fuentes patrísticas.

Digo una última cosa, pero es casi una broma, foucaultiana (quizás). Nuestros editores, Germán Sucar y Jorge Cerdio, tuvieron en esta ocasión el coraje de la verdad. *El coraje de la verdad* es el título del último curso que Foucault impartió en el *Collège de France* en febrero-marzo 1984 (Foucault, 2009). ¿Qué significa «el coraje de la verdad», no para Foucault, sino para nosotros, aquí, ahora? Ha sido el gran compromiso y la difícil apuesta de poder llevar una investigación sobre este tema, que, como decimos en Italia, «hace temblar las venas en sus muñecas». Un tema tan grande, tan profundo, como también decía Carla Masi[8], que hacía falta mucho coraje para empujarnos a investigarlo (no diría algo de inconsciencia, porque desde la Introducción brilla el compromiso de estudio que constituye la premisa de la obra). Germán y Jorge han tenido esta valentía, y el primer logro de tal arrojo es un libro que de verdad aconsejo leer. Sobre todo para tenerlo en un lugar privilegiado de su biblioteca, si no sobre el *chevet*, porque, como dijo Carla Masi, se trata de una verdadera mina de informaciones críticas. Basta con leer la introducción del volumen, una autentica monografía, en la cual los coordinadores se enfrentan analíticamente a una impresionante mole de conocimiento histórico. Basta ojear las bibliografías que integran los distintos ensayos, en donde se compendia, para los lectores, una seria casi infinita de caminos por tomar a fin de entender cabalmente cuáles son y cuáles han sido las relaciones entre «los» Derechos y las «verdades». Este, en mi opinión, es el dato que se desprende del libro: que no hay un Derecho y no hay una verdad, pero hay Derechos históricos y verdades, inscritos en la historia.

En virtud de este coraje de la verdad, creo que la comunidad de todos los juristas, de los historiadores y de los filósofos debe mucha gratitud a nuestros directores y yo (con sinceridad y a título personal) les doy las gracias por haberme involucrado en esta bellísima aventura.

NOTAS

1. En la literatura existente sobresale el importante trabajo de Häberle (1995). Paralelamente a la investigación mexicana se ha desarrollado un seminario napolitano, cuyos resultados están ahora publicados (Cascione y Doria, 2013).

2. Nota del editor: el autor se refiere a la previa intervención de Carla Masi Doria en el evento académico antes referido, celebrado en la Facultad de Derecho de la UBA.

3. Nota del editor: el autor se refiere a la previa intervención de Germán Sucar en el evento académico entes referido, celebrado en la Facultad de Derecho de la UBA.

4. Nota del editor: *Ídem* respecto a lo dicho en la nota anterior. Allí Germán Sucar, refiriéndose a la mencionada obra y, en particular, a modo de balance entre sus méritos y déficits, con relación a estos últimos, indicó uno de ellos: «En

su estudio de las distintas formas jurídicas y su conexión con la verdad, Foucault pasa lisa y llanamente por alto el Derecho romano, vale decir, que de hablar de los procedimientos de la Grecia arcaica y clásica salta directamente al alto Medioevo. En este volumen II de *Derecho y verdad, Genealogía(s)*, esta es una de la grandes deudas que viene a saldarse de la mano de dos eminentes profesores, Carla Masi Doria y Cosimo Cascione, quienes han efectuado sendos tabajos, muy eruditos y profundos sobre los distintos periodos del Derecho romano, analizando la relaciones entre el Derecho y la verdad en los muy diferentes planos y aspectos concernidos».

5. Muchos caminos foucaultianos ya han sido utilizados por la romanística contemporánea. Véase, por ejemplo, las reflexiones articuladas en Stolfi (2010), sobre las cuales desarrollé algunas reflexiones críticas en Cascione (2014).

6. La fuente antigua de la cual Foucault traía la imagen es la *Storia romana* de Cassio Dione 77.1 (extracto que nos llega del epítome de Xifilino).

7. He desarrollado este tema en mi contribución al volumen del que estamos hablando (Cascione, 2015).

8. Nota del editor: *ídem* respecto a lo dicho en la nota al pie de la página 2.

BIBLIOGRAFÍA

CASCIONE, Cosimo (2012): «Su diritto e verità», *Index* (40), 884-885.

— (2014): «Rec. di E. Stolfi, Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari (Bologna 2010)», *Iura* (62), 464-478.

— (2015): «La verdad jurídica en el derecho de Antigüedad Tardía. Siglos III-VI d.C. (derecho postclásico y justineano)», en German Sucar y Jorge Cerdio Herrán (eds.), *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch, 389-494.

CASCIONE, Cosimo y Carla MASI DORIA (eds.) (2013): *Quid Est Veritas?: Un Seminario Su Verità e Forme Giuridiche*, Napoli: Satura.

FOUCAULT, Michel (1974): «A verdade e as formas juridicas»; traducción de J. W. Prado Jr.: Cuadernos da P. U. C., 16, junio 1974: 5-133. Conferencias en la Universidad Pontifical Católica de Río de Janeiro, del 21 al 25 de mayo de 1973 (discusión con M. T. Amaral, R. O. Cruz, C. Katz, L. C. Lima, R. Machado, R. Muraro, H. Pelegrino, M. J. Pinto, A. R. de Sant'Anna). Incluido en Michel Foucault, *Dits et écrits*: «La vérité et les formes juridiques», París: Gallimard, colección Quarto, vol. I: texto nº 139: 1406-1514. Existe traducción castellana de J. Varela y F. Álvarez Uría de la versión francesa: «La verdad y las formas jurídicas», en *Michel Foucault, Obras esenciales*, Julia Varela y Fernando Álvarez Uría (eds.), 3 vols., Barcelona-Buenos Aires: Paidós, 1999, vol. II, *Estrategias de poder*: 168-28. Existe también traducción castellana de la versión portuguesa de E. Lynch: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 1980.

— (2009) *Le Courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres*, París: Gallimard-Seuil. Traducción castellana de Horacio Pons: *El coraje de la verdad: El gobierno de uno mismo y de los otros, II*, *Curso en el Collège de France (1983-1984)*, México: Fondo de Cultura Económica, 2010.

— (2012): *Du gouvernement des vivants. Cours au Collège de France 1979/1980*, París: Gallimard-Seuil. Traducción Castellana de Horacio Pons: *Del gobierno de los vivos. Curso en el Collège de France* (1979-1980), México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

HÄBERLE, Peter (1995): *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden: Nomos.

STOLFI, Emanuele (2010): *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna: il Mulino.

SUCAR, Germán y Jorge CERDIO HERRÁN (eds.) (2015): *Derecho y verdad* II. *Genealogía(s),* Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

DERECHO Y VERDAD. *GENEALOGÍA(S)**. UNOS COMENTARIOS
LAW AND TRUTH. *GENEALOGY(IES)*. SOME COMMENTS

Eusebio Fernández García

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III (Madrid)

RESUMEN

El siguiente texto es un pequeño comentario a la Introducción de los profesores Jorge Cerdio y Germán Sucar a la obra *Derecho y verdad: genealogía(s)*. Los niveles de aproximación a la relación entre Derecho y verdad son tres: la verdad del Derecho, la verdad en el Derecho y la verdad sobre el Derecho. Para ello se utilizan algunas ideas de la teoría del Derecho y de la metodología de las ciencias sociales contemporáneas. También se coincide con los autores de la Introducción en la importancia que tiene la historia para una correcta elaboración de la Filosofía del Derecho. En la segunda parte de los comentarios se analizan tres cuestiones interdependientes y muy relacionadas con el tema general de «Derecho y verdad»: verdad y mentira en la política, el papel legitimador de las ficciones jurídicas y políticas y el abuso de la historia y la manipulación política. Finalmente, como ejemplo práctico, se hacen algunas reflexiones éticas y teóricas sobre el debatido tema de los frutos y lagunas de la Transición política a la democracia española.

PALABRAS CLAVE

Derecho, verdad, política, justicia, abuso de la historia.

ABSTRACT

The following text is a little commentary to the Introduction to the professors Jorge Cerdio and German Sucar's work called «Derecho y verdad: genealogía(s)». The levels of approach to the link between the Law and truth are three: the truth of the Law, the truth in the Law and the truth on the Law. For this, it is used some ideas of the contemporary Theory of Law and the methodology of Social Sciences. It is also a coincidence with the authors of the Introduction with the importance that History has for a right elaboration of the Jurisprudence. In the second part of the commentaries it is analysed three interdependent and closely linked with the general topic on «Law and truth» issues: truth and lie in politics, the legitimising role of the political and legal fictions and History and political manipulation abuse. Finally, as practical example, there are some ethical and theoretical thoughts on the discussed topic of the Spanish democracy political Transition fruits and loopholes.

KEYWORDS

Law, truth, politics, justice, History abuse.

DERECHO Y VERDAD. *GENEALOGÍA(S)*. UNOS COMENTARIOS

Eusebio Fernández García
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III (Madrid)

Sumario: 1. Introducción. 2. Verdad y mentira en la política. 3. El papel legitimador de las ficciones jurídicas y políticas. 4. El abuso de la historia y la manipulación política. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La primera impresión que se desprende de una hojeada a este libro es que se trata de una obra notable, tanto por su contenido —compuesto por una serie de capítulos históricos que se extienden desde la Grecia clásica hasta la actualidad y una amplia introducción firmada por los profesores Germán Sucar y Jorge Cerdio Herrán— como por las cuestiones de tipo histórico, filosófico y metodológico que van surgiendo con su lectura.

Por múltiples razones, que van desde la complejidad de la obra hasta la disponibilidad de espacio, mis comentarios se van a circunscribir a la Introducción de sus editores.

En su *Teoría de la justicia*, al comienzo del capítulo primero, John Rawls apunta lo siguiente:

> «La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas».

Aunque aceptáramos este contraste entre justicia y verdad, que nos llevaría a otro entre Derecho y ciencia, podríamos señalar que existen, al menos, dos campos en los que la verdad interesa al Derecho. Un primer campo consiste en la elaboración de teorías jurídicas —*v. gr.*, la ciencia jurídica en el sentido kelseniano— cuyo cometido es la neutral o pura descripción de las normas jurídicas vigentes.

Y un segundo ámbito, constituido, por ejemplo, por la verdad en las pruebas que conducen al dictado de una sentencia verdadera en un proceso y que permiten afirmar que un juez o tribunal ha expresado la verdad jurídica respecto a un caso concreto: *v. gr.*, el individuo X es el autor de un homicidio doloso o el contrato entre X e Y es válido formalmente porque no hubo coacción ni falta de información por parte de las partes contratantes.

Además, respecto a las posibles teorías jurídicas del primer campo, podríamos admitir tesis como la que señala que el positivismo jurídico, conceptual o metodológico, es verdadero y que el iusnaturalismo ontológico no lo es, dado que el primero es una buena versión de lo que entendemos por Derecho en nuestras sociedades y el segundo no.

En la Introducción al libro, Germán Sucar y Jorge Cerdio exponen tres niveles de aproximación a la relación entre Derecho y verdad en el plano histórico: la verdad *del* Derecho, *en* el Derecho y *sobre* el Derecho. La primera tiene que ver con la verdad de las normas jurídicas, la segunda con los diferentes sistemas de producción de la verdad jurídica (*v. gr.*, el proceso) y la tercera con la verdad o falsedad de los enunciados de la ciencia jurídica y la teoría del Derecho (Sucar y Cerdio, 2015: 14 y 15).

A la hora de exponer los contenidos de la verdad *del* Derecho, nuestros autores incluyen en este primer plano una parte que puede provocar cierta confusión entre hechos (normas) y valores. Así, cuando se refieren a la asignación de valores de verdad a las normas jurídicas en el sentido «de determinar cuáles son verdaderamente las normas jurídicas que deben regir la vida social». La posible confusión se centra en el significado que se asigne a la expresión «deben regir», pues aquí podemos movernos en los campos de la validez formal, la vigencia e incluso de la eficacia de las normas jurídicas o, por el contrario, en el campo de su justicia (no su ser real, sino ideal). Resulta correcto pensar que una norma jurídica es justa o injusta, válida o no, eficaz o ineficaz, pero es objetable hablar de normas jurídicas verdaderas, salvo que deseemos señalar, exclusivamente, que se trata de una norma vigente y que, por tanto, debe regir la vida social. Me parece que la atribución de verdad y falsedad está pensada para las proposiciones normativas, no para las normas.

En cuanto a la verdad *sobre* el Derecho, esta sería de aplicación a las teorías de la ciencia jurídica. Si alguien creyera y defendiera que su teoría de la ciencia jurídica es verdadera porque es un reflejo fiel o un espejo del Derecho vigente, le preguntaríamos inmediatamente por ella con el fin de compartir con él esa teoría y calmar la tensión que producen la inseguridad y las dudas teóricas y psicológicas. Pero me temo que nuestra ilusión no duraría demasiado tiempo y que, como mucho, podríamos conseguir la mejor teoría entendida como la mejor aproximación posible a una explicación coherente y adecuada del Derecho.

Germán Sucar y Jorge Cerdio parten de unos presupuestos claros y bien definidos desde el comienzo de su trabajo, que les sirven para anunciarnos el tipo de teoría de la ciencia jurídica podemos conseguir y sus rasgos y límites.

La tesis inicial (quizás sería más correcto hablar de tesis iniciales) expuesta en el primer párrafo es la siguiente: «Aquello a los que nos referimos y nos hemos referido con el término "Derecho" es algo variable, así como lo son los diferentes modos de teorización que lo tienen por objeto temático». Pero la variabilidad también afecta a la palabra «verdad», «al igual que lo son la preocupación por ella y, en particular, el desarrollo filosófico sobre la misma y los esfuerzos científicos para su determinación en los diversos dominios de conocimiento». Y, finalmente: «Las relaciones entre Derecho y verdad están, por ello mismo, también sujetas al vaivén histórico» (Sucar y Cerdio, 2015: 9).

Surge enseguida la pregunta acerca de si, con tanta variabilidad de contenidos, se puede construir algo parecido a una teoría de la ciencia jurídica fiable. Y da la impresión de que nuestros autores mantienen, a pesar de todo, ese empeño, sin dejarse arrastrar por el escepticismo o el simple relativismo. De ahí la advertencia de que evitemos «los errores tan graves como comunes, e íntimamente relacionados, que denominaremos respectivamente *ingenuidad ontológica* e *ingenuidad epistemológica*» (Sucar y Cerdio, 2015: 157 y ss.).

Y teniendo en cuenta que, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico (sobre todo a partir del moderno), los teóricos del Derecho han echado mano del modelo de las ciencias formales (también de las «menos desarrolladas» ciencias sociales) y que la metodología de la ciencia jurídica es un caso particular derivado de una metodología general de la ciencia (como lo es la filosofía del Derecho de la filosofía en general), cabe preguntarse por qué nuestros autores no se han valido y

aprovechado de la teoría del desarrollo científico desplegada por Kuhn en su conocida obra *La estructura de las revoluciones científicas* (1962). Los hechos, la creación de teorías, el periodo de ciencia normal según un paradigma dominante, la aparición de anomalías y el cambio de paradigma científico pueden extrapolarse, con las debidas matizaciones, al Derecho.

Ya sé que en el terreno de nuestras fuentes y libros de cabecera podemos actuar, felizmente, con total libertad, pero al evaluador externo siempre le compete decir algo al respecto.

También me gustaría expresar mi coincidencia con las referencias que los autores hacen al papel del estudio de la historia, sobre todo de las ideas y de las instituciones, y a su relevancia para la filosofía del Derecho. Opino, como ellos, que el filósofo del Derecho «pone en cuestión y analiza críticamente tanto las categorías jurídicas como morales. En esta tarea crítica, como decíamos, la historia ocupa un lugar prominente» (Sucar y Cerdio, 2015: 178), aunque no comparto su entusiasmo por la obra de Foucault, entre otras razones porque mis reticencias sobre el uso que hace de conceptos del mundo clásico grecorromano son parecidas a las señaladas por Hadot (2009, 203 y 204).

A partir de ahora me apartaré del argumento seguido por los autores de la Introducción y expondré unos comentarios propios que, aunque no tengan como objeto sus ideas, sí han servido como estímulo de las mías. Tienen que ver con tres asuntos: el papel de la verdad y la mentira en la política, el modo en que las ficciones jurídicas y políticas pueden convertirse en un principio de legitimidad y las relaciones entre el abuso de la historia y la manipulación política.

No creo que sea necesario resaltar que entiendo el Derecho como una construcción humana y social y que, al hablar de verdad jurídica, lo hago en el sentido de otra construcción que estaría, sobre todo, en manos de legisladores, jueces, abogados y teóricos del Derecho (el libro de Berger y Luckmann *La construcción social de la realidad* está muy presente en mi reflexión).

2. VERDAD Y MENTIRA EN LA POLÍTICA

Hace unos meses ha aparecido la traducción castellana de un libro que integra dos ensayos de Hannah Arendt publicados originariamente en la segunda mitad de los sesenta y a comienzos de los setenta del siglo XX (Arendt, 2016). Sus títulos son «Verdad y política» y «La mentira en política». La referencia a estos escritos es oportuna y útil por dos razones, una de carácter general y otra de carácter más específico. La primera se cifra en la constatación de un hecho inevitable y fácilmente comprobable: la conexión entre la política y el Derecho. El Derecho es una creación del poder político, pero el poder político también es una creación del Derecho. El poder político crea y mantiene el Derecho vigente, mas el Derecho, en un Estado de Derecho, controla, limita y subordina al poder político. Los tres planos, antes señalados, de la verdad *del* Derecho, la verdad *en* el Derecho y *sobre* el Derecho no pueden ser analizados al margen de las conexiones entre Derecho y política. Por eso, todo lo que afecta a la verdad y a la mentira en política se transmite al Derecho.

La razón más específica lleva a plantearnos si algún dato del funcionamiento del Derecho en una sociedad determinada puede aportarnos algún beneficio en términos de verdad. Dicho de otro modo: si la dependencia del Derecho de la política no significa necesariamente un triunfo de la mentira política, sino la entrada en uno y otra de criterios de verdad.

Hannah Arendt recurre a un hecho, fácilmente comprobable, a un lugar común: «[…] la verdad y la política no se llevan demasiado bien, y nadie, que yo sepa, ha colocado la veracidad entre las virtudes políticas. La mentira siempre ha sido vista como una herramienta necesaria y justificable

para la actividad no solo de los políticos y los demagogos, sino también del hombre de Estado» (Arendt, 2016: 15).

Pero traicionaríamos a la verdad si entendiéramos y defendiéramos la identificación total y literal entre mentira y política. También en el desarrollo de la política, real y teórica ha hecho su aparición la defensa de la justicia y la reivindicación de la verdad. Además, con frecuencia, ha cobrado sentido la admisión, en el debate y resolución política, de los adagios *fiat iustitia, et pereat mundus* y *fiat veritas, et pereat mundus*.

Y aquí Arendt señala que en el ámbito de «ciertas instituciones públicas, instauradas y sostenidas por los poderes establecidos […], la verdad y la veracidad siempre han constituido el criterio más elevado del discurso y del empeño» (Arendt, 2016: 74). Y pone como ejemplo a las instituciones judiciales y a las instituciones de enseñanza superior. Precisamente, insiste en la idea de que «entre los modos existenciales de la veracidad sobresalen la soledad del filósofo, el aislamiento del científico y el artista, la imparcialidad del historiador y el juez, y la independencia del investigador, el testigo y el pensador» (Arendt, 2016: 73).

Se me ocurre opinar que, aunque seamos capaces de matizar el optimismo de Arendt, también es cierto que contamos con herramientas para paliar y contrarrestar, reparar y contener el papel de la mentira en la política. Es decir, la falsedad y el uso de la mentira, la manipulación de hechos, opiniones e ideologías en el plano político no pueden actuar siempre por libre, soslayando su sometimiento a reglas sociales y jurídicas. Y aquí los procedimientos utilizados en Derecho —sus contenidos, sus objetivos e incluso sus teorías— pueden cumplir un papel muy importante en la afirmación de la verdad y la persecución de la mentira.

El Derecho puede comprender muy bien y asumir el valor de la verdad, definido por nuestra autora «como aquello que no podemos cambiar; en términos metafóricos, es el terreno que pisamos y el cielo que se extiende sobre nuestras cabezas» (Arendt, 2016: 80).

3. EL PAPEL LEGITIMADOR DE LAS FICCIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Los dos editores y autores del estudio introductorio señalan que la variedad del objeto de análisis exigió que los colaboradores adoptaran un punto de partida o punto en común que evitara la dispersión temática y aportara cierta unidad en el tratamiento histórico de las relaciones entre Derecho y verdad. Uno de ellos es descrito como «las relaciones entre verdad y presunción o ficción jurídica» (Sucar y Cerdio, 2015: 31).

En relación con este punto, y como añadido al desarrollo que el libro lleva a cabo sobre la relación entre la verdad jurídica y las ficciones legislativas y judiciales a lo largo de la historia, podría añadirse una importante, curiosa y paradójica conexión entre la creación de principios de legitimidad y las ficciones jurídicas y políticas. Estoy pensando aquí en la construcción, a lo largo de los siglos XVII y XVIII, de un nuevo principio de legitimidad que se convirtió en principio de legitimidad liberal y democrática y sustituyó a los sistemas de legitimidad tradicionales.

Este nuevo principio de legitimidad, que triunfaría impulsado por las revoluciones liberal-burguesas como emanación de un derecho de resistencia frente al Antiguo Régimen, se sustentó sobre dos pilares construidos al margen de la verdad histórica o la historia real y enfrentada a ella. Esos pilares son auténticas ficciones llamadas a convertirse en una nueva verdad que cuajará en las ideas

políticas y jurídicas del mundo moderno y occidental, hasta el punto de acaparar la democracia, la noción de Estado de Derecho y la historia del constitucionalismo.

Hace ya varios años, en uno de mis primeros trabajos sobre la historia de los derechos humanos fundamentales, expuse la tesis de que resultaba «sorprendente y muy atractivo analizar cómo la construcción de este nuevo principio de legitimidad se levanta sobre dos ficciones: la de un contrato social, que estaría en el origen de la sociedad y del poder político, y la de la existencia de unos derechos naturales, previos a las relaciones sociales, políticas y jurídicas, y ya vigentes en un supuesto estado de naturaleza» (Fernández, 1984: 127).

La idea de los derechos humanos como un concepto histórico del mundo moderno —equiparable a la invención de los derechos humanos de la que habla Lynn Hunt en un conocido libro (Hunt, 2009)— goza de muy buenas razones teóricas. Sin embargo, su aparición, siempre histórica, tiene más de ficción que de realidad; no obstante, se trata de una ficción que servirá para su transformación en exigencia de realidad y reivindicación de un nuevo principio moral.

Me parece que esa es la actitud teórica adecuada a la hora de analizar e intentar comprender históricamente el texto del primer apartado de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, cuando reza: «Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tienen derechos innatos, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto […]». Lo mismo ocurre al leer el texto de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, del 4 de julio de 1776, cuando enuncia: «Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables […] que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos […]». O, en fin, el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, cuando proclama: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común».

En cuanto a la segunda ficción señalada, la de un contrato social y político originario, siguen teniendo validez las siguientes palabras que Kant escribió en *Teoría y práctica* (1793):

> «Mas he ahí un *contrato originario*, el único sobre el que se puede fundar entre los hombres una constitución civil, legítima para todos sin excepción, el único sobre el que se puede erigir una comunidad.
> Pero respecto de este contrato (llamado *contractus originarius* o *pactum sociale*) […] en modo alguno es preciso suponer que se trata de un *hecho* (incluso no es posible suponer tal cosa) […]; Por el contrario, se trata de una *mera idea* de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica)» (Kant, 2002: 36 y 37).

Las actuales teorías neocontractualistas de la justicia, cuyos textos fundacionales fueron, en los años setenta del siglo XX, *Una teoría de la justicia* de Rawls y *Anarquía, Estado y Utopía*, de Nozick, han tomado buena cuenta de este planteamiento kantiano.

4. EL ABUSO DE LA HISTORIA Y LA MANIPULACIÓN POLÍTICA

Una de las formas de faltar a la verdad, que actualmente es más frecuente de lo que sería deseable, se da en el ámbito de la historia. Se manifiesta, más concretamente, en el falseamiento y manipulación de los hechos históricos, la opiniones y las teorías sobre la historia —sobre nuestra historia— con fines políticos. Surge aquí la cuestión de si el Derecho puede hacer algo para evitar este fenómeno, que no solo crea una imagen falsa del pasado —y que, como tal, es un atentado a la

verdad—, sino que también deteriora la convivencia pacífica entre ciudadanos libres. Pero me temo, y no es poca cosa, que no es un asunto de sanción, sino del libre juego de la libertad de pensamiento, expresión e investigación.

Se trata de una situación radicalmente distinta a la de las ficciones jurídicas y políticas llamadas a determinar la realidad y construir el futuro. En el caso presente es, por lo menos, un abuso de la historia (y me viene a la mente el contenido del libro de Finley *Uso y abuso de la historia*). Abuso en la utilización de la historia, que puede convertirse en una historia no verdadera, fraccionada, manipulada y manipulable políticamente. En ambos casos, no comparables desde el punto de vista de su gravedad, valen las siguientes palabras de la historiadora Margaret MacMillan: «A veces abusamos de la historia, y creamos explicaciones unilaterales o falsas que justifican el maltrato a los demás, arrebatarles sus tierras, por ejemplo, o matarlos. La historia también nos puede ofrecer muchos ejemplos y consejos, y es fácil elegir lo que uno quiere. El pasado se puede usar para casi cualquier cosa que se desee hacer en el presente. Abusamos de la historia cuando creamos mentiras sobre el pasado, o escribimos historias que muestran solo una perspectiva» (MacMillan, 2010).

Desde hace unos años, en España estamos asistiendo al curioso espectáculo de los usos inadecuados del pasado, los abusos, las manipulaciones y la construcción de falsos hechos históricos. Y todo ello en un momento en el que se ha logrado un alto nivel científico en las distintas disciplinas académicas que tienen que ver con la historia. Ello significa, entre otras cosas, que no aplicamos el rigor adecuado en el análisis de los hechos sociales y políticos y en el estudio de su génesis. Y esta esquizofrenia tiene efectos perniciosos. Podríamos seleccionar varios ejemplos tomados de dos conjuntos de problemas en torno a las reivindicaciones nacionalistas e independentistas y a la valoración de la Transición política. Voy a referirme, esquemática y exclusivamente, a la segunda cuestión. Y lo hago adelantando y manifestando la convicción, derivada del análisis y conocimiento, en algunos casos muy directo, de los hechos históricos de la Transición, de que sus resultados positivos y sus frutos fueron muy superiores a sus insuficiencias y a las concesiones y los errores de aquel proceso. Afamados historiadores han hablado de «amnesia constituyente» y del «mito de la Transición» (Gallego, 2008; y Clavero, 2014), expresiones que reflejan una postura valorativa distinta a la mía sobre los mismos hechos históricos.

El debate teórico, e incluso político, está abierto, y en él está llamado a ganar quien mejor utilice la historia y los argumentos derivados de su conocimiento. Los conflictos nacen y pueden permanecer irresolubles por mucho tiempo, cuando nos enfrentamos a otras posturas dominadas por el activismo político y sus prejuicios, pues en este caso no estamos ante un debate entre historiadores o analistas teóricos. Se trata de planos distintos: la segunda postura está abocada al mal uso de la historia, pues en ella no interesa la verdad histórica. En esta situación, siempre podemos exigir un mejor conocimiento de la historia o menos sectarismo; no se trataría de una simple descalificación, sino de un argumento relevante desde el punto de vista teórico, moral, político y jurídico. Además, hay que tener cuidado a la hora de establecer causalidades entre hechos históricos importantes (la prueba es que los buenos historiadores son muy prudentes al respecto). Hay otro elemento añadido que exige el argumento: es perfectamente compatible una postura de valoración general positiva de la Transición política española con la crítica a sus defectos, precios e insuficiencias, con la exigencia de cambios legislativos de fuste y con la defensa de una causa tan noble como la de la justicia y reparación a las víctimas de la represión de la dictadura franquista, comenzando por ese derecho sagrado a enterrar a tus muertos. Y junto a ellas, también las víctimas del terrorismo de extrema derecha durante la Transición y, en último lugar, pero no el menos importante (un mínimo aprecio por la dignidad humana lo exige de manera contundente), las en torno a novecientas víctimas (militares, civiles, miembros de los cuerpos de seguridad, niños, hombres y mujeres, jueces y

fiscales, parlamentarios, profesores…) del terrorismo de la organización ETA en la Transición y en la democracia. Olvidarse de los crímenes, amenazas y víctimas de ETA es renunciar a tener una idea intelectualmente acertada de la Transición y de la democracia española. Entre otras cosas porque la organización terrorista se convirtió en un firme aliado de los grupos golpistas de la extrema derecha (la ideología era rotundamente distinta, pero vinieron a coincidir en el intento de evitar la transición a la democracia).

Desde el punto de vista moral, el olvido es una bellaquería; política y jurídicamente, es irremediablemente injusto.

BIBLIOGRAFÍA

ARENDT, Hannah (2016): *Verdad y mentira en la política*, trad. de Roberto Ramos Fontecoba, Barcelona: Página indómita.

CLAVERO, Bartolomé (2014): *España, 1978. La amnesia constituyente*, Madrid: Marial Pons.

FERNÁNDEZ, Eusebio (1984): *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, cap. 4: El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII), Madrid, Debate.

GALLEGO, Ferran (2008): *El mito de la Transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Barcelona: Crítica.

HADOT, Pierre (2009): *La filosofía como forma de vida. Conversaciones con Jeannie Carlier y Arnold I. Davidson*, trad. de María Cucurella Miquel, Barcelona: Alpha Decay.

HUNT, Lynn (2009): *La invención de los derechos humanos*, trad. de Jordi Beltrán Ferrer, Barcelona: Tusquets.

KANT, Immanuel (2002): *Teoría y práctica*, trad. de Juan Miguel Palacios, M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid: Tecnos.

MACMILLAN, Margaret (2010): *Juegos peligrosos. Usos y abusos de la historia*, trad. de Ana Herrera Ferrer, Barcelona: Ariel.

SUCAR Germán y Jorge CERDIO (eds.) (2015): «Introducción» a *Derecho y verdad II. Genealogía(s)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 6 de septiembre de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

SOBRE EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA VERDAD EN Y SOBRE EL DERECHO

ON THE PROBLEM OF LEGAL INTERPRETATION AND THE TRUTH IN THE LAW AND ON THE LAW

Patricia Cuenca Gómez

Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En diálogo con las aportaciones incluidas en el IV volumen de la obra *Derecho y Verdad*, este trabajo pretende exponer los aspectos centrales de una determinada concepción del fenómeno interpretativo y de la explicación del significado de los enunciados jurídicos en la que se sustenta. Asimismo, se realizarán algunas reflexiones sobre las consecuencias que esta solución al problema de la interpretación jurídica tiene en relación con los problemas generales de la verdad en el Derecho y de la verdad sobre el Derecho.

PALABRAS CLAVE

Verdad, interpretación jurídica, significado literal, juez, ciencia jurídica.

ABSTRACT

This paper aims to expose the central aspects of a certain conception on the interpretative phenomenon and the explanation of the meaning of the legal statements on which it is based, in dialogue with the contributions included in the volume IV of the book *Law and Truth*. Some reflections are also made on the consequences that this solution to the problem of legal interpretation has in relation to the general problems of truth in the law and the truth about the Law.

KEYWORDS

Truth, legal interpretation, literal meaning, judge, legal science.

SOBRE EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA VERDAD EN Y SOBRE EL DERECHO

Patricia Cuenca Gómez
Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Presupuestos conceptuales. 3. Una versión alternativa de la concepción intermedia de la interpretación. La determinación mínima del Derecho. 4. El significado literal y su papel en la interpretación jurídica. 5. Algunas implicaciones de la concepción de la interpretación en los problemas de la verdad *en* el Derecho y *sobre* el Derecho. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El volumen IV de la obra *Derecho y verdad*, editada por los profesores Sucar y Cerdio[1], se dedica al análisis de los problemas iusfilosóficos contemporáneos que plantea la relación entre los dos conceptos de su título. De los numerosos problemas implicados en dicha relación, el presente trabajo se ocupa de la cuestión de la interpretación jurídica y, en concreto, de la atribución de significado a los enunciados jurídicos —o, en la terminología usada por los profesores Sucar y Cerdio, a las formulaciones normativas—.

La interpretación jurídica «no es solo el campo de batalla en el que se deciden los casos de la práctica jurídica, sino también el lugar de los desacuerdos más antiguos y violentos en el ámbito de la teoría del Derecho» (Wróblewsky, 1989*a*: 89). Por ello, se trata, ciertamente, de un problema que encaja en la definición de este concepto de la que parte la aproximación de Sucar y Cerdio, (2007: 9): «una dificultad teórica o práctica cuya solución no está claramente definida». Y se trata, además, de un problema sumamente relevante, en la medida en que la interpretación constituye una de las tareas centrales —y, a modo de ver, el principal quehacer— de los operadores jurídicos.

Pues bien, desde la adopción de un determinado concepto de Derecho, en estas páginas presentaré una tentativa de solución al problema de la interpretación expresada en una concepción del sentido de esta tarea —y su relación con la verdad— en cierto modo alternativa a la manejada por las teorías estándar de la interpretación jurídica y basada en una cierta comprensión de la noción y

el papel del significado literal. Para cerrar el trabajo, analizaré brevemente las principales implicaciones que de tal concepción se derivan en relación con la comprensión de la aplicación judicial del Derecho (cuestión atinente al problema general de la verdad *en* el Derecho[2]) y la labor de la ciencia jurídica (cuestión conectada con el problema general de la verdad *sobre* el Derecho[3]). A lo largo de la exposición, mostraré ciertas coincidencias y discrepancias con las contribuciones incluidas en el volumen IV de la obra *Derecho y verdad* y, particularmente, con los planteamientos defendidos por los profesores Sucar y Cerdio en la amplia y sugerente Introducción de la que son autores[4].

2. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

La comprensión de la interpretación está intrínsecamente relacionada con el modo en que concibe lo jurídico (entre otros, Prieto, 1997: 12; Pérez Luño, [6]1999: 574; y De Asís, 2004: 19). En este sentido, la teoría de la interpretación jurídica que presentaré en estas páginas se enmarca en una concepción del Derecho que coincide en lo esencial con la que asumen los profesores Sucar y Cerdio como punto de partida en su aproximación general a los problemas implicados en la relación entre Derecho y verdad (Sucar y Cerdio, 2017: 12 y ss.).

En efecto, mi visión de la «naturaleza del Derecho» es expresión de un planteamiento positivista, toma de postura que —sin añadir de momento más adjetivaciones— implica entender que la existencia y el contenido del Derecho dependen de ciertos hechos sociales comprobables empíricamente y no de evaluaciones o valoraciones morales. En otros términos: supone asumir la tesis de las fuentes sociales del Derecho, que lleva aparejada la de su no conexión identificatoria con la moral (objetiva o correcta) y, como lógico corolario, la tesis de la neutralidad, que presupone, en palabras de los profesores Sucar y Cerdio, que «es posible una aproximación teórica (i.e., descriptiva, explicativa y no evaluativa, valorativa o justificatoria) objetiva o neutral (i.e., no participativa o comprometida) al fenómeno jurídico» (Sucar y Cerdio, 2017: 13 y 14). Como bien señalan Sucar y Cerdio (2017: 17 y 18), en este plano de análisis el positivismo se enfrenta al iusnaturalismo y a todas aquellas posiciones —de las que la concepción interpretativa dworkiniana suele considerarse un ejemplo paradigmático (Dworkin, 1986)— que, si bien no encajan estrictamente en las coordenadas de este planteamiento, hacen depender la identificación de lo que vale como Derecho— o la solución jurídica de un caso— de normas o principios morales.

Ahora bien, la adopción de este método neutral de aproximación es compatible con diversas descripciones o teorías del Derecho. O, si se prefiere, y en los términos de empleados por los editores de la obra aquí comentada, la «tesis de las fuentes sociales, definitoria del positivismo jurídico, deja margen para más de una especificación posible» (Sucar y Cerdio, 2017: 13).

En este punto, la opción por un positivismo normativista (y sistemático) de corte convencionalista conlleva, recurriendo de nuevo a las palabras de Sucar y Cerdio, la afirmación de que el Derecho «al menos en el marco de la particular visión del jurista, es mejor concebido, básicamente, como un conjunto de normas» y «que dicho conjunto puede ser reconstruido sistemáticamente sobre la base de los criterios convencionales que operan como pautas de creación normativa y de pertenencia de normas al sistema jurídico»[5]. En este punto, el positivismo normativista o sistemático se enfrentaría al positivismo que podríamos calificar como decisionista, que concibe el Derecho como un conjunto de decisiones (Wróblewsky, 1984: 321; Wróblewsky, 1985*a*: 86; Bobbio, 1993: 152 y ss.; y Guastini, 1990: 278-284).

Aunque no puede considerarse un rasgo exclusivo del positivismo —con unos u otros adjetivos—, mi concepción de lo jurídico tiene también como referente fundamental la consideración de que la función que constituye la razón de ser del Derecho consiste en la regulación de las conductas humanas en sociedad —idea que, creo, comparten Sucar y Cerdio, aunque no la incluyan expresamente en sus «asunciones teóricas fundamentales»— y la exigencia de su viabilidad técnica para desarrollar con una razonable garantía de éxito esta tarea[6].

Pues bien, estos presupuestos proyectan ciertas exigencias en la comprensión del fenómeno interpretativo. Ciertamente, la caracterización del Derecho como un sistema de normas que tiene como función básica el control social implica un compromiso con la tesis de la relativa determinación de los enunciados jurídicos —sin la cual resulta imposible el uso de criterios de pertenencia y, por ende, la reconstrucción sistemática del material jurídico, y deviene impracticable la tarea de regulación de las conductas humanas— y, con él, la adopción de una teoría intermedia de la interpretación situada entre el escepticismo radical[7] y el cognoscitivismo radical[8]. Y la tesis de las fuentes y la de la neutralidad impiden el recurso a la moral correcta como fundamento de la determinación del contenido del Derecho y exigen la vinculación de tal determinación con hechos o prácticas sociales.

A mi modo de ver, los profesores Sucar y Cerdio estarían de acuerdo con las principales líneas de esta comprensión de la interpretación. Sin embargo, me parece que no tienen suficientemente en cuenta el compromiso de la versión del positivismo que asumen con algunos aspectos de esta visión y desconsideran en cierto modo la intrínseca relación que existe entre la concepción de lo jurídico y la concepción de la interpretación En efecto, si bien ambos autores se decantan expresamente por una teoría intermedia de la interpretación (Sucar y Cerdio, 2017: 532 y 533), creo que no remarcan la relevancia de esta toma de postura en relación con su comprensión de lo jurídico[9]. Asimismo, afirman explícitamente que el positivismo «aun en su versión normativista y convencionalista no está comprometido conceptualmente con ninguna teoría del lenguaje en particular» y, por tanto, con ninguna doctrina «acerca de la explicación del significado de las expresiones lingüísticas» (Sucar y Cerdio, 2017: 13).

A mi juicio, sí existen importantes vínculos conceptuales entre la teoría del Derecho, la teoría de la interpretación y la teoría del lenguaje o del significado (Villa, 1998: 131). Desde esta premisa, expondré en los dos siguientes apartados los aspectos medulares de la concepción —intermedia— de la interpretación que me parece más apropiada para dar cuenta de la tarea de asignación de significado a los enunciados jurídicos y los rasgos básicos de la noción de significado en la que se sustenta.

3. UNA VERSIÓN ALTERNATIVA DE LA CONCEPCIÓN INTERMEDIA DE LA INTERPRETACIÓN. LA DETERMINACIÓN MÍNIMA DEL DERECHO

Como antes se indicó, la consideración del Derecho como un sistema de normas que tiene como función inherente el control social exige defender la relativa determinación de los enunciados jurídicos y, por ende, asumir una concepción intermedia de la interpretación.

La versión más difundida de la concepción interpretativa intermedia vendría a sostener que la interpretación «es, a veces, una actividad de conocimiento», que consiste en descubrir significados preexistentes (tal y como mantiene la concepción cognitiva), «y, a veces, una actividad de decisión discrecional» que implica la creación de nuevos significados (tal y como mantiene la concepción escéptica) (Guastini, ^{3}2001: 16).

Esta caracterización de la interpretación define el rasgo de la determinación del Derecho en términos de determinación parcial, dado que entiende que el Derecho resulta determinado en unos supuestos (cuando se trata de casos o enunciados jurídicos claros), pero indeterminado en otros (cuando se trata de casos o enunciados jurídicos dudosos[10]). Pues bien, esta es la visión de la interpretación que manejan Sucar y Cerdio cuando, al sintetizar la teoría intermedia de la interpretación a la que adhieren, sostienen que la interpretación de una formulación normativa —esto es, un enunciado interpretativo— que «a veces es susceptible de poseer valores de verdad y otras veces no, dependiendo de cuán determinadas o no sean las reglas de uso de los términos de cuyo significado depende la asignación de significado a la formulación normativa en cuestión» (Sucar y Cerdio, 2017: 533).

Contra esta versión de la concepción intermedia de la interpretación se han formulado importantes objeciones, entre las que destacaré dos.

La primera cuestiona que la distinción entre casos o enunciados jurídicos claros y oscuros sea una distinción objetiva (*vid*., por todos, Guastini, ^{3}2001: 17 y 18). En este sentido, se afirma que la claridad no es una propiedad de los textos o de los casos que preexista a la interpretación, sino que es el resultado de una decisión interpretativa de carácter discrecional dependiente de las valoraciones de los intérpretes. En efecto, la calificación de un caso como fácil o difícil no depende solo de que tenga o no una respuesta sencilla a la luz del significado cierto de los enunciados jurídicos; depende también de que el intérprete considere que esa respuesta obvia es o no aceptable. Si bien, a mi modo de ver, el carácter relativo de esta distinción no aboca necesariamente al escepticismo radical (Luzzati, 1990: 167), sí que supone que el intérprete tiene siempre la opción primaria y discrecional de problematizar o no un texto o un caso, también cuando se presentan revestidos de una presunta claridad *prima facie* (Barranco, 2004: 65 y 66).

La segunda de las críticas que subrayaré, relacionada con la anterior, cuestiona la distinta naturaleza que esta versión estándar de la concepción intermedia parece atribuir a la interpretación en los supuestos de claridad —en los que la tarea interpretativa consistiría en una actividad estrictamente cognoscitiva y racional[11]— y en los de oscuridad —en los que la interpretación involucraría un acto de voluntad no sometido a ningún tipo de límite[12]—.

A mi modo de ver, la pertinencia de estas objeciones aconseja optar por una versión alternativa de la concepción intermedia de la interpretación capaz de responder a estas críticas sin abandonar el rasgo de la relativa determinación. En lugar de definir la relativa determinación del Derecho como una determinación parcial que conduce a concebir la interpretación como una tarea de puro conocimiento en unas ocasiones y una actividad totalmente libre en otras, esta versión alternativa subraya el carácter mínimo de dicha determinación en todos los supuestos y caracteriza la actividad interpretativa como una tarea en la que se conjugan siempre, al menos potencialmente, dimensiones racionales y voluntaristas. En este sentido, la interpretación se contempla siempre como una decisión —incluso en los casos considerados más fáciles— nunca plenamente discrecional —ni siquiera en los casos tratados como más difíciles[13]—.

Aunque Kelsen no desarrolló una teoría completa de la interpretación jurídica, la imagen del marco a la que recurrió para caracterizar la actividad interpretativa podría servir para representar esta visión con bastante precisión. Como es sabido, para Kelsen la interpretación jurídica entendida como «conocimiento del sentido del objeto interpretado» arroja como resultado la determinación del «marco que expone el Derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco» (Kelsen, ^{7}1997: 351 y ss.)[14]. Esta visión supone la posibilidad de optar entre un abanico (más o menos amplio) de significados posibles en la interpretación de cualquier enunciado jurídico, pero, a la vez, para descartar o excluir otros significados[15]. De este

modo, las decisiones interpretativas no se presentan como actos de voluntad absolutamente libres, es decir, no se trata de actos de creación por invención, sino de actos de creación por elección entre una serie de alternativas traídas a la luz por un acto de conocimiento[16].

En este sentido, lo realmente relevante de la imagen del marco es que supone que determinadas interpretaciones queden fuera. Ciertamente, esta imagen implica que es posible establecer ciertos criterios objetivos a partir de los cuales trazar las líneas del marco que permite discriminar entre los significados posibles e imposibles. Pues bien, a mi modo de ver, los significados imposibles son aquellos que se enfrentan con el significado literal del enunciado jurídico objeto de interpretación y con el significado literal de los enunciados jurídicos superiores. De este modo, la tesis de la determinación mínima de los enunciados jurídicos se fundamenta en la posibilidad de asignarles un significado literal y en las notas que lo caracterizan

4. EL SIGNIFICADO LITERAL Y SU PAPEL EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Conviene insistir en que la tesis de que los enunciados jurídicos tienen un significado al menos relativamente determinado, susceptible de condicionar la actuación de los intérpretes, resulta crucial para la propia consistencia de la visión del Derecho como un sistema que tiene como principal función la regulación de los comportamientos humanos en sociedad. La exigencia de una relativa determinación en el marco de una comprensión de lo jurídico como la que aquí se asume requiere la relación de ese significado con la formulación lingüística de los enunciados jurídicos y su remisión a hechos o prácticas sociales que se presenta como un sentido accesible y común a quienes están llamados a usar, cumplir y hacer cumplir el Derecho. A partir de estas premisas, la concepción de la interpretación que manejo está comprometida con una cierta explicación del significado, a saber, con la noción de significado literal, y descarta otras explicaciones.

En efecto, la afirmación de que los enunciados jurídicos son significativos y la consideración de que el significado relevante a los efectos de la comunicación lingüística en general y, de la comunicación jurídica en particular, es el significado literal definido en términos de reglas y convenciones son tesis cuestionadas desde diversas teorías del significado que determinadas concepciones de lo jurídico asumen.

Ciertas teorías del significado —básicamente, las concepciones referencialistas, que entienden que el significado de las palabras se obtiene de su relación con realidad entablada a través de la referencia[17], y las corrientes verificacionistas[18], que consideran que el significado de una proposición deriva del método para su verificación— sostienen, incurriendo en la denominada «falacia descriptivista», que el único lenguaje plenamente significativo es el lenguaje descriptivo[19]. Los lenguajes de carácter prescriptivo, como el lenguaje jurídico, o bien carecen de significado —y son considerados pseudo-lenguajes—, o bien poseen tan solo un significado en sentido débil, esto es, un significado emotivo. Estas construcciones reduccionistas cuestionan radicalmente la capacidad efectiva que los lenguajes normativos muestran para transmitir significados lo suficientemente «objetivos» como para condicionar los comportamientos humanos[20].

Conviene advertir que algunas concepciones han tratado de aplicar las teorías referencialistas contemporáneas —la denominada teoría causal de la referencia o de la referencia directa de Putnam (1991: 131-194)— al ámbito de la interpretación jurídica, y han afirmado que, al menos algunos términos jurídicos, en tanto expresión de conceptos eminentemente morales, son «géneros o clases naturales» cuyo significado depende «de determinados rasgos del mundo», esto es, de la existencia

de una realidad moral. Esta es la posición que maneja Moore (1981: 151-294 y 1985: 277-398)[21], quien ha ido evolucionado —como se pone de manifiesto en el trabajo «Semántica, metafísica y objetividad en el Derecho» incluido en el volumen aquí comentado— hacia un realismo semántico cada vez más robusto dependiente de un realismo moral muy potente que, para Sucar y Cerdio, «no resulta nada obvio aceptar» (Sucar y Cerdio, 2017: 209). Pues bien, en este trabajo Moore realiza importantes críticas a la semántica convencionalista, críticas de las que, en todo caso, podría escapar la concepción que aquí se maneja, dado que no aspira a una objetividad fuerte sino tan solo, como enseguida se explicará con más detalle, a una objetividad débil.

Por otro lado, lo que podría denominarse semántica mentalista o ideacional identifica el significado de una expresión «con la idea o concepto asociados con ella en la mente de quien la conozca» (Lyons, 1991: 38 y 39)[22]. Al concebir los significados como entidades mentales epistémicamente privadas, esta concepción encuentra también problemas evidentes para dar cuenta de la dimensión intersubjetiva de los procesos de comunicación lingüística, pues no puede explicar cómo es posible que distintos hablantes hagan las mismas asociaciones entre palabras e ideas (García-Carpintero, 1996: 384 y 385; Frápoli y Romero, 1998: 76 y Acero, 1998: 14). El argumento de Wittgenstein (1988: parágrafos 243-315) contra los lenguajes privados constituye una crítica devastadora a este tipo de concepciones

Finalmente, cabe mencionar un tercer grupo de teorías que sostienen que el significado que realmente cuenta a los efectos de la comunicación debe construirse atendiendo a la «finalidad, intención, creencia o expectativa del emitente y/o de los usuarios de un mensaje» y no a la literalidad del mensaje mismo, defendiendo, así, la prioridad de otras versiones del significado sobre el significado literal (Luzzati, 1990: 40).

Entre las doctrinas que conceden primacía al «significado del autor» se encuentra la construcción pragmática de Grice, que reduce el significado de una expresión al contenido de la intención comunicativa del emitente (Valdés Villanueva, 1998: 124). Grice recurre a las intenciones del hablante para explicar lo que este quiere decir en una ocasión determinada para explicar, después, sobre esta base, tanto el significado permanente de las expresiones cuanto su significado aplicado en las situaciones particulares de uso (Hierro, 1994: 341)[23]. La objeción recurrente que suele formularse a la concepción de Grice consiste en señalar que no consigue diferenciar lo que el hablante quiere decir y lo que realmente —o, como veremos, convencionalmente— dice a través de sus palabras (Searle, 1998: 431-438). Cabe, en cualquier caso, apuntar que Grice, (1998: 481-509) fue modificando progresivamente su teoría del significado hasta conceder algún papel a las convenciones

Otros autores, entre los que destaca Fuller, consideran que el criterio central al que hay que atender para adjudicar significado a los enunciados jurídicos radica no en su literalidad, sino en su finalidad o propósito (Fuller, 1948: 630-672). La teoría de la interpretación de Fuller adolece de una gran ambigüedad, pues no queda claro si los propósitos relevantes en sede interpretativa son «los del legislador», «los de las partes interesadas» o «los efectos sociales» ocasionados por la aplicación de la norma (Luzzati, 1990: 117 y 178) y, a pesar de atacar frontalmente a esta noción, su visión necesariamente presupone la posibilidad de asignar un significado literal a los enunciados jurídicos (Marmor, 2001: 177 y ss.; y Schauer, 2004: 119 y ss.)

A título de ejemplo de teoría que pone el acento en el destinatario, cabe mencionar la teoría del «interpretativismo radical» de Davidson, que hace depender el significado de un enunciado de la coherencia del esquema conceptual de creencias del receptor de los enunciados lingüísticos (Davidson, 1990)[24]. Este planteamiento, que en opinión de algunos autores estaría detrás de la teoría de la interpretación jurídica de Dworkin, implica el manejo de una concepción excesivamente indivi-

dualista de la tarea interpretativa susceptible de desembocar en el solipsismo (Habermas, 2002: 276 y Patterson, 1996: 82 y 98).

Finalmente, es preciso aludir a las teorías escépticas, que afirman que el sentido de los enunciados jurídicos depende en exclusiva de la voluntad, comportamiento y/o de la ideología de los intérpretes. Entre las aplicaciones más extremas del escepticismo interpretativo al ámbito jurídico suele descartarse el planteamiento de los representantes de los *Critical Legal Studies* —considerados los herederos «radicales» del realismo jurídico americano[25]—. Algunos de estos autores (Boyle, 1985; Tushnet, 1983; y Yablon, 1986-87) basan su posición en la lectura que Kripke propone de la paradoja del seguimiento de reglas planteada por Wittgenstein en sus *Investigaciones Filosóficas*, que se resume en la tesis de la «indeterminación radical» de las reglas, esto es, en la afirmación de que «cualquier comportamiento puede ser reconstruido, de acuerdo con una cierta interpretación, como una acción conforme o contraria a la regla» (Kripke, 1982: 55). Los problemas que, desde la óptica de la viabilidad de la comunicación lingüística, plantea el escepticismo semántico son más que evidentes.

Frente a estas teorías, cabe afirmar que solo desde la asignación al significado literal de un papel teórico relevante y desde la defensa de su prioridad lógica sobre otros significados contextuales —tomando como base lo que Schauer (2004:116) ha denominado la autonomía semántica del lenguaje, esto es, «la aptitud que poseen los símbolos, (palabras, frases, oraciones, párrafos) para portar significados independientes de los propósitos comunicativos que persigan los usuarios en ocasiones particulares»— es posible explicar el éxito general que consigue alcanzar el lenguaje en la realización de su función comunicativa, de la que depende, en un sentido esencial, la capacidad del Derecho para regular eficazmente las conductas humanas en sociedad.

A mi modo de ver, el significado literal debe entenderse como el sentido que ineludiblemente posee cualquier enunciado inteligible para los hablantes competentes en un determinado lenguaje en virtud de reglas semánticas y sintácticas que se decantan a partir de la existencia de usos y convenciones sobre el modo de empleo de las expresiones en una determinada comunidad lingüística (Schauer, 2004: 116; y Platss, 1992: 14). Esta visión del lenguaje implica sostener que lo que las palabras —también las palabras jurídicas— significan depende de una práctica social, del comportamiento regular de los miembros de una determinada comunidad lingüística, pero no de la actuación de un solo individuo en una particular situación comunicativa (Dummet, 1996: 473; y Fenichel Pitkin, 1984: 285). A mi juicio, esta idea puede fundamentarse en una adecuada interpretación de la filosofía del lenguaje del segundo Wittgenstein y, en concreto, de una correcta interpretación de su apelación a los usos del lenguaje y de una lectura no escéptica de la paradoja del seguimiento de reglas[26].

De este modo, el significado literal opera como un parámetro *a priori* para enjuiciar la corrección de las actuaciones lingüísticas particulares.

Pues bien, a partir de estas reflexiones, el significado literal desempeña dos funciones básicas en la interpretación jurídica, que constituyen su punto de partida ineludible y su límite infranqueable.

La primera deriva de la existencia de una conexión intrínseca entre un enunciado y su significado literal en virtud de la cual el significado literal forma parte del propio enunciado, de manera que reconocer un enunciado, también un enunciado jurídico, implica ya entender su significado literal (Diciotti, 1999: 343 y 344). De este modo, la corrección semántica y gramatical de cualquier enunciado, también de un enunciado jurídico, y lo que lo diferencia de una sucesión casual de palabras, implica la posibilidad de asignarle un significado literal (De Asís, 2005: 78 y 79). Y, en la medida en que el significado literal depende exclusivamente de las reglas del lenguaje, preexiste a cualquier operación interpretativa y es susceptible de ser descubierto por los intérpretes que conocen, manejan

y comparten tales reglas. Desde estas premisas, el significado literal puede ser contemplado como el significado propio o intrínseco de los enunciados jurídicos (Diciotti, 1999: 702).

En todo caso, esta consideración no implica incurrir en el textualismo al que hace referencia Marmor (2017: 702) en el trabajo que aporta al volumen aquí comentado, dado que no se pretende sostener «que el Derecho puede entenderse simplemente conociendo el contenido literal o lexicográfico (y, probablemente, sintáctico) de las palabras y oraciones en cuestión». Lo que implica es afirmar que la interpretación jurídica siempre arranca y toma como base el significado literal a partir del cual pueden desarrollarse las operaciones contempladas en el resto de los criterios interpretativos (que suponen prestar la atención a factores contextuales)[27]. Ahora bien, la interpretación jurídica no siempre se detiene en la dimensión literal, hecho que tan solo sucede en los casos tratados como «fáciles». En estos supuestos, la dimensión literal opera como fuente directa o guía de la decisión interpretativa que determina en un sentido positivo su resultado. Su consideración como casos rutinarios está relacionada con el hecho de que la aplicación del criterio literal se reduce, normalmente, a un acto inmediato e irreflexivo. En este sentido, el significado literal puede entenderse también como el significado obvio, llano u ordinario de las palabras o enunciados (MacCormick, 1978: 208), un significado sobre el que los intérpretes concuerdan y cuya atribución no es necesario justificar[28].

Sin embargo, en algunos supuestos el significado literal puede ser insuficiente, ya que, como acertadamente señala Moore (2017), las propias reglas del lenguaje y las convenciones lingüísticas pueden ser indeterminadas. En otros supuestos, incluso cuando tales reglas y convenciones son suficientemente determinadas, el significado literal puede ser considerado insatisfactorio por el intérprete y puede ser dejado de lado al considerar inaceptables las consecuencias que su aplicación conlleva y/o al estimar preferibles otros significados menos obvios por diferentes razones. Esta posibilidad es, como antes se dijo, la que colapsa la distinción entre enunciados/casos claros y oscuros entendida como una oposición objetiva y tajante. Ahora bien, ni el significado literal de un enunciado jurídico puede ser radicalmente indeterminado, lo que haría inviable la comunicación[29], ni los intérpretes —apelando a factores contextuales que, como antes se dijo, suponen dar entrada a otros criterios de interpretación más allá del literal— pueden asignar a un enunciado jurídico un significado totalmente enfrentado con su significado literal (MacCormick, 1978: 204 y ss.; y Diciotti, 1999: 484).

En la Introducción al volumen aquí comentado, Sucar y Cerdio señalan —a mi modo de ver, en un sentido próximo a la versión de la concepción intermedia de la interpretación que aquí se maneja— que «por mucho que los enunciados interpretativos (acerca de las formulaciones normativas) no posean siempre condiciones de verdad definidas y por más que los métodos o procedimientos de asignación de significado a los que a veces es necesario recurrir para interpretar los textos legales sean múltiples y, muchos de ellos, de naturaleza argumentativa, nada de todo ello implica que la atribución de significado a un texto legal pueda ser aceptable bajo cualquier condición […] Los conceptos en que se hayan formulados los textos legales, por lo demás, poseen un significado relativo general que no puede ser anulado sin arbitrariedad» (Sucar y Cerdio, 2017: 282)[30]. Pues bien, a mi entender, este significado coincide con el sentido literal cuyo respeto se erige en condición de admisibilidad de las opciones interpretativas.

El carácter —solo— relativamente indeterminado del significado literal y la imposibilidad de atribuir a un precepto jurídico un significado radicalmente enfrentado con su literalidad se justifican en la consideración, asumida incluso por autores como Guastini, de que todo texto jurídico admite siempre «una pluralidad indeterminada de interpretaciones, pero ningún texto admite cualquier interpretación» (Guastini, ^{2}1992: 145).

Este es el sentido en el que el significado literal se presenta como límite las operaciones interpretativas admisibles. Vistas así las cosas, el significado literal proporciona no ya una información positiva, sino negativa, pues manifiesta no lo que el enunciado significa, sino más bien lo que no puede significar. La determinación de los enunciados jurídicos se configura, por tanto, como una determinación mínima, que se define básicamente en negativo, esto es, a partir de lo que no puede significar un precepto (De Asís, 2004: 299).

De estas consideraciones se deriva una respuesta en relación con el problema de la verdad y de la validez de la interpretación jurídica. En efecto, la concepción interpretativa que aquí se maneja no es capaz de establecer el significado verdadero o el único significado válido de un enunciado jurídico, pero sí de descartar ciertos significados. Desde esta visión, es la contradicción de una opción interpretativa —o, si se quiere, de un enunciado interpretativo[31]— con el significado literal de un enunciado jurídico la única cuestión que, en el terreno de la interpretación, puede ser conocida en todos los supuestos de un modo objetivo a través de averiguaciones empíricas o de hecho y, por tanto, el único aspecto que es susceptible de ser evaluado en términos de verdad. Asumiendo estas premisas, en el plano de análisis que los profesores Sucar y Cerdio denominan teórico o descriptivo —y que diferencian, con razón, del plano prescriptivo o normativo—, la validez de la interpretación depende de que respete el significado literal de los enunciados jurídicos objeto de interpretación y de los enunciados jurídicos superiores.

Importa aclarar que en las coordenadas de la concepción de la interpretación aquí esbozada la —relativa— determinación de los enunciados jurídicos no se hace depender de parámetros o de exigencias moralmente justificadas que el intérprete pueda encontrar más allá de los límites Derecho[32], sino del propio lenguaje jurídico, que no puede considerarse absolutamente indeterminado. Así, esta concepción se mantiene en la órbita del positivismo jurídico, dado que no obliga a realizar una indagación valorativa o evaluativa y no se compromete con ninguna suerte de objetivismo moral más o menos potente[33], pero sí con un objetivismo semántico modesto o moderado asociado a la comprensión del lenguaje como práctica social.

Asimismo, conviene insistir en que, desde la visión aquí defendida, el significado literal es un límite que siempre condiciona toda interpretación, pero que no convierte a esta operación en una tarea meramente cognoscitiva, ya que los intérpretes pueden escoger discrecionalmente entre el marco de opciones interpretativas que respetan el sentido literal de un enunciado jurídico.

Pues bien, aunque todas estas alternativas deben ser consideradas igualmente válidas en línea de principio —convirtiéndose en válida la que elija el órgano competente —, no todas ellas tienen por qué considerarse igualmente correctas (entendiendo por corrección la corrección moral, y no la corrección jurídica que, en mi planteamiento, se identifica con la validez y viene determinada por el respeto al significado literal). En mi opinión, la elección entre las interpretaciones posibles —aunque se revista del recurso a técnicas jurídicas de interpretación— se basa en última instancia en consideraciones morales y políticas que, desde los presupuestos positivistas, deben reputarse extrajurídicas[34]. Ahora bien, dicha elección no tiene por qué entenderse como un acto «sobre el que la razón no tiene ya ninguna capacidad control»[35]. Así, y en la línea de lo que señalan Sucar y Cerdio en relación con el razonamiento judicial, considero que, si bien la corrección político-moral de la interpretación no puede ser evaluada en términos de verdad/falsedad, la asunción de un planteamiento positivista no supone necesariamente negar que pueda ser objeto de un análisis racional. Eso sí, sobre la posibilidad de este análisis y sobre su contenido —cuestión que concierne a la teoría de la justicia— el positivismo, como de nuevo advierten estos autores, nada puede decir sin transgredir sus límites (Sucar y Cerdio, 2017: 255).

Trasladando la reflexión a este otro plano, me parece posible plantear ciertos criterios o parámetros orientados a determinar la corrección de las decisiones interpretativas, lo que —ahora sí— supondría un compromiso con un objetivismo moral más o menos potente. A mi modo de ver, en la formulación de estos criterios es donde las teorías coherentistas y procedimentales analizadas críticamente por Sucar y Cerdio (2017: 74 y ss.) —entendidas como no como teorías de la verdad, sino como teorías de la corrección normativa (Sucar y Cerdio, 2017: 83 y 106)— encontrarían su enclave más adecuado. Es más: a mi juicio, la solución del problema de la corrección de la interpretación jurídica pasaría por desarrollar una teoría mixta que combinase las aportaciones de ambas aproximaciones y, por ende, que hiciese depender esta corrección tanto de criterios sustantivos relacionados con el contenido de la decisión interpretativa como de parámetros procedimentales vinculados con la forma de su justificación. En todo caso, considero que la solución a la cuestión de la corrección no puede ser una solución total o absoluta, sino tan solo relativa, en el sentido de que una teoría plausible de la corrección de la interpretación no permitiría encontrar en todos los casos la única interpretación correcta, pero sí señalar la corrección o incorrección de algunas interpretaciones y considerar que unas son más correctas que otras.

5. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LA CONCEPCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN EN LOS PROBLEMAS DE LA VERDAD *EN* EL DERECHO Y *SOBRE* EL DERECHO

A mi modo de ver, la interpretación de los enunciados jurídicos es una tarea que atañe a todo aquel que se relaciona con el Derecho, pero que, en todo caso, constituye una de las principales operaciones implicadas en las funciones que desempeñan tanto los jueces como la ciencia jurídica. De este modo, la concepción de la interpretación jurídica expuesta en el anterior apartado afecta a la comprensión de la naturaleza de estas funciones y a su eventual relación con la verdad. En otros términos: la cuestión (o, si se quiere, el subproblema) de la verdad de la interpretación se proyecta tanto en el problema de la verdad *en* el Derecho como en el problema de la verdad *sobre* el Derecho.

En la aproximación de Sucar y Cerdio, la interpretación de las formulaciones normativas se entiende, con razón, como una parte de la tarea de identificación del Derecho planteada como una labor previa a su aplicación a los casos concretos por parte de los jueces y a su sistematización por parte de la ciencia jurídica. Como señalan ambos autores, esta tarea de identificación del Derecho comporta, a su vez, dos actividades: la individualización de las fuentes de producción válidas de Derecho (o, si se quiere, la determinación de las formulaciones normativas)[36] y la atribución de significado a tales formulaciones (Sucar y Cerdio, 2017: 268 y 269).

En el caso de la aplicación judicial, esta tarea de identificación del Derecho tiene que ver con la determinación de la *quaestio iuris*[37]. Pues bien, en este punto conviene tener presente que de la concepción de la interpretación anteriormente expuesta se deriva que el significado atribuido a una formulación normativa es el resultado de una decisión judicial y no de un proceso meramente cognoscitivo del Derecho (Mazzarese, 2012: 65-91)[38]. Pero es que, además, como también señala Mazzarese, no solo la elección de la interpretación, sino también la propia elección de la formulación normativa (interpretada de ese modo), son el producto de una decisión y no de un proceso puramente cognoscitivo. Ahora bien, de la teoría interpretativa manejada en este trabajo —una concepción intermedia y no absolutamente escéptica— también se desprende que tales decisiones

no pueden entenderse como absolutamente libres, en la medida en que su validez depende de la no transgresión del sentido literal de las formulaciones normativas.

Así, me parece posible afirmar que las premisas normativas de la *quaestio iuris* son reconstruidas —aunque no inventadas— por el juez, que selecciona discrecionalmente las formulaciones normativas relevantes y escoge, también de manera discrecional, entre el marco de significados que cabe atribuir a tales disposiciones. En este sentido, la decisión judicial solo puede entenderse como una conclusión lógica del Derecho aplicable, admitiendo que la determinación de ese Derecho es el resultado de una decisión interpretativa del propio juez y, por tanto, que esa conclusión no es, en realidad, la única posible[39]. En este sentido, el esquema silogístico sigue teniendo un valor, tal y como afirman Sucar y Cerdio (2017: 306 y 307), como reconstrucción teórica del razonamiento justificatorio de los órganos judiciales y lo mismo sucede con el papel de la lógica en el tramo final de ese razonamiento, siempre y cuando tengamos en cuenta que los problemas con los que se encuentran los jueces a la hora de aplicar el Derecho son más de determinación de premisas que de derivación de consecuencias. Este trabajo se ha ocupado, precisamente, de los problemas interpretativos relacionados con la determinación de las premisas que integran la *quaestio iuris*.

En definitiva, la discrecionalidad —limitada— de la que goza el juez a la hora de interpretar las formulaciones normativas es, a mi modo de ver, una de las razones —a las que cabría añadir la existencia de márgenes de libertad en la propia selección de las formulaciones normativas, como ya se dijo, pero también en la determinación de los hechos o en la *quaestio facti*, y en la operación de calificación o subsunción[40]— por las cuales el conocimiento de la verdad en el Derecho solo puede ser relativo. Desde esta posición, la idea de que es posible alcanzar —y de que, de hecho, en el proceso judicial se alcanza— un conocimiento absoluto de la verdad operaría como una ficción (Barranco, 2006)[41].

Coincido, en todo caso, con Sucar y Cerdio (2017: 148) cuando señalan que «el que los jueces de hecho fabriquen (incluso muy a menudo) los hechos y las normas que han de aplicar a estos últimos, no constituye en absoluto un argumento válido de que no sea posible justificar racionalmente la interpretación y elección de las normas aplicables como la determinación judicial de los hechos y la operación de calificación»[42]. Lo que me parece es que esa justificación racional, al menos en lo que respecta a las operaciones interpretativas —pero creo que también en el resto de las operaciones que lleva al cabo el juez en el proceso de aplicación judicial del Derecho—, solo en parte tendrá como fundamento enunciados descriptivos comprobablemente verdaderos. Dicho de otro modo: la adecuación material de las premisas del razonamiento judicial con el Derecho se resuelve en términos descriptivos en la no contradicción del significado asignado a las formulaciones normativas con su sentido literal. Más allá de este parámetro, las opciones interpretativas que tales premisas plasman son imputables a la subjetividad o creatividad del intérprete, no son susceptibles de verdad y su eventual justificación racional —ya no descriptiva, sino normativa— requiere desarrollar una teoría de la argumentación judicial —en aplicación de la teoría de la corrección a la que antes me referí— capaz de compensar el déficit de justificación de tales opciones a la luz de parámetros descriptivos.

La concepción de la interpretación jurídica presentada en los anteriores apartados también incide en la comprensión de la tarea de sistematización que desempeña la ciencia jurídica, que exige también, como paso previo y según ya se señaló, la identificación del Derecho o, para ser más exactos, la identificación de las normas jurídicas formuladas[43] que integran la base axiomática a partir de la cual desplegar la actividad de axiomatización o derivación de todas consecuencias lógicas (que se consideran normas derivadas).

En lo que atañe a la ciencia jurídica, esta concepción supone, de nuevo, la imposibilidad de hablar de enunciados interpretativos verdaderos, circunstancia que irradia, a mi modo de ver, tanto

en el estatus de los enunciados de individualización del material jurídico como en el estatus de los enunciados de pertenencia —dado que ambos son, de alguna manera, dependientes de enunciados interpretativos— y, por ello, afecta a la naturaleza de los enunciados de la ciencia del Derecho, cuya verdad depende de la verdad de todos los anteriores[44]. No obstante, dicha teoría sí implica la posibilidad de evaluar objetivamente si tales enunciados respetan el significado literal de las formulaciones normativas. En otras palabras, al igual que sucede con el conocimiento de la verdad *en* el Derecho, el conocimiento de la verdad *sobre* el Derecho solo puede ser relativo.

De las diversas implicaciones que se derivan de esta toma de postura, me interesa hacer hincapié en su potencialidad para cuestionar el carácter empírico —afirmado en un primer momento por Alchourrón y Bulygin (1988: 112)— de la tarea de identificación de las normas que integran la base axiomática del sistema, lo que exigiría afirmar que las formulaciones de normas poseen siempre un significado unívoco[45]. Es más, la caracterización de la interpretación jurídica como una tarea siempre en algún sentido discrecional revela que las normas jurídicas derivadas no pueden ser consideradas consecuencias lógicas necesarias, dado que su derivación requiere siempre de la previa interpretación de las formulaciones normativas y ello supone, en todos los casos, en alguna medida —y no solo en «situaciones relativamente raras», como afirma Bulygin (1991: 470 y 471)—, una «asignación» discrecional de significado por parte del científico. De este modo, desde la visión de la interpretación que aquí se defiende, en todos los supuestos sería posible reconstruir más de un sistema deductivo[46]. Ahora bien, de nuevo, aunque es posible «deducir» a partir de un mismo conjunto de formulaciones normativas varios sistemas «alternativos» de normas, no es posible obtener cualquier sistema, dado que quedan excluidos aquellos enfrentados con el significado literal de las formulaciones normativas.

A mi juicio, una vez más, el carácter relativo de la verdad sobre el Derecho —relacionado no solo con el subproblema de la verdad interpretación de las formulaciones normativas, sino también, por ejemplo, con el cuestionamiento del carácter necesario y apriorístico de las reglas de inferencia (Rodríguez, 2002: 274; y Caracciolo, 1994: 54)— pondrían de relieve los límites que encuentra la lógica y, por tanto, el modelo deductivista también a la hora de dar cuenta de la labor de la ciencia del Derecho.

NOTAS

1. El 6 abril de 2017 tuve la oportunidad de participar en la jornada celebrada con ocasión de la publicación de esta obra en la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a la Cátedra de Estudios Jurídicos Iberoamericanos y, en especial, al profesor Rafael de Asís, su invitación, y a los profesores Germán Sucar, Jorge Cerdio, y Juan Carlos Bayón, que también participó en la mesa sobre *Derecho y Verdad: debates contemporáneos*, la interesante discusión mantenida.

2. Los profesores Sucar y Cerdio (2017: 35) señalan que este problema es «relativo a si en el ámbito institucional de aplicación del Derecho, paradigmáticamente en los procesos jurisdiccionales, la búsqueda de la verdad es (o no) uno de sus objetivos centrales y, en su caso, a cómo ha de ser reconstruida la noción de conocimiento y su relación con la noción de verdad, ya sea respecto de los hechos o del derecho aplicable». Conviene insistir en que en este trabajo nos ocuparemos únicamente de la interpretación del Derecho aplicable y no de los hechos.

3. De nuevo, según Sucar y Cerdio (2017: 35) este problema «se vincula con el estatus de los enunciados de la ciencia jurídica. y de la teoría general del Derecho y, en particular, con la posibilidad de atribuirles valores de verdad».

4. A mi modo de ver, el vol. IV. de la obra *Derecho y Verdad* no presta al problema de la interpretación de las formulaciones normativas —a diferencia de lo que ocurre con otras cuestiones abordadas de manera mucho más exhaustiva— una atención proporcionada a la importancia central que reviste y a su polémica comprensión. Ciertamente, en la Introducción a este volumen los profesores Sucar y Cerdio mencionan el problema en diversas ocasiones y se muestran partidarios de una determinada solución, pero no entran a fondo en su análisis y justificación. Así, cuando

abordan el problema de la verdad en el Derecho se centran en el problema de la determinación de los hechos (y no del Derecho), remitiendo la cuestión de la interpretación al estudio del problema de la verdad sobre el Derecho. Pero tampoco en esa sección, y a pesar de que en la versión final de la Introducción sí se pronuncian expresamente a favor de una determinada concepción de esta tarea —toma de postura que, en todo caso, se vislumbra en otras reflexiones que vierten en su trabajo—, se detienen en su justificación y en el estudio de sus implicaciones. De las contribuciones de otros autores incluidas en el volumen, tan solo Chiassoni (2017) dedica expresamente su trabajo a la cuestión de la interpretación, si bien con unos objetivos diversos a los que me he planteado aquí. En todo caso, en algunas aportaciones que no tratan específicamente este tema se encuentran algunas tomas de posición que pueden ser relevantes en relación con el problema de la interpretación.

5. No estoy segura de si la idea de sistema que ambos autores manejan coincide exactamente con la que asumo en mi aproximación al fenómeno interpretativo. A mi modo de ver, entender el Derecho como sistema implica predicar del mismo las notas de la unidad —que supone, en todo caso, la posibilidad de plantear criterios de validez o pertenencia—, la coherencia y la plenitud no como rasgos reales, sino como ideales regulativos. En este sentido, la idea de sistema que manejo respondería a un uso teórico general o iusfilosófico en el que la idea de sistema se presenta como una herramienta destinada a representar la función de identificación de las normas y que, básicamente, sirve para exponer los condicionamientos que operan en el proceso dinámico de creación, aplicación e interpretación normativa. Una noción diversa —aunque podría ser complementaria al anterior— es la asumida por Alchourrón y Bulygin (1987), que definen el sistema como un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias lógicas, noción de la que parten Sucar y Cerdio en su análisis sobre los problemas de la verdad sobre el Derecho. Esta noción responde un uso dogmático en el que la idea de sistema se presenta como una herramienta para dar cuenta de la tarea de sistematización que desarrolla la ciencia del Derecho y se plantea en el plano estático de análisis del fenómeno jurídico. Sobre estos usos de la idea de sistema, *vid.* García Amado (1985).

6. Así, a mi modo de ver, la definición del Derecho como una técnica de control social supone afirmar que el Derecho «debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él», esto es, significa sostener que «tiene que ser capaz de guiar el comportamiento» (Raz, 1982: 267). Por cierto, este requisito no lo cumpliría el modelo jurisdiccional de libre decisión propio del Estado ideal de Platón que describe Kelsen (1993: 259 y ss.) y al que se refieren también Sucar y Cerdio (2017: 250 y ss.). Este modelo coincidiría también con el sistema de discreción absoluta al que alude Raz, (1991: 158 y ss.).

7. En efecto, es difícil manejar una concepción sistemática del Derecho y una idea del mismo como técnica de control social sosteniendo una posición totalmente escéptica sobre el significado de los enunciados normativos (De Asís, 2005: 97). Me he ocupado de exponer con detalle la incoherencia de estas posiciones en Cuenca (2008: 367 y ss.).

8. El rechazo de esta concepción se deriva de la necesaria vinculación, por razones (de nuevo) relacionadas con la viabilidad de su función de guía de conducta, del Derecho con el lenguaje natural y de los problemas de indeterminación que este presenta. *Vid.* entre otros, Carrió (1990). En concreto, sobre el problema de la vaguedad puede consultarse el trabajo de Endicott (2007).

9. Y ello pese a que en su descripción del planteamiento positivista incluyen —siguiendo a Hart— entre sus tesis básicas la de los límites o de la discrecionalidad (relativa): Sucar y Cerdio (2017: 13). A mi juicio, a diferencia de la tesis de las fuentes o de la neutralidad, esta tesis no se plantea en el plano metodológico sino en el teórico y, por tanto, no es definitoria de todo planteamiento positivista, sino tan solo del positivismo normativista y sistemático.

10. La versión más extendida de esta teoría intermedia de la interpretación es la representada por el positivismo hartiano. Como es sabido, en la aproximación de Hart la consideración de que los enunciados jurídicos son —solo— parcialmente determinados se conecta con el fenómeno de la textura abierta del lenguaje jurídico. A partir de este rasgo, la concepción intermedia de la interpretación jurídica se sustenta en tres dicotomías estrechamente relacionadas: la dualidad núcleo de certeza/zona de penumbra, la oposición casos claros/casos oscuros y la distinción entre comprensión e interpretación. *Vid.* Hart (1998: 155 y ss.).

11. Así, para algunos planteamientos, en estos supuestos no habría auténtica interpretación, sino comprensión del significado del enunciado jurídico; manejan, por tanto, un concepto estricto de interpretación según el cual esta tarea solo sería necesaria en los casos en los que se plantean dudas. *Vid.* sobre la conocida distinción entre un concepto amplio y un concepto estricto de interpretación, Wróblewsky (1985*b*: 21 y 22). Esta diferencia entre comprensión e interpretación ha sido fundamentada por algunos seguidores del positivismo hartiano —Schauer (2004: 124-132); y Bix (1993: 38-41)— en la filosofía del segundo Wittgenstein (1988).

12. Aunque aclara que esta «nunca fue su posición», el propio Hart considera que posiblemente se trata de un «aspecto confuso y simplificador» de su teoría que se presta a ser interpretado «como si […] pensara que los jueces, cuando alcanzan un punto en el cual la existencia de reglas establecidas falla a la hora de determinar una decisión […] simplemente dejan a un lado sus libros de Derecho y comenzaran a legislar *ex novo* para el caso que tienen entre manos sin más referencia al Derecho» (Hart, 1983: 6 y 7).

13. Para una exposición más detallada de esta visión, *vid*. Cuenca (2008: 408 y ss.).

14. Cabe señalar que la concepción de la interpretación jurídica que maneja Schmill (2017: 1054) en su trabajo incluido en la obra *Derecho y verdad* parece basarse en la visión kelseniana de la interpretación. También Guastini (2017) menciona brevemente la aproximación de Kelsen. En todo caso, ninguno de estos trabajos se centra en concreto en el análisis de la interpretación como atribución de significado a los textos o enunciados jurídicos, sino en el estatus de las construcciones dogmáticas.

15. Como es sabido, en la visión de Kelsen la elección entre los significados posibles tan solo procede cuando se trata de la interpretación que califica de «auténtica» —la que llevan a cabo los órganos jurídicos de aplicación—, estando vetada en el caso de la ciencia del Derecho que debe limitarse a la «determinación cognoscitiva del sentido de las normas» (Kelsen, [7]1997: 356).

16. A mi modo de ver, esta es también la posición que maneja Kelsen. En efecto —y contra lo que sostiene Bulygin, (1995: 11-35) y lo que parecen afirmar también Sucar y Cerdio—, creo que Kelsen no maneja un escepticismo radical en el terreno interpretativo, sino un escepticismo tan solo moderado, lo que permite adscribir su posición a la familia de la teoría intermedia. Ahora bien, para Kelsen, cuando se trata de decisiones jurídicas definitivas siempre es posible que se produzcan «actos de creación por invención», desde el momento en que las autoridades jurídicas pueden crear normas válidas que caigan fuera del marco de significados posibles de la norma superior (Dicciotti, 1995: 65). En este sentido, es cierto que Kelsen dota a las decisiones definitivas que gozan del efecto de cosa juzgada de un carácter constitutivo, configurándose como totalmente libres en la determinación del Derecho (y de los hechos) (Sucar y Cerdio, 2017: 223). Como es sabido, para explicar la tesis de la constitutividad Kelsen recurre a la desastrosa doctrina de la claúsula alternativa tácita. Pero esta doctrina no es una teoría acerca de la interpretación de los enunciados jurídicos (ni de la determinación de los hechos), sino una doctrina imprescindible desde el escepticismo moderado kelseniano para dar cuenta de la validez de las decisiones que vulneran el marco interpretativo de la norma superior (Luzzati, 1995: 98). Se trata más bien, por tanto, de una doctrina acerca de las normas irregulares que, al igual que la ficción de la norma fundamental, trata de enmascarar la incidencia de la eficacia, de la facticidad, en la determinación de la validez jurídica.

17. Como antecedente de estas concepciones, puede mencionarse a Mill (1917) y como su principal representante a Frege ([2]1973: 17-47 y Frege, [2]1973: 49-84). Son también deudoras de esta aproximación la teoría del atomismo lógico de Russell (1986: 139-252), quien afirma que el significado de las palabras consiste en datos sensibles simples —hechos atómicos— de los que tenemos conocimiento directo, y la filosofía del lenguaje del primer Wittgenstein (1987), que contempla el lenguaje como una especie de «representación figurativa» de la realidad. *Vid.* sobre estas concepciones, Hierro (1994: Capítulo 6).

18. Los representantes más importantes de esta concepción son los integrantes del Círculo de Viena. *Vid.* sobre esta corriente, Ayer (1978: 9-33). Entre ellos se encuentran el propio Ayer y Carnap (1978: 66-87).

19. Sucar y Cerdio (2017: 73) consideran la teoría verificacionista del significado como una de las formas adoptadas por el dogma filósofico que, afirmando que el significado de las oraciones «es explicable en términos de sus condiciones de verdad», mantiene que aquellos enunciados «que carecen de valores veritativos carecen por completo de significado».

20. Entre otros autores, Scarpelli (1985: 135 y ss.) se ha ocupado de defender, frente a estas visiones reduccionistas, el carácter significativo del lenguaje prescriptivo en general, y del jurídico en particular.

21. *Vid.* las críticas a la teoría de Moore que realizan Moreso (1997: 188-194) y Marmor (2001: Capítulo V).

22. Entre los principales exponentes de esta concepción, dominante durante mucho tiempo en el ámbito de la semántica lingüística, cabe citar a Saussure (2002) y a Odgen y Richards (1984). Según Dascal y Wróblewsky (1988: 206 y 207), esta visión del lenguaje es la que recoge la idea de *claritas* manejada por la doctrina clásica de la interpretación.

23. En el ámbito jurídico, la importancia de las intenciones del autor en la asignación de significado ha sido defendida por la Escuela de la Exégesis y, más recientemente, en el campo específico de la interpretación constitucional por el originalismo.

24. *Vid.* las discusiones acerca de su teoría en Lepore (1986).

25. *Vid.*, sobre este movimiento, Pérez Lledó (1996).

26. En efecto, para Wittgenstein el significado de una palabra (o de un enunciado) no «es una función del modo en el que una unidad de lenguaje se usa en una ocasión particular por un hablante particular», sino «una función del modo en el que la comunidad de hablantes de la lengua la usa» (Schauer, 2004: 119-120). Asimismo, como apunta Villa (1997: 816-818), la paradoja del seguimiento de reglas —que ha sido reclutada, según antes se advirtió, tanto por la teoría escéptica para demostrar la total indeterminación de las reglas como por la versión estándar de la teoría intermedia para justificar la diferencia entre comprensión e interpretación— pretende, sobre todo, revelar la necesidad de ciertos hechos fundantes, de un *background* común, en definitiva, de un acuerdo básico en la forma de vida que posibilita el surgimiento de regularidades en el uso de las expresiones susceptibles de integrarse en reglas lingüísticas y que hace viable la comunicación.

27. En este sentido, el uso del criterio literal de interpretación no solo «es obligatorio en todos los casos», mientras que el empleo de los demás criterios de interpretación es meramente contingente, sino que, además, «ningún otro método es posible sin él» (Diciotti, 1999: 248).

28. En efecto, mientras que todos los intérpretes de una determinada comunidad lingüística conocen y emplean «irreflexivamente las reglas del lenguaje en el cual se formulan los enunciados jurídicos, cabe presumir que los factores o hechos sobre la base de los cuales es posible atribuir a un enunciado jurídico un significado diverso, como veremos solo parcialmente diverso, del significado literal no resultan inmediatamente evidentes, en muchos casos, al menos para algunos intérpretes». Por tanto, mientras que no es necesario probar que un determinado significado constituye el sentido literal de un enunciado ni justificar su atribución, generalmente sí es necesario probar que un cierto significado no literal puede ser atribuido a un enunciado jurídico sobre la base de determinadas circunstancias relevantes (Diciotti, 1999: 233 y ss.).

29. Las reglas del lenguaje son, dentro de ciertos límites, inciertas pero resulta obvio y hasta superfluo señalar que funcionan razonablemente bien, que «hacen posible la comunicación» y que «hacen que un texto sea un texto y que un enunciado sea un enunciado, en vez de un conjunto desordenado de sonidos o de signos gráficos» (Diciotti, 1999: 248 y 359)

30. Si bien estos autores realizan esta reflexión en relación con el problema de la calificación de los hechos en el proceso judicial, creo que esta consideración podría extenderse a cualquier operación interpretativa.

31. Enunciados que, según Sucar y Cerdio (2017: 531) tendrían la forma típica «"T" significa "S"» donde T designa el (fragmento de) texto interpretado y S el significado que se le atribuye.

32. Posición que, de nuevo, sería sustentada por autores como Dworkin.

33. En todo caso, como muy bien aclaran los profesores Sucar y Cerdio (2017: 14) el positivismo es compatible con la existencia de una moral objetiva, si bien obviamente no se compromete con esta tesis. En esta cuestión se incidirá después.

34. En la explicación que Sucar y Cerdio (2017: 13) ofrecen sobre la tesis de la discrecionalidad o de los límites aceptan también esta idea.

35. Esta sería la posición que, en palabras de Ruiz Manero (1990: 29 y 30), sostendría Kelsen, debido a la asunción del relativismo moral y la consecuente negación de la existencia de una moral objetiva.

36. Conviene tener presente que ambos autores, como antes advertí, usan el término «formulación normativa» en el mismo sentido en que en apartados anteriores yo he usado el término «enunciado jurídico». Asimismo, interesa señalar que, al menos en sus reflexiones sobre la verdad sobre el Derecho, usan el término «norma» para hacer referencia al significado de una formulación normativa.

37. Por su parte la *quaestio facti* tendría que ver con la determinación de los hechos. *Vid.* sobre estos dos conceptos y las discusiones en torno a su distinción, Sucar y Cerdio (2017: 222 y ss.).

38. Sucar y Cerdio (2017: 226) se refieren, creo que sin aceptarla plenamente, a la posición de Mazzarese.

39. Sucar y Cerdio (2017: 258 y 259) señalan que una decisión judicial puede considerarse «jurídicamente justificada cuando se deriva lógicamente de las normas que integran el sistema jurídico o son aplicables en él) y que han sido tomadas como premisas del razonamiento práctico». Esta afirmación, a mi modo de ver, solo puede considerarse cierta si se entiende por normas el significado de las formulaciones normativas y, por tanto, si se tiene en cuenta que antes de la derivación lógica concurre una actividad interpretativa que, según la concepción intermedia a la que afirman adherirse estos autores, sería en ocasiones discrecional, y que, según la concepción manejada en estas páginas, lo sería siempre en alguna medida.

40. En este sentido, y siguiendo a Wróblewsky (1989*b*: 21 y ss.), me parece posible diferenciar en el proceso de aplicación judicial del Derecho cinco decisiones: la decisión de relevancia o validez (que trata de determinar la validez del material normativo relevante aplicable al caso), la decisión de interpretación (que consiste en el establecimiento del significado de la norma aplicada), la decisión de evidencia (que supone la determinación de los hechos a través de la actividad probatoria), la decisión de integración (que consiste en la subsunción de los hechos fijados en la norma), y la decisión jurídica final (que supone la determinación de las consecuencias de la subsunción). Entiendo que la interpretación en sentido estricto cubriría la denominada decisión de interpretación, aunque tanto en la decisión de validez como en la decisión de evidencia —en tanto no solo los hechos deben ser interpretados, sino también las normas sobre la prueba— intervendría también la actividad interpretativa. En todo caso, al menos las cuatro primeras decisiones involucran, creo, la discrecionalidad del intérprete.

41. Aunque no puedo detenerme en la explicación de esta idea, considero que esta ficción supone, ciertamente, un enmascaramiento del poder (en el sentido de las ficciones teóricas de Ross a las que aluden también Sucar y Cerdio en su Introducción), pero que también se revela como una ficción útil, conveniente —e incluso necesaria— para que el Derecho pueda cumplir su función.

42. Mi visión supone entender que los jueces siempre «fabrican» las normas y los hechos, si bien no desde la nada o el vacío y sujetos siempre a ciertos límites.

43. En efecto, como apuntan Sucar y Cerdio (2017: 514), la selección de la base axiomática presupone que se ha dado respuesta tanto a la cuestión de las fuentes admitidas como válidas como a la cuestión de qué significado ha de atribuirse a las formulaciones lingüísticas que se consideran originadas en las fuentes admitidas como válidas. Por ello, «solo podrá realizarse la tarea de sistematización una vez que haya sido solucionado el problema de la identificación de las normas jurídicas de base (en el doble sentido señalado), cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para ello».

44. *Vid.*, de nuevo, la posición de Mazzarese (1991) acerca de la verdad de lo que ella denomina proposiciones normativas y que considera como enunciados cuyo valor semántico es una función de verdad de dos variables: el valor semántico de un enunciado interpretativo (del tipo «la formulación normativa FN expresa la norma N») y el valor semántico de un enunciado de validez (del tipo «FN pertenece a las fuentes del Derecho»). A su modo de ver, en tanto los enunciados de cuyo valor semántico depende el valor semántico de la proposición normativa no son susceptibles de verdad, los enunciados de la ciencia jurídica tampoco son susceptibles de condiciones de verdad. *Vid.*, sobre este planteamiento, Sucar y Cerdio (2017: 543 y 544).

45. Considera Bulygin (1991: 470) que la afirmación de que los problemas de identificación son problemas empíricos tal y como está formulada en *Normative Systems* es una exageración, pues tales problemas «no son puramente empíricos». Entre las razones que obligan a matizar la definición estrictamente empírica de la tarea de identificación se encuentran también los problemas que plantea la elección y la aplicación de los propios criterios de identificación de las formulaciones normativas.

46. A mi modo de ver, Sucar y Cerdio (2017: 543) sostendrían más bien que esto sucede tan solo en algunos casos. De cualquier forma, creo que tienen razón cuando señalan que la tarea de sistematización «es realizable y útil incluso si se sostiene que la derivación de la formulación normativa en cuestión a partir de una fuente del Derecho admitida como válida, así como la interpretación que se le asigna, son dudosas o incluso indecidibles».

BIBLIOGRAFÍA

ACERO FERNÁNDEZ, Juan José (1998): «Introducción: concepciones del lenguaje», en J. J. Acero (ed.), *Filosofía del Lenguaje I. Semántica*, Madrid: Trotta, 11-25.

ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio, BULYGIN (1987): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.

AYER, Alfred J. (1978): «Introducción» en A. J. Ayer (comp.), *El Positivismo lógico,* trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N., Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel, México: Fondo de Cultura Económica, 9-33.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (2004): *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid: Marcial Pons.

— (2006): «Sobre el "método jurídico tradicional" como ficción», en *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor M. G. Losano*, Madrid: Dykinson, 597-616.

BIX, Brian (1993): *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford: Clarendon Press.

BOBBIO, Norberto (1993): *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y A. Greppi, Madrid: Debate.

BOYLE, James (1985): «The Politics of Reason: Critical Legal Studies and Local Social Thought», *University of Pennsylvania Law Review*, 133, 685-780.

BULYGIN, Eugenio (1991): «Dogmática jurídica y sistematización del Derecho», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 465-484.

— (1995): «Cognition and Interpretation of Law», en L. Gianformaggio y S. L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín: Giappichelli, 11-35.

CARACCIOLO, Riccardo (1994): *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*, México: Fontamara.

CARNAP, Rudolf (1978): «Superación de la metafísica por medio del análisis lógico del Lenguaje», trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel, México: Fondo de Cultura Económica, 66-87.

CARRIÓ, Genaro (1990): *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abedelo-Perrot.

CUENCA GÓMEZ, Patricia (2008): *El sistema jurídico como un sistema normativo mixto,* Madrid: Dykinson.

CHIASSONI, Pierluigi (2017): «La interpretación jurídica sin verdad», en G. Sucar y J. Cerdio, *Derecho y verdad. Vol. IV. Problemas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 721-757.

DASCAL, Marcelo y Jerzy Wróblewsky (1988): «Transparency and doubt, understanding and interpretation in pragmatics and in Law», *Law and Philosophy*, 2 (7), 203-225.

DAVIDSON, Donald (1990): *De la verdad y de la interpretación*, trad. de G. Filippi, Barcelona: Gedisa.

De ASÍS ROIG, Rafael (2004): «La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete», en G. Peces-Barba Martínez, G. y M. A. Ramiro Avilés (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid: Marcia Pons, 2004, 285-302.

— (2004): «Los derechos y la argumentación judicial», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 10, 13-33.

— (2005): *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid: Dykinson.

DICIOTTI, Enrico (1995): «Operative Interpretation and Systemic Validity», en L. Gianformaggio y S. L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín: Giappichelli, 51-83.

— (1999): *Interpretazione della legge e discorso razionale,* Turín: Giappichelli.

DUMMET, Michael (1986): «A Nice Derangement of Epitaphs: Some Comments on Davidson and Hacking», en E. Lepore (ed.), *Truth and interpretation*, *Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson,* Basil Blackwell, 459-476.

DWORKIN, Ronald (1986): *Law´s Empire*, Oxford: Hart Publishing.

ENDICOTT, Timothy, A. O. (2007): *La vaguedad en el Derecho,* trad. de J. A. Real Alcalá, Madrid: Dykinson.

FENICHEL PITKIN, Hanna (1984): *Wittgenstein: el Lenguaje, la Política y la Justicia*, trad. de R. Montoro, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

FRÁPOLI, María Jósé y Esther ROMERO (1998): *Una aproximación a la filosofía del lenguaje*, Madrid: Síntesis.

FREGE, Gottlob ([2]1973): «Función y Concepto», en G. Frege, *Estudios sobre semántica*, trad. de U. Moulines, Barcelona: Ariel, 17-47.

— ([2]1973): «Sobre sentido y referencia», G. Frege, G., *Estudios sobre semántica*, trad. de U. Moulines, Barcelona: Ariel, 49-84.

FULLER, Lon (1948): «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, 71, 1948, 630-672.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1985): «Teorías del sistema jurídico y concepto de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo II, 297-316.

GARCÍA-CARPINTERO, Manuel (1996): *Las palabras, las ideas y las cosas*, Ariel: Barcelona.

GRICE, Paul H. (1991): «Las intenciones y el significado del hablante», trad. de J. J. Acero en L. M. Valdés Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado*, Madrid: Tecnos, 48-509.

GUASTINI, Riccardo ([2]1992): *Dalle fonti alle norme*, Turín: Giappichelli.

— ([3]2001): *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM: México.
— (2017): «Réplica al comentario crítico de Ulises Schmill a Juristenrecht», en G. Sucar y J. Cerdio (eds.), *Derecho y verdad. Vol. IV. Problemas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 1035-1039.
HABERMAS, Jürgen ([2]2002): *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
HART, Herbet L. A. (1993): «Introduction», en H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1-18.
— (1998): *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abedelo Perrot.
HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, José (1994): *Principios de Filosofía del lenguaje,* Madrid: Alianza.
KELSEN, Hans ([7]1993): *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, Buenos Aires: Porruá, 1993.
KRIPKE, Samuel A. (1982): *On rules and private Language*, Oxford: Basil Backwell.
LEPORE, Ernest (ed.) (1986): *Truth and interpretation*, *Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson,* Oxford: Basil Blackwell.
LUZZATI, Claudio (1990): *La vaghezza delle norme*, Milán: Giuffrè.
— (1995): «Kelsen *vs.* Bulygin on Legal Interpretation: how to not Read Kelsen through Hart's Eyes», en L. Gianformaggio y S. L. Paulson (eds.), 97-99.
LYONS, John (1991): *Lenguaje, significado y contexto*, trad. de S. Alcoba, Barcelona: Paidós.
McCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.
MARMOR, Andrei (2001): *Interpretación y teoría del derecho*, trad. de M. Mendoza, Barcelona: Gedisa.
— (2017), «La verdad en el Derecho», en G. Sucar y J. Cerdio (eds.), *Derecho y verdad. Vol. IV. Problemas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 683-718.
MAZZARESE, Tecla (2012): «Dudas epistemológicas acerca de las nociones de *quaestio facti* y *quaestio juris*», en T. Mazzarese, *Lógica, derecho, derechos*, México: Fontamara, 65-91.
MILL, John, S. (1917): *Sistema de lógica: inductiva y deductiva*, trad. de J. Ovejero y Maury, Madrid: Daniel Jorro,
MOORE, Michael (1981): «The Semantics of Judging», *Southern California Law Review*, 54, 151-294.
— (1985): «A Natural Law Theory of Legal Interpretation», *Southern California Law Review*, 58, 277-398.
— (2017): «Semántica, metafísica y objetividad del Derecho», en G. Sucar y J. Cerdio (eds.), *Derecho y verdad. Vol. IV. Problemas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 595-654.
MORESO, José Juan (1997): *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales.
ODGEN, Charles K. e Ivor A. RICHARDS (1984), *El significado del significado*, trad. de E. Prieto, Buenos Aires: Paidós.
PATTERSON, Dennis M. (1996): *Law and Truth,* Oxford: Clarendon Press.
PÉREZ LUÑO, Antonio E. ([6]1996): *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos.
PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio (1996): *El movimiento Critical Legal Studies,* Madrid: Tecnos.
PLATSS, Mark (1992): *Las sendas del significado*, trad. de C. Hidalgo y de E. A. Rabossi, México: Fondo de Cultura Económica.
PRIETO SANCHÍS, Luis (1997): *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos.
PUTNAM, Hilary (1991): «El significado de "significado"» trad. de J. J. Acero, en L. M. Valdés Villanueva. (ed.), *La búsqueda del significado*, Madrid: Tecnos, 131-194.
RAZ, Joseph (1982): «El Estado de Derecho y su virtud», en J. Raz, *La autoridad del Derecho*, trad. y notas de R. Tamayo y Salmorán, México: UNAM, 263-285.
— (1991): *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
RODRÍGUEZ, José Luis (2002): *Lógica de los sistemas jurídicos,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
RUIZ MANERO, Juan (1990): *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
RUSSELL, Bertrand (1986): «La filosofía del atomismo lógico» en J. Muguerza (ed.), *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid: Alianza Universal, 139-252.
SAUSSURE, Ferdinand de (2002): *Curso de lingüística general*, trad. de A. Alonso, Buenos Aires: Losada.
SCARPELLI, Uberto (1985): *Contributo a la semantica del linguaggio normativo*, Milán: Giuffré.
SCHAUER, Frederick (2004): *Las reglas en juego*, trad. de C. Orunesu y de J. L. Rodríguez, Madrid: Marcial Pons.
SCHMILL, Ulises (2017): «La verdad en el derecho y la jurisprudencia», en G. Sucar y J. Cerdio (eds.), *Derecho y verdad. Vol. IV. Problemas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 1029-1034.
SEARLE, John R (1991): «¿Qué es un acto de habla?» trad. de L. Ml. Valdés Villanueva, en L. M. Valdés Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado*, Madrid: Tecnos, 431-438.
SUCAR, Germán y Jorge CERDIO (2017): «Introducción», en G. Sucar y J. Cerdio (eds.), *Derecho y verdad. Vol. IV. Problemas,* Valencia: Tirant lo Blanch, 9-594.

TUSHNET, Mark (1983): «Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles», *Harvard Law Review*, 96, 4, 781-827.
VALDÉS VILLANUEVA, Luis M. (1998): «El significado: los constructores», en ACERO, J. J. (ed.), *Filosofía del Lenguaje I. Semántica*, Madrid: Trotta, 107-133.
VILLA, Vittorio (1998): «Interpretazione giuridica e significato: una relazione dinámica», *Ars interpretandi*, 3, 129-154.
WITTGENSTEIN, Ludwig J. J. (1987): *Tractatus logico-philosophicus*, trad. de J. Muñoz e I. Reguera, Madrid: Alianza Editorial.
— (1988): *Investigaciones filosóficas*, trad. de E. García Suárez y U. Moulines, Barcelona: Crítica.
WRÓBLEWSKY, Jerzy (1984): «Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System», *Rechstheorie,* 5, 319-333.
— (1985*a*): «Systemic validity and limits to the Dogmatic Approach to a Legal System», *Studies in the theory and philosophy of law*, 1, 85-97.
— (1985*b*): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Aruza, Madrid: Civitas.
— (1989*a*): «Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica», en J. Wróblewsky, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de Ezquiaga Gazunas, San Sebastián: Universidad del País Vasco, 79-95.
— (1989*b*): «Enunciados valorativos en el Derecho: una aproximación analítica a la axiología jurídica», en J. Wróblewsky, *Sentido y hecho en el Derecho,* trad. de Ezquiaga Gazunas, San Sebastián: Universidad del País Vasco, 17-32.
YABLON, Charles M. (1986-1987), «Law and Metaphysics», *Yale Law Journal*, 96, 613-665.

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

ESTUDIOS

Justicia penal *líquida* (desde la mirada de Bauman)
Silvia Barona
Los deberes del Estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía del acceso a la justicia
Elena Martínez
Positivismo jurídico y filosofía analítica
José Juan Moreso

JUSTICIA PENAL *LÍQUIDA* (DESDE LA MIRADA DE BAUMAN)
LIQUID CRIMINAL JUSTICE (FROM THE VIEWPOINT OF BAUMAN)

Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

RESUMEN

El retrato de la sociedad del Siglo XXI, líquida (en el sentido baumaniano del término), del miedo, del pánico y del riesgo, ha favorecido una «licuefacción» de la justicia penal clásica. La globalización, la aparición de nuevos protagonistas supranacionales e internacionales, la pérdida de soberanía nacional de los Estados, el creciente papel de la Policía en la prevención y en el proceso, la aparición de la delincuencia internacional (terrorismo, drogas, tráfico de personas, económica, etc.), el control del poder político por el mercado, el discurso del miedo, del orden y la seguridad (y su movimiento hacia la *segurizacion* social), han transformado la justicia penal. Se ha producido un desequilibrio entre la libertad individual y la seguridad a favor de la segunda. Con Derecho penal omnipresente, el proceso penal debe adaptarse. Nuevos valores (mucha búsqueda de «eficiencia»), reducción de procedimientos, profusión de acuerdos y pactos y la aplicación del modelo procesal en dos velocidades: favorable para «nosotros»; duro, para «los otros».

PALABRAS CLAVE

Control, seguridad-segurización, garantías, derechos, amigos-enemigos, justicia penal.

ABSTRACT

The social reality of the XXI Century is liquid (in the Baumanian sense of the term), plenty of fear —even panic— and risks of any kind. Complex and rapidly evolving modern societies have directly favoured the «liquefaction» of the classic Criminal Justice. Globalization and the presence of new supranational and international actors, the loss of State sovereignity, the growing role awarded to Police in the prevention of «crime» as well as in criminal process, the international criminality (terrorism, drugs and human trafficking...), the control of the political power by the market, the discourse of fear and the subsequent quest for security and order present in many places of the world underline the process of securitization that many societies are suffering and have an enormous impact in the understanding and practice of criminal justice. The tiny balance between «individual freedom» and security has broken in favour of the second one. Criminal Law is becoming omnipresent nowadays and this has a direct impact on criminal procedure and forces its reshaping. New values are in the public arena: the search for more efficiency, reduction of proceedings, support to extrajudicial agreements and the growing exploration of a criminal procedure model with two faces: soft and comfortable for «us», harsh and rough for «the other».

KEYWORDS

Control, security-securitization, guarantees, rights, friends-enemies, criminal justice.

JUSTICIA PENAL *LÍQUIDA* (DESDE LA MIRADA DE BAUMAN)

Silvia Barona Vilar
Catedrática de Derecho procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Apuntes para un inicio: la sociedad *líquida* baumaniana. 2. Retrato de la sociedad del miedo, del pánico y del riesgo a la búsqueda de la seguridad. 3. Primer síntoma de la justicia penal líquida: control, involucionismo, ultrapunitivismo, Derecho penal simbólico y consecuencias. 3.1. La cultura del control, Garland *dixit*. 3.2. Involucionismo, ultrapunitivismo y Derecho penal simbólico. Hacia un Derecho de la seguridad. 4. Segundo síntoma de la justicia penal líquida: ¿Hacia un proceso penal líquido o en busca de la liquidación del proceso penal? 4.1. El proceso penal sólido. 4.2. Del proceso sólido al proceso penal líquido o liquidable. 4.2.1. Cambio de protagonistas. Del Estado atópico a los nuevos protagonistas: trilogía funcional juez-fiscal-Policía; la irrupción de las víctimas, ¿prisiones privadas? y medios de comunicación. 4.2.2. Abuso de la legislación procesal penal y sobre todo de emergencia. 4.2.3. Reformulación de los procedimientos penales: ¿proceso penal sólido, líquido o liquidable? 4.2.4. Mediación penal, una bocanada de aire fresco pero con peligro de «liquidación» del proceso. Notas. Bibliografía.

1. APUNTES PARA UN INICIO: LA SOCIEDAD *LÍQUIDA* BAUMANIANA

La paternidad del adjetivo *líquido* de Zygmunt Bauman, aplicado a la sociedad global, nos ha llevado a relacionarlo con la «justicia penal» para tratar de presentar las líneas que permiten dibujar el escenario de la justicia penal en la sociedad global del miedo, del riesgo y de la seguridad que vivimos a través de las «lentes» baumanianas. Seguramente, si Zygmunt Bauman no hubiera fallecido el 9 de enero de 2017, habría terminado escribiendo una obra dedicada a la «justicia líquida», componente de la realidad existencial anudada a la vida líquida actual. Desgraciadamente, su fallecimiento lo ha impedido. Sirva este trabajo de homenaje.

Su obra —su testamento— es aprovechable para presentar los rasgos caracterizadores de la justicia penal en el mundo global, una sociedad sin asideros en la que las relaciones personales, el amor, la vida, y las relaciones sociales —y jurídicas— responden a unos parámetros de inconsistencia y falta de compromiso, y en la que predominan los cambios, las mutaciones, las metamorfosis y la inestabilidad, todo ello bajo el signo de la fugacidad. Estas características permean todos los ámbitos de la vida, una vida, según Bauman, *líquida*. También están presentes en un nuevo modelo de justicia penal neomoderno que vive del impulso, la frenética actividad legislativa, el simbolismo, la cosmética y la influencia de un pensamiento global y globalizado que marca las líneas de actuación de los Estados, la sociedad, la ciudadanía —o, tal vez mejor, comunidad de consumo—, y que, desde luego, refleja una línea fija discontinua, poco lineal, poco consistente, con muchas más dosis de Derecho penal —más parecido a un Derecho de la seguridad que al Derecho penal— que de proceso penal, si bien esta asimetría depende de la nacionalidad y el estatus social, económico y laboral de las personas.

Bauman[1] empleó en numerosas ocasiones el adjetivo «líquido» porque entendía que representaba perfectamente el modelo actual de sociedad y de vida, un modelo que, más allá del paisaje social al que él se refiere, tiene unas consecuencias de gran trascendencia en el mundo del Derecho. La sociedad líquida, considera Bauman, es *aquella en que las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en unos hábitos y en unas rutinas determinadas. La liquidez de la vida y la de la sociedad se alimentan y se refuerzan mutuamente. La vida líquida, como la sociedad moderna líquida, no puede mantener su forma ni su rumbo durante mucho tiempo.* Desde estas coordenadas, Bauman explica que, a diferencia de lo sucedía con la sociedad «sólida» que precedió a la actual y que, de alguna forma, se asentaba en la búsqueda de la perpetuidad y la eternidad, «la modernidad líquida no se fija ningún objetivo ni traza línea de meta alguna y solo asigna una cualidad permanente al estado de fugacidad. El tiempo fluye, ya no se sigue su curso inexorable. Hay cambios, siempre los hay, siempre son nuevos, pero no hay ningún destino ni punto final, y tampoco expectativa alguna de cumplir una misión. Cada momento vivido está preñado de un nuevo comienzo y de su final»[2].

Ese retrato social y vital líquido arrastra tras de sí un enorme desasosiego, un profuso desencanto y una gran desconfianza hacia los otros, lo que propicia una sociedad construida desde «soledades» y desde la atomización social. Ha ido generándose paulatinamente una enorme incredulidad en el sistema, una creciente falta de respeto hacia las normas y un espíritu egoísta de supervivencia que genera conformistas, pero también destructores.

Desde hace ya algunos años, en la sociedad líquida se experimenta un «*mundo de vida moribunda y muertos vivientes*, un mundo en el que *lo improbable se ha vuelto inevitable, y lo extraordinario es ya rutina. Todo es posible (ineludible, de hecho) toda vez que la vida y la muerte han perdido la distinción que las dotaba de significado y han pasado a ser igualmente revocables y sujetas a un «hasta nuevo aviso»*[3]. Esta fotografía del mundo, que presenta lo que Hannah Arendt denominaba «tiempos de oscuridad»[4], es lo que ha propiciado la «retrotopía», que, según Bauman, comporta la búsqueda de la utopía en el pasado (el anhelo de rectificación de los defectos de la actual situación humana resucitando los malogrados y olvidados potenciales del pasado), precisamente porque se asume que el pasado es sólido y que el futuro no lo es. Y eso, al final, solo genera miedos e inseguridad, dado que lo que se sentía como sólido (y lo fue) ahora es líquido. Para Bauman, las consecuencias de esta percepción son graves, dado que entiende que *el objetivo ya no es conseguir una sociedad mejor, pues mejorarla es una esperanza vana a todos los efectos, sino mejorar la propia posición individual dentro de esa sociedad esencial y definitivamente incorregible.*

Pese a este diagnóstico de la modernidad, Bauman ofrece una opción creativa, asumiendo, obviamente, que las utopías han acabado y que lo que procede es diseñar un mundo mejor que pueda integrar lo bueno de lo nuevo —que lo hay, sin lugar a dudas— y rechazar lo malo de lo nuevo; un mundo que necesita un instrumento esencial, el diálogo (nuestro autor habla de la *capacidad para dialogar* [5]). Bauman sostiene que es imprescindible hacer uso de la comunicación para poner fin a la dicotomía que preside la realidad contemporánea, la división entre «nosotros» y «ellos», esto es, la cultura de la confrontación y la minusvaloración del otro, al que visualizamos de forma hostil para justificar el cierre de fronteras, la construcción de muros, el refuerzo de las identidades y las separaciones, la aprobación de normas discriminatorias, etc. Mucho queda por aprender y mucho por reforzar en el mundo de los derechos y las garantías —diríamos nosotros—, pero no nos podemos permitir caer en la melancolía pasiva, pesimista y destructiva.

2. RETRATO DE LA SOCIEDAD DEL MIEDO, DEL PÁNICO Y DEL RIESGO A LA BÚSQUEDA DE LA SEGURIDAD

Realizar un retrato de la sociedad contemporánea es fundamental para entender la fascinación actual por la búsqueda de seguridad y el imparable crecimiento del ultrapunitivismo. La justificación de este último fenómeno se encuentra en la explicación del momento histórico que vivimos, un contexto en el que el control, la seguridad, la segregación y la desigualdad forman parte de nuestro paisaje, y que provocan más y más desencanto, frustración y melancolía en la sociedad.

Uno de los rasgos que caracteriza la evolución de la sociedad actual es el creciente sentimiento de que vivimos bajo la «difusión global del alarmismo y de los sentimientos de miedo e incertidumbre»[6]; se trata de un miedo que ha ido inoculándose en la población a raíz de la emergencia de múltiples fenómenos: crisis económica, preocupación en materia laboral, incremento del terrorismo, degradación y desastres medioambientales, incremento de la pobreza y de la mendicidad, despliegue de las tecnologías de la información que transmiten en tiempo real —e invaden masivamente la cotidianidad—, desastres naturales, accidentes, criminalidad, política mundial y un largo etcétera de violencias nacionales e internacionales.

Los miedos, los pánicos y los riesgos han existido siempre, si bien es cierto que la era global ha expandido una nueva manera de entenderlos, conceptualmente concretada en lo que Beck denominó la *sociedad del riesgo*; en ella, han cobrado un enorme protagonismo los riesgos globales, esos que pueden —y así lo sentimos— afectar a todos los ámbitos de la vida, a nuestra cotidianidad, y a nuestra rutina[7]. Se han normalizado los conceptos de *peligro, amenaza, riesgo, seguridad* y, por supuesto, «control», que penetran en nuestro estilo de vida y alteran estructuras, pensamientos, políticas urbanas y hasta el mismo concepto de seguridad.

El retrato de la sociedad de riesgo alienta o estimula un pensamiento negativo, una manera pesimista de afrontar la vida, y propicia un enorme desencanto y frustración que, lejos de favorecer una conducta reivindicativa, han ido generando una suerte de conformismo o inactivismo[8] muy similar a la sociedad bajo vigilancia que, en 1949, Orwell describió en su obra *1984*.

Esas sensaciones de aislamiento y desamparo han sedimentado en un sentimiento de gran vulnerabilidad en los seres humanos, quienes, ante tanto caos, pánico y miedo se perciben y se muestran mucho más frágiles, dado que, como apunta Bauman, «la inseguridad nos afecta a todos, inmersos como estamos en un mundo fluido e impredecible de desregulación, flexibilidad, competitividad e incertidumbre endémicas»[9]. Este contexto, marcado por el desasosiego y la inquietud, se aprovecha para propiciar la liquidación del marco institucional sobre el que se asentó la modernidad, empezando por el creciente minimalismo estatal —dirigido desde instancias supranacionales e internacionales que cabalgan, por exigencias del mercado, hacia una desregulación galopante, y ante una cadena de incertidumbres que propician ese desasosiego—; es precisamente en ese momento cuando se hace presente lo que Bauman llama «oscuras premoniciones y temores respecto al futuro que acosan a hombres y mujeres en el entorno social fluido, en perpetuo cambio, en el que las reglas del juego cambian a mitad de partida sin previo aviso o sin una pauta legible, no une a los que sufren: los separa y los aísla»[10].

Indiscutiblemente, nos encontramos ante un escenario social complejo, diríase que inquietante y paradójicamente contradictorio, en el que determinados elementos endógenos han penetrado y alterado los viejos postulados de la vida, la sociedad y, por ende, la justicia. Si bien la justicia penal ha estado intrínsecamente vinculada a «lo público», al «Estado» y a lo nacional, y rara vez han excedido las fronteras nacionales, la sociedad actual, como sociedad en red[11], ha propiciado, en palabras de Vervaele[12], la aparición de una nueva forma de Estado, el «Estado en red». Esta nueva configuración

está reemplazando gradualmente a los Estados nación que propiciaron la conformación de la sociedad típica de la era industrial. Y ese Estado en red propicia una pérdida de la autoridad tradicional, que favorece un método alternativo de control social: la sociedad de vigilancia.

En este escenario de debilitamiento (o ausencia) de los asideros, los asentamientos sólidos y las bases inamovibles que configuraron la modernidad, la liquidez se hace presente, las normas se multiplican exponencialmente y sin racionalidad. La sociedad líquida propicia una realidad jurídica compleja y múltiple que genera anomia entre la ciudadanía, así como una posición favorable hacia decisiones políticas y toma de decisiones que responden a un concepto hoy sobredimensionado: la seguridad. Todo se mide bajo la seguridad y todo se justifica desde ella. Está en la hoja de ruta de los políticos y es la medicina que se vende como la solución a los problemas de soledad —melancolía, aislamiento, atomismo individualista, etc.—, males que se ha gestado en esta sociedad de riesgo, de miedo y de pánico. Sin embargo, esa búsqueda de seguridad genera una constante insatisfacción, cada vez más patente y cada vez más extendida, debido al sentimiento de que nunca se alcanza. Los ciudadanos van perdiendo progresivamente la credibilidad y confianza entre sí, y ello favorece la creciente hostilidad hacia lo que se desconoce, a lo lejano, a lo que no soy yo, al otro, al extranjero[13].

En este marco ha surgido lo que los autores de la *securitization theory* de la Escuela de Copenhague han denominado la percepción de la amenaza existencial, el nihilismo, la pérdida y la alienación, las amenazas de la supervivencia física del propio orden social o la misma identidad. El miedo puede surgir respecto a otros individuos, otros grupos, otros Estados, y puede también centrarse en calamidades económicas o en la degradación del medio ambiente[14], entre otros factores. Estos autores hablan del *miedo al miedo*, que no necesariamente se evita, palia o resuelve mediante la seguridad. Se utiliza el miedo para generar un proceso de «seguridizacion» (*securitization*), para legitimar políticas de control, restricción y dominación porque la sociedad es receptiva a estas políticas. De ahí que, en realidad, a esta teoría de la seguridad subyace un verdadero poder. Abrahamsen apunta que en las sociedades del actual contexto global existe ese poder de la seguridad, la posibilidad permanente de enemistad en política, su seducción y sus peligros —así como el preocupante puesto que ocupan—, la persuasividad de la seguridad y la «segurización»[15].

En todo ello, no obstante, además de realidad existe un componente muy importante de percepción. Precisamente, esa percepción de la seguridad genera, según Baratta[16], falsedad o perversión, dado que la seguridad no puede entenderse en sentido de percepción, sugestión o sentimiento, sino en referencia a normas e interpretaciones de normas. De este modo, lo único que parece razonable defender es lo que este autor denominaba el *derecho a la seguridad de los derechos* o el *derecho a los derechos*. En otros términos: la seguridad no es algo que pueda ser objetivamente constatable, sino que se muestra como una percepción, de modo que el concepto «seguridad» no empieza con el conocimiento, sino cuando este acaba: la seguridad se mueve sobre parámetros inmateriales de reflexión. Pese a las reflexiones de Baratta, la seguridad nos inunda, el discurso de la seguridad se extiende a todos los ámbitos (seguridad del trabajo, del producto, del mercado, de medio ambiente, seguridad urbana, seguridad informática, alimenticia, etc.) y, en sede penal, este «discurso de la seguridad» ha venido a legitimar un ya extenso número de medidas de control criminal (en ciertos casos, bajo el rótulo de la calidad de vida). Los debates sobre la *securitization* han dominado el diseño las políticas de seguridad y se han nucleado en torno a las condiciones y contexto sociológicos, institucionales o políticos que facilitan o inhiben actuaciones dirigidas a la misma.

3. PRIMER SÍNTOMA DE LA JUSTICIA PENAL LÍQUIDA: CONTROL, INVOLUCIONISMO, ULTRAPUNITIVISMO, DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y CONSECUENCIAS

El retrato de la sociedad que vivimos —sociedad mundial de riesgo— ha propiciado una ruptura del paradigma de la justicia penal moderna que arrancó en la Ilustración y se moduló a lo largo del siglo XX con el fortalecimiento del moderno Estado social y democrático de Derecho. Una sociedad mucho más compleja ha generado una mayor y más compleja criminalidad[17]; el sistema jurídico (global) ha respondido con dureza, facilitando la aprobación de más y más Derecho penal, más expansión punitiva y más Derecho penal simbólico, ha extendido en la sociedad la idea de que el Derecho penal es un sanalotodo[18] y ha frustrando, así, las expectativas de quienes siguen viendo más violencia, más delitos, más inseguridad, más miedo y más segregación. Una buena composición para generar una sociedad de desencanto, frustración, agonía, pánico y, paradójicamente, inseguridad.

3.1. LA CULTURA DEL CONTROL, GARLAND *DIXIT*

Esta situación de crisis, ansiedad, paranoia, intolerancia, exclusión, búsqueda desesperada de control e incapacidad de confianza en el otro[19] provoca una crisis de valores y de confianza en el ser humano, una metamorfosis que conlleva una patología social con claras consecuencias en el modelo de justicia penal[20]. La respuesta política es recurrente: más «control», un control que la sociedad no solo acepta, sino que exige[21]. Se adoptan políticas impopulares que devienen populares y medidas que justifican el desequilibrio entre la seguridad y la justicia en la sociedad. Hemos ido fomentando el peor miedo que podemos experimentar, que es vivir en una sociedad caracterizada por el miedo de todos hacia todos[22].

Surge así lo que Garland denominó la «cultura del control» (especialmente, del control del crimen), una cultura en la que el efecto expansivo del control es imparable e insaciable, y que se ha ido modulando en torno a tres conceptos fundamentales: a) la reprogramación del modelo penal del Estado del bienestar, aun cuando a nuestro parecer se aproxima más al «desmantelamiento» del mismo; b) la aparición de la criminología del control; y c) un estilo económico de razonamiento[23]. Su argumentario es perfectamente asumible, si bien la desenfrenada actividad legislativa de los últimos tiempos, amén del inconsistente discurso político cuyo asidero es «más y más represión» —que, como se ha dicho, genera más y más inseguridad— ha superado incluso el panorama que presentaba Garland en su obra sobre la cultura del control. Esta cultura ha generado una mutación de valores: han desaparecido conceptos como *decency, humanity* y *compassion* para dar paso a políticas públicas criminales que se justifican en el miedo y la ansiedad. La adopción de medidas preventivas y represivas se presenta como un recurso excepcional para afrontar la criminalidad compleja, aun cuando paulatinamente se van convirtiendo en la fuente de inspiración de la política criminal general, especialmente cuando se aplican a los más desfavorecidos[24].

Aparece entonces lo que Garland denomina la «criminología del control», esto es, una criminología del día a día que se centra en el orden social —y no en las personas— como un problema de integración en el sistema. En esta visión, las políticas de *zero tolerance* —asociadas al posible uso discriminatorio del poder de la Policía— encajan bien con las ideas de orden y autoridad, la violación de los derechos civiles de los pobres y las minorías, la configuración de estándares morales absolutos, etc., ideas que nutren y reafirman la denominada «criminología de los otros», que asume como lema programático *to condemn more and to understand less* y acepta, por ello, las condenas masivas, la

pena de muerte, las penas privativas de libertad de larga duración y las medidas *post sententiam* que permiten mantener una suerte de medidas de seguridad ilimitadas, etc.

En ese escenario adquiere un papel central el denominado «principio precautorio», que permite restringir y condenar por si acaso (*if*). Un principio que supone el adelantamiento de las medidas penales a la verosímil —aunque incierta— actuación que dañe los bienes colectivos ante posibles riesgos que afecten a los mismos[25]. Se trata de pensar, actuar, legislar, sentenciar y ejecutar bajo el prisma del «y si…» (*if*), que justifica la suspensión de algunos derechos apelando a la prevención. Un principio en expansión que ha jugado un especial rol en el hábitat, en la ciudad y, ha contribuido a la aparición y consolidación de políticas que favorecen las estrategias de «expulsión» y de «exclusión» que estimulan la desconfianza entre el vecindario, en la medida en que animan a la comunidad a colaborar de forma activa en aquellas actuaciones[26]. Aparecen conceptos como *smart city* o *green creative city*[27], ciudades perfectas cuyos habitantes quedan agrupados bajo la exigencia de similitud microsocial y criterios de afinidad electiva. Es un modelo propio del pensamiento económico que responde a la idea de glocalización de la ciudad[28]: la ciudad se estructura por clases sociales (urbanizaciones, construcciones), económicas, raciales, etc. En este nuevo modelo de sociedad urbana emergen las manifestaciones de «tolerancia cero». Estas encontraron fundamento en la denominada «teoría de las ventanas rotas» (*broken windows*) desarrollada en la Universidad de Stanford por Philip Zimpardo[29]. En suma, esta perspectiva teórica pretende difundir la idea de comunidad limpia, ordenada, respetuosa de la ley y de los códigos de convivencia social, entorno en el que se establezca una legislación específica que promueva el orden y la seguridad ciudadana, que defienda la *quality of life policing*[30], la tranquilidad ciudadana y la paz pública. La situación es altamente preocupante. Como apunta Mir Puig, para lograr el objetivo de la seguridad ciudadana no ha de utilizarse el Derecho penal, sino una política social adecuada. Sin duda, se trata de un camino más complejo y más dilatado en el tiempo, pero es el único que conduce a soluciones a largo plazo. *No se trata de ponerle un parche doloroso al presente, sino de que el mal de hoy sirva de acicate para construir un futuro mejor*[31].

3.2. INVOLUCIONISMO, ULTRAPUNITIVISMO Y DERECHO PENAL SIMBÓLICO. HACIA UN DERECHO DE LA SEGURIDAD

Estamos asistiendo a una verdadera mutación del modelo de justicia penal del planeta, que se despliega a través de una política criminal «de urgencia» que inspira los proyectos legislativos asentados en un eje esencial: la neutralización o minimización del riesgo, término que se utiliza como noción técnico-jurídica en la conformación de la culpa, la causalidad, la imputación etc[32]. El Derecho penal se ha ido expandiendo paulatina pero imparablemente, ha surgido la teoría del Derecho penal del enemigo, se han transformado los límites del Derecho penal orientado a la prevención y a la seguridad[33], se producen constantes adelantamientos de la punibilidad en el Derecho material, la ampliación de conceptos preventivos —vigilancia, deconstrucción de garantías y creación de instancias especiales en el proceso penal—, la difuminación de categorías jurídicas clásicas y la formación de un nuevo Derecho de la seguridad.

Como señala Mir Puig, la abierta aceptación del involucionismo penal debe ponerse en relación con la aparición y difusión del neoliberalismo político neoconservador[34], que tuvo su despegue en los gobiernos de Reagan en EE. UU. y de Thatcher en Gran Bretaña, cuyos programas asumieron un modelo de control social muy severo que incorporó los conceptos de tradición, ley y orden, jerarquía y autoridad como valores esenciales. Las medidas de este tenor se sucedieron con el fin de paliar el descontento social[35].

En el discurso político, el involucionismo penal ha llegado para quedarse. El ultrapunitivismo dirigido a acallar a la colectividad indignada es defendido a ultranza. Asimismo, se han naturalizado las políticas de *zero tolerance,* que conviven muy bien con la política de las etiquetas de los monstruos[36] (el terrorista, el reincidente, el criminal de carrera, el depravado sexual, el pedófilo, etc.), catalogaciones que brindan cobertura a la privación de derechos y el mantenimiento del principio según el cual es preferible privar de libertad de por vida a un delincuente conocido que arriesgar la vida o la propiedad de la víctima inocente[37]. Se crean *websites* con sus nombres, se les aplican medidas de seguridad postcondena, y todo ello se justifica bajo el paraguas de la seguridad y el control.

Aparece, con todo, el Derecho penal «simbólico», que cubre los espacios no cubiertos —o mal cubiertos— por otras áreas, y lo hace tanto con respuestas reactivas como —más intensamente— con respuestas preventivas[38]. Este Derecho penal simbólico se presenta como instrumento de protección de los bienes jurídicos económicos, no individuales sino colectivos, tendencia que está pervirtiendo de nuevo el sentido del sistema de justicia penal y que contribuye al engaño de la sociedad[39]. Un engaño que, como apunta Carbonell[40], solo llevará a la frustración —y, por supuesto, a una nueva y mayor deslegitimación del Derecho penal—, y que conllevará una consecuencia atroz: una evidente trivialización de la libertad.

Paradójicamente, este escenario de control, seguridad y expansión del Derecho penal casa mal con el pensamiento economicista neoliberal, generando una suerte de esquizofrenia. ¿Por qué afirmamos esto? El Estado minimalista interviene, pero en muchos casos las medidas que se adoptan bajo el lema del control y la prevención han propiciado un crecimiento sin precedentes de condenas y de población reclusa[41]. Es decir, los resultados en materia penal han sido inversamente proporcionales a los pretendidos desde los parámetros economicistas programáticamente minimalistas. Ello ha impulsado la entrada en escena de organizaciones y tribunales supranacionales e internacionales en la lucha contra la criminalidad (o, al menos, contra una determinada criminalidad) que muestran, por un lado, la indiscutible pérdida de las identidades nacionales y del poder del Estado, y, por otra, la cada vez mayor tendencia a la mutación del Derecho penal en un «Derecho de la seguridad»[42]. Lejos de ser neutral, esta situación comporta una erosión imparable del Estado de Derecho[43].

El Estado de Derecho se muestra ineficaz cuando no garantiza la seguridad, dado que esta es una suerte de precondición del ejercicio o la conservación de los otros derechos. Se adoptan políticas preventivas, inicialmente justificadas por la lucha contra el terrorismo internacional islámico, en las que se asume que todos los ciudadanos representan un riesgo potencial que debe ser controlado por el Estado. De este modo, el Estado se convierte en Estado de prevención[44] e instrumenta políticas legislativas de excepción —las leyes del miedo— para una sociedad aterrada y que demanda *securitization*. Hemos asistido a la suspensión de derechos en aras de la «seguridad nacional», o el «orden público»[45], la emergencia nacional, y a la creciente derogación de derechos de segunda y de tercera generación en aras de la prevención del crimen. Como señala Pérez Cepeda, «los derechos del hombre y la mundialización se encuentran en una situación cada vez más compleja y contradictoria, y, a su vez, es el punto de emergencia de los problemas de seguridad»[46].

Así, Vervaele apunta que la expansión de la justicia penal —su omnipresencia— es absolutamente real en términos de control social, si bien es «muy simbólica en términos de capacidad de resolución de problemas sociales»[47]. El mismo autor subraya que un Derecho penal sin límites se convierte en un instrumento de control social que *mina no solo la mera esencia del Derecho penal, sino también la legitimidad del poder punitivo del Estado.* El modelo penal del Estado del bienestar, proporcionado, informado por el principio de *ultima ratio* y garantista ha cedido ante un modelo neopunitivista, ultrapunivista, *prima ratio,* limitante de derechos, reductor del proceso y omnipresente que se mueve, inspira y actúa desde los parámetros de la economía global a la que estamos

sometidos y en el que, como ha dicho Ferrajoli[48], el principio de subsidiariedad penal o de Derecho penal mínimo han muerto.

Lo que vivimos en la actualidad es una verdadera «inflación» penal[49], la emergencia un poder punitivo absoluto —nacional e internacional— e incluso una verdadera fascinación por el Derecho penal[50] que justifica el castigo como necesidad, en especial para la víctima, a la que se exhibe por su dolor, mediatizando la reacción, la fuerza y el castigo. La aplicación del Derecho penal sirve a la demagogia política y al espectáculo mediático, con la agravante de su carácter selectivo: solo los peces chicos (pequeños), débiles y, por tanto, vulnerables caen en la red; al contrario de lo que sucede en la pesca real, los grandes y gordos se escapan por múltiples razones[51]. Por ello, en palabras de Díez Ripollés, vivimos un *abuso del sistema penal*, un exceso que comporta la quiebra de los dos objetivos del sistema de control penal: la moderación punitiva y la inclusión social[52]. Es preciso enfatizar este abuso[53], porque no todos se ven igualmente afectados por esta expansión[54], y el Derecho penal de las múltiples velocidades es, cada vez más claramente, una realidad patente e indiscutible. Recurriendo al modelo del Derecho penal preventivo y de dos velocidades se han permitido y justificado violaciones de derechos de determinadas minorías, que es, para los «otros», mucho más represivo y menos garantista y, para nosotros, más *soft.* Desgraciadamente, esto alimenta el «discurso de odio»[55].

En conclusión, estamos conviviendo con una expansión del Derecho penal[56], el discurso de la *tolerancia cero,* la aplicación del Derecho penal del enemigo, el discurso del odio, la creciente y sofisticada criminalidad, la involución del sistema penal y la merma de los derechos de los sujetos del proceso —más severa para los *otros*, más suave para *nosotros*—, un círculo peligroso que alimenta desigualdades, racismo, xenofobia y mucha segregación en la población. Algo estamos haciendo mal, evidentemente, y algo hemos de «repensar» para paliar este absurdo. Malos tiempos para la lírica, que decía el poema de Bertolt Brecht, aunque precisamente esto es lo que nos debe hacer escribir.

En ese paisaje penal se ha ido erosionando progresivamente el mito del Estado, de su soberanía y de su monopolio en el control de la delincuencia: la incapacidad del Estado para responder ante la criminalidad y para adaptar las respuestas a la realidad cambiante converge con un debilitamiento de la legitimidad de las instituciones y del mismo gobierno[57]. Ello favorece la adopción de decisiones políticas cortoplacistas, aniquiladoras de derechos y libertades, y propicia la construcción de muros, la creación de identidades ficticias, la fabricación de armamentos sofisticados, la búsqueda de chivos expiatorios, y paulatinamente va consolidando una mirada hostil hacia el otro que fomenta la pérdida de la solidaridad y, con ella, la reivindicación de políticas criminales mucho más represivas[58].

En suma, si el siglo XX fue capaz de generar un movimiento social de búsqueda del bienestar en el que se enfatizó la libertad, la apertura, la movilidad y la tolerancia, la sociedad actual se caracteriza por el control, el cierre, la desconfianza, la ausencia de solidaridad y la seguridad a cualquier precio, de manera que el control de la delincuencia y la justicia penal se han desconectado de las cuestiones relativas a la justicia social y la reconstrucción social que en otros momentos las caracterizaron[59].

El «Derecho penal» ha dado paso al «Derecho de la seguridad». Ha abandonado su función de instrumento *ex post* para convertirse en un instrumento de prevención orientado a evitar los peligros *ex ante.* Aumentan los delitos de peligro abstracto, en materia procesal penal se aceptan y proliferan no solo las medidas de investigación intrusivas en la esfera jurídica de la persona por la mera sospecha de la existencia del hecho y las correlativas medidas de control e investigación de la misma, sino que se han trasladado desde la excepcionalidad pretérita (delitos de terrorismo, organización criminal, etc.) a la normalidad medidas mucho más gravosas como la prisión preventiva sin condiciones, las penas de privación de libertad de prolongada duración, etc. Se ha ido construyendo, en definitiva, un modelo basado en la función de prevención *ante delictum* cuyo referente es una sociedad similar a la de la película *Minority report*.

En ese escenario ha tenido lugar una expansión cualitativa y cuantitativa de comportamientos punibles que ha incorporado nuevas conductas —expansión acompañada, en muchos casos, de un endurecimiento desproporcionado de las consecuencias jurídicas propio de la *revalorización del componente aflictivo de la pena*[60]— y ha convertido a la retribución en uno de los objetivos prioritarios de un nuevo paisaje penal en el que, desde luego, los procesos de despenalización *brillan por su ausencia*[61]. Asistimos a la prolongación desproporcionada de determinadas penas privativas de libertad (*v. gr.* cadena perpetua o prisión permanente revisable en nuestro país)[62] que cercena la posible resocialización del condenado y transforma a la pena en un instrumento perfecto para propiciar su exclusión social[63]. Por otra parte, se han recuperado las penas cortas de prisión (de tres meses en adelante) y ha desaparecido el arresto de fin de semana. Como apunta Díez Ripollés, hasta hace bien poco estas penas eran contrarias a la función de reinserción social que el Derecho penal debe cumplir, mientras que en la actualidad se han convertido en consecuencias jurídicas destinadas a cumplir una función intimidatoria en la sociedad[64]. A todo ello se une la integración de sanciones que no comportan la reclusión en un establecimiento penitenciario (pena de multa, arresto sustitutorio, control electrónico de los delincuentes, etc.). La incorporación de sanciones no privativas de libertad no es inadecuada *per se,* pero puede llegar a serlo cuando se convierte en un instrumento de desequilibrio o de desigualdad que favorece a unos y perjudica a otros y genera un ventajismo penal, máxime cuando los perjudicados son siempre los pobres, cuyo destino previsible siempre es la prisión. La incorporación de sanciones *softer* permite mayor control penal[65] y, a pesar de que puedan presentarse como penas más humanas, su incremento exponencial puede generar efectos perversos sobre el modelo de justicia penal.

En suma, el discurso del Derecho penal de la seguridad se fundamenta en la desigualdad[66], en la distinción entre *nosotros* —ciudadanos normales destinatarios de la protección del Estado— *y ellos* —criminales que hay que neutralizar—[67]. De este modo, se produce la criminalización de la miseria, que incrementa la desigualdad social y fundamentalmente económica y, con ella, la persecución autoritaria de unos frente al trato suave que reciben otros[68].

Como señala Fiore[69], en estos momentos, caracterizados por el déficit de legitimación democrática, la falta de credibilidad en la justicia penal y la ineficiencia de la misma no podemos ser meros espectadores. Habrá que empezar a luchar contra el «imposibilismo» del cambio y trabajar para recuperar, por un lado, la confianza en quienes son los sujetos de tutela, los ciudadanos, y, por otro, las funciones y los límites del Derecho penal. Como señalaba Baratta[70], la inseguridad disminuirá en la medida en que aumente la seguridad de los derechos humanos. Hay mucho camino que recorrer en materia de derechos humanos y probablemente la única vía para tutelarlos de forma adecuada sea una renovada reconquista de la economía por parte de la política para que esta última recobre su autonomía en la toma de decisiones. Se trata, como señala Habermas, de retornar a lo político «no en la forma hobbesiana original de un Estado de seguridad con policías, servicio secreto y ejército, sino como un poder civilizador de alcance mundial»[71].

4. SEGUNDO SÍNTOMA DE LA JUSTICIA PENAL LÍQUIDA: ¿HACIA UN PROCESO PENAL LÍQUIDO O EN BUSCA DE LA LIQUIDACIÓN DEL PROCESO PENAL?

Cuanto se ha expuesto en relación con el sistema penal provoca consecuencias nefastas en el proceso penal. Desgraciadamente, el tratamiento que, como si fueran compartimentos indivisibles

y autónomos, han recibido el Derecho penal y el proceso penal en los últimos tiempos tanto en España como en el ámbito internacional global ha alimentado el desajuste de las políticas públicas y legislativas de ambos sectores del ordenamiento jurídico. En la hoja de ruta de los políticos hay un interés desmedido por alimentar el Derecho penal, que se presenta como rollizo, hermoso y absolutamente desproporcionado, en contraste con un proceso penal minimalista; semejante descuadre provoca un efecto demoledor en el ámbito de la tutela de los ciudadanos. La convivencia de las normas penales con las procesales penales ha generado una frustración y un desencanto crecientes, ha deslegitimado al Estado, al sistema y a las instituciones, y ha generado una incapacidad del modelo procesal para afrontar las consecuencias derivadas del Derecho penal sanalotodo, sobre todo cuando en el proceso penal se presentan velocidades diversas según los hechos y los sujetos.

4.1. EL PROCESO PENAL SÓLIDO

Para poder analizar el proceso penal líquido o el ritmo de liquidación del proceso hacia el que nos dirigimos hay que tomar en consideración lo que debe entenderse por un proceso penal sólido. Y en este punto la historia del proceso penal nos nutre de las fuentes de información, siempre asumiendo que el proceso penal ha caminado paralelamente a la historia de los pueblos[72] y que se halla intrínsecamente vinculado a la ideología política del momento: es una suerte de *sismógrafo de la constitución del Estado*[73], uno de los pilares esenciales que permiten evaluar la realidad política de un país[74].

Fue en la época moderna cuando política, estructural e ideológicamente se produjo la transformación del proceso penal. La Revolución francesa, la Ilustración, el pensamiento humanista, la conquista de los derechos, su integración en las constituciones de los países europeos y su reconocimiento en los textos internacionales contribuyeron a la conformación de un modelo político de Estado social y democrático en el que el poder judicial se convirtió en un verdadero poder del Estado y se consolidó un modelo procesal garantista, es decir, un proceso con todas las garantías concebido como derecho de todos los ciudadanos.

¿Significa esto que no había proceso hasta ese momento? Evidentemente, existía un instrumento, un cauce a través del cual se ejercía el *ius puniendi*, un procedimiento, si bien los principios procesales ilustrados y las garantías de su actuación dieron lugar a la aparición del verdadero proceso. El proceso dejó de ser un mero procedimiento o sucesión formal de actuaciones en el devenir del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, es decir, un cauce de satisfacción de la función retributiva de la pena, para convertirse en un verdadero *proceso* a través del cual se cumple la función de juzgar (por una parte, la declaración de inocencia o de culpabilidad y la aplicación, en su caso, de la condena, y, por otra, la aplicación de las funciones resocializadora —en su caso— y restauradora o restaurativa), así como la de ejecutar lo juzgado (garantizando el cumplimiento de la condena, así como las formas y el régimen de cumplimiento de la misma); un proceso que se configuró a partir de la trilogía subjetiva y la atribución funcional a cada uno de los sujetos del proceso. Un proceso en el que el sujeto pasivo se descosificaba y se convertía en «sujeto con derechos».

El cambio, en la concepción del proceso penal se produjo simultáneamente a la configuración de un nuevo modelo de Estado, estructurado sobre la base de la dispersión de los poderes y el diseño de una Administración organizada con una pluralidad de funciones compartimentadas y, sobre todo, distribuidas entre los diversos poderes del Estado. Una visión política del Estado moderno diseñada en las constituciones modernas que tuvo una influencia trascendental en los textos internacionales de reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, que supusieron un punto de inflexión tanto por su contenido como por su efecto —especialmente en lo que respecta a

los derechos del detenido, del imputado, acusado y condenado— y que tuvieron un enorme influjo en las legislaciones procesales. Esta combinación —derechos humanos, Estado moderno y proceso penal— ofrecía una tutela judicial garantista a los ciudadanos, una esperanza en la justicia penal. Y ello porque el reconocimiento de derechos fundamentales en los textos internacionales no era una simple declaración programática, sino que pasaba a impregnar las instituciones, los principios y, poco a poco, una manera de actuar procesal diversa.

El siglo XX presagiaba un mundo de esperanza. Parecía que, al menos en materia de justicia, existía un acuerdo generalizado para acabar con los métodos medievales de persecución de hechos reprochables y reemplazarlo por un sistema de garantías[75]. Poco a poco, los textos constitucionales consagraban el derecho a la tutela judicial efectiva o el *access to justice* y, con él, se proclamaban el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al proceso en un plazo razonable, a no confesarse culpable y a guardar silencio, el derecho al proceso con todas las garantías e incluso se constitucionalizaban principios como la publicidad, la oralidad, etc. Era un derecho que se exigía al Estado, que legislaba, gobernaba y también impartía justicia en el marco de una estructura política tripartita: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial.

Un cambio que, más allá de las reformas legales, exigía modificaciones en la cultura procesal que no se produjeron de forma abrupta, sino que requirieron una evolución lenta y, en ciertos casos, hasta «agónica». En cualquier caso, un enorme paso se había producido, dado que, si bien, por un lado, se había afianzado la idea de que había que «reconstruir» el sistema penal en relación con qué debiera ser reprochable penalmente —apostando por la consideración de la proporcionalidad y *ultima ratio*—, por otro existía una preocupación de *cómo* había que configurarse el cauce —proceso penal— para realizar el reproche. La evolución de los Códigos procesales penales fue algo más tardía, y vino anudada a las Constituciones políticas que configuraban modelos políticos democráticos y garantes de derechos. La incorporación de garantías procesales en los textos constitucionales propiciaron modificaciones sustanciales en la norma procesal, inspiradas también en la doctrina de los tribunales constitucionales. Se construyó el proceso del Estado de derecho desde un equilibrio entre la seguridad y la libertad[76].

4.2. DEL PROCESO SÓLIDO AL PROCESO PENAL LÍQUIDO O LIQUIDABLE

La globalización ha transformado el equilibrio entre la libertad y la seguridad en el proceso penal. Frente al proceso penal de las garantías, sólidamente consolidado, la inestabilidad y falta de asideros a la que se refiere Bauman en la modernidad y la vida líquidas han empapado las frenéticas reformas a las que nos tiene acostumbrados el legislador procesal penal, unas reformas en las que se consolida el tratamiento bipolar del proceso penal y generan la convergencia de dos realidades: *no puedo vivir sin el proceso penal, pero con él tampoco*. Así, coexisten un proceso penal mucho menos garantista, menos sólido —consecuencia del involucionismo penal— y las huidas del mismo, es decir, la minimización del proceso, que pasa por el sacrificio de principios, derechos y garantías en aras de la eficiencia del modelo. Dicho de otro modo: si para algunos se liquida el proceso penal, para otros se aplica otro proceso minimalista y suave, con lo que se apuntala el criterio diferenciador entre *nosotros y ellos*, entre *amigos y enemigos*.

Muchos cambios introducidos han sido fruto de la evolución social, técnica, científica, etc.; si bien es cierto que una buena parte de ellos eran imprescindibles para la readaptación al mundo global y pueden percibirse positivamente, hay otros que han jugado como marionetas de la globalización para laminar las garantías en aras de la eficiencia. En suma, estamos ante un modelo procesal

líquido —o en estado de liquidación— que responde a una sociedad cada vez más desigual, menos justa y menos solidaria.

4.2.1. Cambio de protagonistas. Del Estado atópico a los nuevos protagonistas: trilogía funcional juez-fiscal-Policía; la irrupción de las víctimas, ¿prisiones privadas? y medios de comunicación en la Justicia penal

El fortalecimiento del Estado y la consolidación de los modelos jurídicos nacionales, propio de la sociedad moderna, dieron paso a una nueva realidad: los Estados cedieron parte de su soberanía y de su proyecto político y se integraron en instituciones supranacionales o internacionales. Se ha configurado una sociedad global que, allende lo económico, presenta múltiples aristas. La minimización de los Estados ha favorecido el surgimiento de un poder supraestatal también en lo jurídico y, con él, un proceso de armonización penal y procesal penal.

En materia penal, se han armonizado el tratamiento de la tortura, la trata de seres humanos, la explotación sexual de menores, la inmigración ilegal, la explotación laboral y el empleo ilegal, el racismo, la xenofobia y la discriminación de grupos, la criminalidad organizada, el terrorismo, la corrupción, el tráfico de armas, el blanqueo de capitales, el tráfico de drogas, los delitos de medio ambiente, la ciberdelincuencia, los delitos contra el sistema financiero, la falsificación de moneda, la piratería, etc., armonización que constituye una respuesta a la inoperancia de los Estados ante la nueva criminalidad[77]. A estas figuras delictivas debe añadirse una larga lista de campos que afectan a la jurisdicción y competencia, a la justicia universal y a los derechos de los sujetos que intervienen en el proceso penal, amén de las víctimas, así como una extensa nómina de cuestiones relativas a la potenciación de la cooperación internacional, Eurojust, Red Judicial Europea, magistrados de enlace, Fiscalía Europea, asistencia judicial, orden de detención europea, embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de prueba, sanciones pecuniarias, reconocimiento mutuo de resoluciones (decomiso, resoluciones condenatorias entre Estados miembros con motivo de un nuevo proceso penal, sentencias condenatorias de penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE, y sentencias y resoluciones de libertad vigilada), exhorto europeo de obtención de pruebas, medidas de vigilancia sustitutivas de la prisión provisional, orden europea de investigación, etc., o regulación sobre protección de datos, información de registros de antecedentes penales, así como toda la actividad de protección a las víctimas, etc. Se ha gestado una verdadera «potestad» legislativa de la UE en materias procesales penales, que ha sido completada por las Directivas en materia de derechos del sujeto pasivo del proceso dictadas a lo largo de los últimos años.

A todo ello se une el control jurisdiccional ejercido por el Tribunal de Justicia de la Unión y el TEDH. Ambos tribunales han jugado un papel esencial en la conformación de una doctrina sobre los derechos humanos y han configurado un pensamiento garantista[78] que, sin embargo, ha levantado no pocas suspicacias en algunos países. Hay quien ha visto una deriva de la soberanía nacional estatal en esta materia[79] que propicia un cierto imperialismo de los derechos humanos, tendencia contestada por un discurso político populista —de extrema derecha e izquierda— que esgrime la defensa de la identidad nacional y de los valores propios que permitan legislar sin las cortapisas o las imposiciones de las instituciones supranacionales o internacionales[80].

Junto a los procesos de «interregionalización» y «supranacionalización», ha surgido un poder penal internacional inspirado en el discurso político propiciado tras la Segunda Guerra Mundial. Ese discurso impulsó la aparición de tribunales creados por los vencedores de la guerra, que fueron tribunales excepcionales y especiales. La crítica a la creación de estos tribunales *ex post* desencadenó la creación del Tribunal (Corte) Penal Internacional[81]. La nueva filosofía de la intervención punitiva

defendía la lucha contra modalidades de criminalidad intolerables para la sociedad global: crímenes contra la humanidad, de lesa humanidad y crímenes de Derecho internacional, delitos a los que poco a poco se fueron incorporando aquellos que están afectando el panorama internacional de la sociedad neomoderna como el terrorismo, la criminalidad organizada, el comercio de armas y drogas, el combate contra la inmigración ilegal, etc. Creado a finales de los años noventa del siglo XX, la Corte (Tribunal) Penal Internacional —un órgano con personalidad jurídica internacional propia que no forma parte de Naciones Unidas— se presentó en la comunidad internacional como garante de los derechos frente a las barbaries totalitarias. Es, por ello, una clara manifestación del *ius puniendi internacional*. Las críticas vertidas contra el mismo se centran en dos cuestiones: en primer lugar, que no tiene jurisdicción planetaria (es decir, que tiene un poder sesgado), como lo demuestra el hecho de que países como EE. UU., Corea del Norte, China, Israel, India, Siria o Irak, entre otros, no están bajo su jurisdicción; en segundo lugar, se le acusa de incorporar un pensamiento único (occidental) de los derechos humanos expandido por la ideología de la globalización, es decir, una suerte de imperialismo de los derechos humanos[82].

En suma, el poder penal supranacional y las instancias procesales internacionales han quebrado el monopolio del *ius puniendi* estatal. Los nuevos sujetos, instituciones y organizaciones ejercen, allende los Estados, potestad legislativa y jurisdiccional en materia penal. A título de ejemplo, en el proceso penal asistimos al fortalecimiento de algunos actores, como el Ministerio Fiscal o la Policía, a la irrupción de otros como las víctimas, y una reestructuración de algunos de sus roles, sin olvidar el «juego» de algunos intervinientes del sector privado.

– La mayor intervención del Ministerio Público en los ordenamientos jurídicos vino de la mano de la necesidad de separar las funciones de acusación y juzgamiento mediante su atribución a dos órganos distintos para evitar que uno corrompiera al otro[83]. Desde el punto de vista procesal, quien acusa es quien debe conseguir el fundamento de la acusación. Cuestión distinta es cómo lograrlo y si el órgano competente está «obligado» a conseguirlo a toda costa y, por tanto, a acusar en todo caso que concurran indicios de criminalidad. La teoría es más que clara, y parece absolutamente razonable que el fiscal asuma la investigación, ya que es un órgano del Estado al que la ley atribuye esta función en cumplimiento de la legalidad: en la medida en que es parte, la función del fiscal debe quedar fuera de la esfera del juez, que debe tener atribuidas otras funciones en el sistema con las garantías necesarias para que el proceso sea sólido. Para ello, no obstante, el Ministerio Público debe tener independencia funcional respecto del Ejecutivo (situación que no se da en España y que ha generado no pocos problemas en relación con la persecución —y la intensidad de la persecución— de hechos delictivos); y debe garantizarse que tanto la Policía como cuantos otros organismos o entidades que puedan intervenir en la investigación y persecución de hechos delictivos se hallen bajo la supervisión del fiscal. Si en Europa el binomio fiscal/juez es una realidad, en España se han dado pasos en esa dirección (desde la ley de responsabilidad penal del menor, del año 2000, hasta las constantes reformas que han otorgado mayor poder de intervención al fiscal en los diversos procesos penales: en el abreviado (más tímidamente), en los juicios rápidos, así como en los delitos leves, pasando por la reciente atribución de la propuesta de resolución del fiscal a través del «decreto» (2015)). El protagonismo del fiscal en el proceso penal español es, en la actualidad, indudable y todo indica en el futuro será aun mayor.

– En segundo lugar, en la función de averiguación de los hechos ha adquirido un papel esencial la Policía judicial. La inexistencia de un cuerpo específico puede generar cierta confusión, dado que, por un lado, dependen de los fiscales y los jueces, pero, por otro, también dependen orgánicamente del Ministerio del Interior (o de las Comunidades Autónomas o los entes locales). Se ha convertido en pieza clave de la investigación criminal y, más allá de las funciones de protección y defensa

de la ciudadanía, también cumple otras funciones específicas llevadas a cabo unidades o brigadas especiales (droga y crimen organizado, delincuencia especializada y violenta, inteligencia criminal, delitos económicos, tecnológica). Su creciente protagonismo es consecuencia de la expansión del Derecho penal preventivo, que exige cada vez más investigadores capacitados para hacer frente a la sofisticación de la delincuencia y a la prevención de la misma, circunstancia que ha modificado las coordenadas del Derecho procesal y el rol de sus actores[84]. La Policía asume nuevas técnicas de control del sospechoso que afectan a su persona o a sus derechos (por ejemplo, el de comunicación), es agente provocador, emplea bases de datos personales en la investigación e interviene a través de sus servicios de inteligencia en la actividad de la investigación (terrorismo, cibercriminalidad, bandas organizadas, etc.), alterando el equilibrio político-constitucional de los poderes represivos[85].

Esta situación propicia un nuevo debate sobre las funciones en la investigación de la Policía, el fiscal y el juez. Los asideros del sistema de justicia penal actual ya no son los jueces, ni siquiera los fiscales; es la Policía. Y no solo lo son *de facto,* sino que además generan ese sentimiento de «abrigo» en la sociedad que vivimos.

– En tercer lugar, hemos asistido al nuevo protagonismo de las víctimas. Tras un periodo de *vacío legal*[86] en el sistema penal, en la década de los años setenta surge un movimiento províctima en defensa de la «gran olvidada» en el Derecho penal con el fin de hacerlas visibles y propiciar un efecto pendular: de la ausencia a la presencia[87]. En el actual modelo penal preventivo, el protagonismo de las víctimas en el proceso penal es una realidad legislativa innegable. Y no solo las víctimas directas, sino también las indirectas[88], e incluso las potenciales. Esa nueva visión ha dado cobertura a la aparición de normas en los diversos ordenamientos jurídicos[89] que, atendiendo a su seguridad, sus miedos, la necesidad de atención que merece la víctima, han ido incorporando un tratamiento propio —tanto en sede penal como en sede procesal— y han favorecido la toma de decisiones y la adopción de medidas pertinentes (pre e intraprocesalmente). Esta «irrupción» de las víctimas no es neutra. Afecta al proceso penal, a la función del Derecho penal y a las decisiones de política criminal. Ahora bien, la intervención de las víctimas no debe concebirse como una sustitución de la función preventiva —general o especial— por la función restaurativa, dado que en tal caso se produciría una quiebra absoluta del sistema de justicia penal de la modernidad —que, de hecho, ya está sucediendo en algunos casos—. Así, toda cautela es poca.

En el debate público se mantiene un discurso províctima en aras de la adopción de políticas de seguridad, discurso que recurre al reiterado mensaje de que todos somos potenciales víctimas de los delitos[90]; se trata de un mensaje político y público que casa perfectamente con conceptos como la prevención y la seguridad. Información, políticas de protección, tratamiento con mayor sensibilidad son conceptos que redefinen algunos de los roles de los agentes públicos en torno a la nueva visibilidad de las víctimas. Proliferan las órdenes de compensación a las víctimas, los servicios de justicia restaurativa o *restorative justice* y, con base en ella, la incorporación y la consolidación del procedimiento de mediación entre la víctima y el ofensor, así como los programas de tratamiento para los ofensores a fin de que estos reconozcan el impacto de los delitos sobre las víctimas. Esa tendencia ha venido de la mano de la Unión Europea, que ha diseñado instrumentos de protección de las «víctimas», especialmente a partir de la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, que básicamente consagró los derechos de las mismas.

En suma, si bien la protección de las víctimas era probablemente una asignatura pendiente, no debe «manipularse» para favorecer un discurso del odio, del «otro», el enemigo (terrorista, maltratador, pedófilo, etc.) que, bajo el pretexto de la defensa de las víctimas, alienta un inhumano

endurecimiento de la respuesta penal. Muestras de esta tendencia son la reinstauración de las penas de muerte y de cadena perpetua o el alargamiento de las penas de prisión, así como la defensa de penas corporales (castración para pedófilos o violadores), entre otras. La tutela de las víctimas no puede llevarse a cabo a costa de la justificación de un endurecimiento perverso e inhumano de las respuestas penales[91]. Esto es, venganza, uso y abuso del sistema penal, populismo punitivo y, sobre todo, caldo de cultivo de más violencia, más agresión y más frustración.

– Finalmente, en el marco de la justicia penal intervienen otros sujetos que cumplen una función importante.

a) Por un lado, y a título de ejemplo, los psicólogos, asistentes sociales, abogados, etc., que intervienen como equipo técnico en la mediación penal. No sustituyen a los protagonistas del sistema, sino que los complementan.

b) Por otro, asistimos a una irrupción de agentes privados en tareas públicas de justicia. En algunos ordenamientos se han incorporado sistemas de gestión privada de las prisiones[92]. Es un camino hacia la «privatización de las prisiones» propio del modelo de Estado (minimalista, entrópico, reduccionista) de la globalización y del pensamiento económico neoliberal. En los sistemas anglosajones se presenta como un cambio imprescindible en el modelo de prisiones, que se consideraba fallido desde parámetros economicistas. La búsqueda de la eficiencia propició la aparición del modelo privado tanto respecto a las «maneras» de gobernanza penitenciaria como respecto a otras muchas cuestiones que afectan a la «estancia» de los condenados en los centros penitenciarios. La implementación de este nuevo modelo eficiente —que implicaba una reducción del gasto público[93]— no ha dejado, sin embargo, indiferente a la doctrina: numerosos los autores se han mostrado, cuando menos, críticos con la legitimación política, jurídica e incluso moral del mismo[94]. Se trata, a mi juicio, de una manifestación no ya de la liquidez del proceso de ejecución penal, sino de su «liquidación». Se licua el modelo y ello está impidiendo el cumplimiento de la condena de acuerdo con el régimen penitenciario establecido[95]; obviamente, en un modelo líquido de cárceles privadas es imposible aplicar el sistema de beneficios penitenciarios[96].

c) Igualmente, han ganado un espacio enorme los medios de comunicación, tanto los tradicionales (prensa, radio, televisión) como las redes sociales. Son un altavoz informador de la investigación (incluso bajo secreto), en tiempo real, además de un transmisor en directo del juicio que anticipa resultados, propicia los juicios paralelos y las denominadas penas de telediario, y que prejuzga, genera «opinión» y sobredimensiona la libertad de información y el proceso público frente a los derechos a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la intimidad, el honor y la propia imagen.

4.2.2. Abuso de la legislación procesal penal y sobre todo de emergencia

Hemos presenciado, no solo en España, sino también en el ámbito global, una imparable y frenética actividad legislativa en materia penal que ha arrastrado reformas procesales penales. En el discurso político, la ley y el orden ha sido una constante, y la seguridad, el control, la lucha contra la criminalidad han sido los baluartes de las modificaciones del Código Penal siempre en dirección inversa hacia la despenalización. El proceso penal, la *cenerentola*[97], se presenta siempre en la hoja de ruta política y legislativa en un segundo nivel, en un segundo plano, juega en segunda división[98]. Hemos asistido a un desmedido interés por engordar el Código Penal y a una frustrante inoperancia del sistema procesal penal ante la nueva realidad penal. Esto ha provocado reformas procesales en las que se han producido, por un lado, restricciones de derechos y, por otro, una búsqueda desesperada de las «salidas» del proceso, los pactos, que favorecen a «algunos» y palian el colapso del sistema.

En el marco de esta bipolaridad o esquizofrenia, hemos asistido a reformas procesales que han incorporado nuevos protagonistas al proceso, nuevos métodos de investigación sofisticados que son fruto de los avances de la ciencia, la técnica, la tecnología, normas de discriminación positiva en favor de la mujer (en los delitos de violencia de género), instrumentos de consenso reductores de la duración de los procesos —regulación de nuevos procedimientos rápidos, ágiles, incluso similares a la «justicia del mazo» americana, etc.—. Aunque la adaptación del proceso penal a la realidad del siglo XXI exigía reformas, la mayoría de las modificaciones legislativas han reforzado el desequilibrio entre seguridad y libertad a favor de la primera, una asimetría justificada en la agenda política internacional que olvida que la seguridad no es otra cosa que una libertad equilibrada[99] y no al revés.

4.2.3. Reformulación de los procedimientos penales: ¿proceso penal sólido, líquido o liquidable?

En esa adecuación de la legislación procesal penal al expansionismo penal, hemos asistido en todos los países a reformas constantes que han reformulado los procedimientos: se han creado nuevos procedimientos, se han introducido salidas o huidas de los existentes, y se han priorizado las manifestaciones de oportunidad que propician acuerdos, pactos, e incluso instrumentos complementarios como la mediación. No se trata de una radiografía local o localista, sino de una realidad global: asistimos a la búsqueda de la paradójica combinación «menos proceso» y «más Derecho penal»; nos hallamos en un escenario casi de pandemia legislativa procesal global en el que las normas se suceden de forma inconexa, a toda velocidad, tratando de reducir tiempos en los procedimientos. Hay una lema en todas estas reformas: *la procedura deve avanzare velocemente*[100]. Para alcanzar este objetivo las técnicas empleadas son de doble naturaleza:

1. Por un lado, se reformulan los procedimientos existentes y se crean nuevos, muy abreviados y rápidos; para «ganar» tiempo, en ellos se alteran algunas de las bases fundamentales del sistema procesal garantista, esto es, se atenúa la obligación de motivar algunas resoluciones, se restringen los medios de impugnación, la composición de los miembros del tribunal en algunas cuestiones se reduce, optimizando así al órgano jurisdiccional, se concentran causas referidas a determinados sujetos en determinados órganos (ampliando una suerte de competencias especializadas y especiales) y se fomenta también la estrecha vinculación del proceso con el Derecho preventivo (policial) que, bajo el paraguas del proceso penal, construye, en palabras de Naucke, una arquitectura de la seguridad[101]. Basta pensar en las nuevas y sofisticadas «medidas cautelares», que tienen poco de cautelares y mucho de medidas preventivas o de seguridad.

Existe en estas últimas reformas una nota común: la reducción de plazos y de fases procesales —aun con merma de garantías— con un objetivo finalista: favorecer el acortamiento de tiempos y una mayor eficiencia (menos tiempo, menos gasto) en el sistema procesal. Ciertamente, en algunos casos las medidas que concretan este objetivo favorecen la acción de la justicia y la tutela judicial efectiva (duración en plazo razonable). En otros, sin embargo, desequilibran la balanza entre garantías y eficiencia en la justicia penal, o, lo que es lo mismo, la búsqueda a toda costa de la eficiencia puede cercenar —y así lo hace en ciertos casos— las garantías de los sujetos del proceso.

2. Por otro lado, se incorporan instrumentos de oportunidad en las reformas procesales (universalmente), que comprenden los pactos y los acuerdos, que favorecen ora los contenidos de las sentencias que deban dictarse, ora las decisiones de archivo, con la aquiescencia de todos los operadores jurídico-penales. En relación con esta política de reducción procesal, de modificación de procesos y de salidas o huidas del mismo, se ha fomentado desde hace ya bastantes décadas —sin disimular la fascinación por el pragmatismo del modelo procesal americano— el espacio en el que se incardina

el principio de oportunidad en materia penal y el fomento de los acuerdos entre acusado (y su defensor) y la fiscalía. Surgen y se consolidan diversas figuras —conformidades[102], *Absprache, consens*, *patteggiamento o apllicaziones della pena su richiesta delle parti, Plea bargaining*, etc.— que permiten alcanzar acuerdos tendentes a favorecer la terminación anticipada del proceso. Son, en suma, una manera de premiar la conducta del acusado que reducen su condena a cambio de la aceptación de la pena solicitada por la acusación —o la más grave de las solicitadas si hubiera varios acusadores— y que permiten dictar sentencia inmediatamente porque hacen que la vista sea innecesaria.

La reforma de los procesos penales (en el mundo occidental) ha supuesto una manera de generar diversos niveles procesales en la persecución de los hechos, lo que, dada la situación actual, no es una decisión líquida, sino sólida, consistente. Se ofrecen plurales respuestas ante plurales exigencias penales. Esos nuevos procesos, con esos nuevos protagonistas y esa posible oportunidad procesal, podrían favorecer una mayor fluidez (proceso fluido) y beneficiar en términos generales el buen hacer y desarrollo de la justicia. Ahora bien, lo que resulta altamente cuestionable es esa maníaca obsesión inoculada en el legislador procesal penal de la «obligación» de reducir, suprimir y eliminar todo o parte de los procesos en aras de unos criterios de eficiencia y eficacia que no deben ser en absoluto los que informen la actuación de la justicia, y menos aun de la justicia penal. Hay que seguir defendiendo la libertad y los derechos de las personas, por mucho que nos encontremos ante la sociedad de riesgo que transforma el Derecho penal en un Derecho dirigido a la defensa de los peligros[103]. Parece que esto no lo tienen claro los «pensadores globales».

3. Un punto esencial en la naturaleza sólida, líquida o evanescente del proceso se halla en el cumplimiento de su función con todas las garantías y en igualdad para todos. La cuestión estriba en determinar, por tanto, el grado de liquidación de las garantías que se está produciendo en los últimos tiempos ante las imparables reformas procesales encaminadas hacia un objetivo finalista: menos proceso, más celeridad y, por ende, indudablemente, menos garantías. Evidentemente, no siempre es así, pero hay supuestos en que la obsesiva abreviación procesal lamina las garantías instrumentada en respuesta a la necesidad de dar satisfacción a una población que exige medidas penales duras, inteligentes y populares[104], buscando el efecto-«efectividad» a cualquier precio[105], lo que justifica políticamente consecuencias altamente preocupantes en el marco del proceso penal, unas consecuencias que nos hacen temer una suerte de liquidación de algunos de los baluartes esenciales del proceso mismo.

Por un lado, se ha caminado inexorablemente hacia el favorecimiento del *secreto de la investigación criminal*, medida que, obviamente, se justifica por la efectividad de la misma en un marco caracterizado por la complejidad, el entramado empresarial, el sistema organizativo, el empleo de instrumentos técnicos y tecnológicos sofisticados y un largo etcétera.

Por otro lado, y de forma imparable, las investigaciones están alcanzando a *terceros* que nada tienen que ver con la investigación (no son sospechosos) a través de la interceptación de escuchas telefónicas o de instrumentos tecnológicos de comunicación como los e-mails, los *WhatsApps*, etc. Estos terceros no tienen conocimiento de ello ni posibilidades de defensa alguna por su desconocimiento. Y lo más sorprendente es la aceptación y aquiescencia de la ciudadanía, que recuerdan a la *vigilancia líquida* de Bauman cuando se refiere a que los detalles más insignificantes de nuestras vidas son registrados y examinados como nunca antes se hizo con un elemento que es realmente conmovedor: con frecuencia los vigilados colaboramos voluntariamente con los vigilantes[106].

Adicionalmente, el proceso se torna líquido cuando no es igual para todos y la ley se aplica de forma distinta a *nosotros* o a *los otros*. Para unos, los nuestros, aplicamos la minimización procesal, grandes dosis de celeridad, incluso de instantaneidad a través de la permisibilidad de acuerdos, pactos y conformidades que potencien la reducción del proceso con bonificaciones en la sentencia.

Paralelamente, para los «otros», sobre los que pesa el pensamiento de la sociedad de riesgo que reclama seguridad, el régimen procesal es diverso: con incomunicaciones en privación de libertad, restricciones en el ejercicio del derecho de defensa, extensión de la duración de la detención o prisión provisional, adopción de medidas preventivas (órdenes de no acudir, de no acercarse, de no salir, etc.), cauciones más elevadas, medidas que favorecen en todo caso la segregación durante la pendencia del proceso y que tienen igualmente proyección en la sentencia, con sanciones más severas, manteniendo el rigor propio de la pena, cercenando la flexibilidad del régimen penitenciario, entre otras.

El reconocimiento de las garantías penales y procesales no es uniforme: se aplican limitaciones y restricciones a determinados delincuentes (los otros), consecuencia del Derecho penal de autor —que se aparta del Derecho penal del hecho—, tendencia que pone en evidencia la estigmatización de ciertos colectivos o delincuentes específicos sobre los que pesa esa necesidad de efectividad del Derecho penal. A ello coadyuva la liquidación de las garantías procesales. Se trasgrede el derecho a la presunción de inocencia, máxime cuando lo que prevalece es la amplia proyección del principio *in dubio pro securitate*[107]. Es claramente un modelo procesal «en pie de guerra», esto es, un modelo que convierte al acusado en una *no persona* en aquellos supuestos en que debe haber y mantenerse el proceso hasta el final. Se entiende que esas *no personas* (enemigas del sistema) han abandonado el Derecho, en la concepción de Jakobs[108], y que, por ende, deben ser afectados por el sistema procesal y, por supuesto, condenados sin ninguna posibilidad de beneficio.

En suma, vivimos una esquizofrenia procesal, la de las dos velocidades, aquella en la que la fluidez procesal es el fruto de la posología suave o del tratamiento para «nosotros» (y que se dirige a esa necesidad de reducir, aplicar celeridad en el proceso penal), y la liquidación del proceso con garantías para quienes llegan al proceso con el estigma de ser «los otros» (más secreto de la investigación, más medidas preventivas y cada vez más sofisticadas, más agentes encubiertos, más agentes provocadores, más interceptación de comunicaciones, más videocámaras)[109]. En ninguno de los dos casos asistimos a un proceso sólido, garante de la aplicación del Derecho penal al caso concreto con garantías, sino a una simulación que aniquila la tutela judicial efectiva y atenta contra los cimientos constitucionales del Estado de Derecho.

4.2.4. Mediación penal, una bocanada de aire fresco, pero con peligro de conversión en elemento de «liquidación» del proceso

La incorporación de la justicia restaurativa supone, por un lado, la aceptación de la inclusión en el sistema penal de la función restaurativa o reparadora y, en segundo lugar, la aceptación de que, además del proceso, pueden incorporarse al sistema vehículos de canalización de esta función, como sucede con la mediación; así viran los protagonistas de la justicia y en este procedimiento se da protagonismo al binomio presunta víctima-presunto autor, una tendencia que casa a la perfección con las políticas de protección a las víctimas a las que nos hemos referido *supra.*

Si bien en sus orígenes la mediación se incorporó en forma de proyectos piloto vinculados inicialmente a la responsabilidad penal de menores, en la actualidad ya son numerosas las legislaciones que, a través de diversas técnicas legislativas y diversas normas la mediación, han incorporado este procedimiento entre víctima y victimario, con la intervención de uno o varios mediadores que facilitan la comunicación entre ellos (en ocasiones es un equipo técnico). Este procedimiento actúa esencialmente como instrumento de canalización de la función restaurativa, pero puede igualmente propiciar un acuerdo que, incorporado al proceso, garantice las funciones de prevención general y, en su caso, la de prevención especial. Se trata de un procedimiento en el que se trabaja con conceptos como diálogo, comunicación, escucha, responsabilidad, ponerse en lugar del otro (bilateral), per-

dón, reparación etc., conceptos que tan chirriantes resultan al lenguaje penal en el sistema jurídico de la seguridad de la actual sociedad global. Solo por ello, frente a un lenguaje de guerra, enemigo, tolerancia cero, etc., es fundamental abrir la posibilidad de la mediación como una bocanada de aire fresco en el reconcentrado modelo cada vez más retributivo, inspirado en una desconfianza hacia el ser humano, en el miedo, el pánico, el control y la búsqueda desesperada de la seguridad a través del ultrapunitivismo. Merece, cuando menos, su consideración en esta sociedad descreída, con la economía como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada[110].

Ahora bien, la mediación no es ni un medio contrapuesto ni alternativo al proceso, sino un complemento del mismo. Y a través del procedimiento en el que intervienen víctima-victimario-mediador puede darse debido cumplimiento a las tres funciones del Derecho penal: la preventiva, la resocializadora y la restaurativa. Si el empleo de la mediación penal se realiza desde las lentes del pensamiento economicista, una institución como esta podría ser presentada mediante un discurso político optimista que considere que favorece el acortamiento de los procesos y, con él, menos trabajo, menos desgaste de medios y de personal y mucho menos presupuesto económico o, lo que es lo mismo, estaríamos simplificando las cosas para licuar mucho más el proceso, propiciando su liquidez. Obviamente, no debe aceptarse esta visión de la institución.

En suma, concluimos afirmando que, en el paisaje penal involucionado, regresivo, atópico y contradictorio que vivimos, la mediación penal adquiere paulatinamente espacio en el mundo de la justicia penal y se convierte en una bocanada de aire, de frescura, que permite una mirada desde las personas, que no es una medida alternativa, sino complementaria del proceso penal. Su imbricación en el sistema penal sancionador a través de la valorización de la reparación ha supuesto una relectura de aquel desde la perspectiva de los derechos humanos[111]. Solo desde la vuelta a la tutela de estos derechos será posible reconstruir una sociedad más justa, más equitativa[112], más solidaria y también más segura.

Es indudable que, frente al diagnóstico de una sociedad con paranoia por la seguridad, con cada vez *más desigualdad, más ansiedad, más suicidios, más depresión, más criminalidad y más miedo*, como apuntaba Bauman, la mediación penal —que puede hasta servir a los fines de eficacia de la justicia penal en su conjunto— permite que las personas «vuelvan» a ser eje de protección del Derecho. Solo por eso, y aun cuando con algunas cautelas, vale la pena hacerle espacio en el sistema penal.

NOTAS

1. Bauman (2006: 9); *vid.*, asimismo, Bauman (2003*a*; y 2005).

2. Bauman (2006: 90).

3. Bauman (2006: 89).

4. Arendt (1970: viii).

5. Considera Bauman que «todos debemos participar en la elaboración y construcción de la cultura del diálogo capaz de sanar las heridas de nuestro mundo multicultural, multicéntrico y multiconflictivo […] los habitantes de la Tierra nos encontramos ante una verdadera disyuntiva: o unimos nuestras manos, o nos unimos a la comitiva fúnebre de nuestro propio entierro en una misma y colosal fosa común» (Bauman, 2017: 160-161).

6. Ordóñez (2016: 95).

7. Beck (2007; 1992 y 1999); *vid.*, también, Beck y Holzer (2004: 421-439).

8. Zaffaroni (2006: 229 y ss.).

9. Bauman (2003*b*: 169).

10. *Ibídem*: 59.

11. Castells ([2]2000).

12. Vervaele (2017: 466). Como afirma este autor, la transición de una nación-Estado a una nación en red es un proceso político y de organización, motivado por la transformación política, representación y dominación de las condiciones de la sociedad en red.

13. Merry (1981).

14. Williams (2011: 453).

15. Abrahamsen (2005: 55-80).

16. Baratta (2001: 113 y ss.).

17. Puede verse Sieber (2008: 126-127). Con anterioridad, Sieber (2004-2006: 35-79).

18. Maier (2009: 117-122).

19. Young (1999).

20. Rodenstedt (2017: 111). La autora considera que la idea de seguridad está directamente vinculada a la del miedo y explica las medidas adoptadas en materia de prevención adoptadas en Suecia en aras de alcanzar la seguridad ciudadana.

21. Garland (2002*a*: 172).

22. Williams (2011: 455).

23. Garland (2002*a*: 175).

24. Simon (2007: 23).

25. Foster (2011: 18). Exactamente, esta autora afirma: «Precaution involves a preparedness by public authorities to intervene in advance in relation to potential, uncertain or hypothetical threats».

26. Garland (2002*a*: 17).

27. Müller (2013).

28. Legnaro (2017: 19).

29. Explica el denominado *das Disorder-Modell* y sus efectos Häfele (2017: 193-196).

30. Chappell, Monk-Turner y Payn (2017: 257-261).

31. Mir Puig (2006: 52).

32. Donini (2011: 22-23).

33. La constitución de este Derecho penal del enemigo es, según Hassemer (2006: 328), una desviación ilegítima del Derecho penal orientado a la prevención («die Lehre vom Feindstrafrecht ist der Bastard des präventiven Strafrechts»).

34. Mir Puig (2011: 118).

35. Garland (2002*a*: 127).

36. Simon (2007: 77).

37. Garland (2002*a*: 192).

38. Llegado a este punto, podríamos emplear el término de «megapreventivo» que utiliza Diéz Ripollés,(2001: 124).

39. Hassemer (1992: 235 y ss.). Kuhlen (2004: 76) se refiere en su obra al «Derecho penal simbólico-engañoso», que favorece la manipulación política de la gente.

40. Carbonell Mateu (2001: 19).

41. Garland (2002*a*: 134-135).

42. Puede verse, entre otros, Sieber (2016: 351-372).

43. Persak (2014: 244).

44. Donini (2011: 14-15).

45. Entendido en el sentido de una regla mínima de pacífica convivencia y de paz social, tal como apunta Insolera (2011: 203).

46. Pérez Cepeda,(2007: 38).

47. Verbaele (2017: 486-487).

48. Ferrajoli, (2016: 19).

49. Maier (2001: 1215).

50. Maier, (2009: 117-122).

51. *Ibídem*: 106-108.

52. Díéz Ripollés (2017).

53. Del Rosal Blasco (2009: 11-20).

54. Díez Ripollés (2004: 13, 14 y 16).

55. Como expone Shetty (2017: 9), «[…] la retórica del odio ha tenido un peligroso y amplio impacto en las políticas, hasta el punto de que se ha convertido en una peligrosa fuerza en los asuntos del mundo. Sea Trump en EE. UU., Orbán en Hungría, Erdogan en Turquía o Duterte en Filipinas, cada vez son más los políticos que dicen ser "antisistema" y que tienen una agenda perversa que persigue, convierte en chivos expiatorios y deshumaniza a grupos enteros de personas».

56. Silva Sánchez (2011).

57. Garland (2002*a*: 109).

58. Hudson (2003: 45).

59. Garland (2002*a*: 199).

60. Díez Ripollés (2004: 7, nota 7).

61. Díez Ripollés (2017: 8).

62. Wacquant (2001: 404). Este autor considera que la prisión es un mecanismo para «gobernar la pobreza» sometiendo a una suerte de «ghetto» al sector de la población no integrada, peligrosa y marginal.

63. Baratta (2001: 118).

64. Díez Ripollés (2017: 10).

65. *Ibídem*: 10.

66. Pulitanò (2011: 130).

67. Caputo (2011: 178)

68. *Ibídem*: 159.

69. Fiore (2011: 46-47).

70. Baratta (2000: 28).

71. Habermas (2002: 131).

72. Una visión de la historia del proceso penal puede verse en Barona Vilar (2017*a*).

73. Roxin, Schünemann y Kern ([25]1998).

74. Como apuntaba Goldschmidt (1934: 109 y ss.), el proceso penal de una nación es el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su constitución.

75. Ferrajoli (2016: 129).

76. Es por ello, como apunta Albrecht (2006: 123), que el proceso penal es el *sismógrafo* que permite medir la libertad y la seguridad.

77. Arroyo Zapatero (2013: 14-15); y Arroyo Zapatero y Nieto Martín (2008).

78. Vogler (2017: 330); Stone Sweet (2011: 1861); y O'Boyle (2008: 1-11).

79. Stone Sweet (2011: 1865).

80. Vogler (2017: 327-328).

81. Pastor (2009: 213).

82. Vid., la posición crítica que mantiene Ferrajoli (2001: 807-808); también, Pastor (2009: 213-217), que considera que este poder penal internacional está favoreciendo una manifestación del Derecho penal del enemigo porque dirige una lucha contra la criminalidad de forma sesgada, no es ni a todos ni para todos, amén de presentar una modalidad de punición infinita, «sistema creado no para investigar y juzgar, sino para condenar, pues su objetivo eufóricamente declamado es acabar con la impunidad».

83. Orlandi (2012: 943-944).

84. Orlandi (2011: 94-95).

85. Ibídem: 97.

86. En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentitiy*, al que se refiere Fattah (1991: 45). Se tradujo al alemán este mismo término como *rechtlichen Nichts*, al que se refiere Kilchling (1995: 1).

87. Barona Vilar (2011: 96)

88. Garland (2002*a*: 11). Este autor habla de «retorno» de la víctima.

89. Gómez Colomer (2015*a*: 100-129). También (2015*b*).

90. Simon (2007: 110). También, Muñoz Conde (2005).

91. Amelung (2005: 3 y ss.).

92. Han surgido en algunos países el denominado *correctional business*, que permite dirigir y gestionar la prisión como si de una empresa o una multinacional se tratare (con beneficios derivados del trabajo de los internos, con cotización en bolsa, etc.). Es aplicar la idea del coste-beneficio, y por tanto la rentabilidad en el ejercicio de la función privada de gestión de prisiones. Puede verse Zolo (2006).

93. Aman y Greenhouse (2014: 256 ss.).

94. Mooney (2005: 675-680). También se muestra muy crítico Garland (2002*b*: 459-487).

95. Se afianza lo que Allen (1981) denominó el declive del ideal rehabilitador.

96. Garland, (2002*a*: 8).

97. Carnelutti (1946: 73 y ss.).

98. Barona Vilar (2017*b*: 48).

99. Albrecht (2006: 25).

100. Naucke (2011: 86).

101. Naucke (2011: 86).

102. Sobre la irrupción y desarrollo de la conformidad en el proceso penal, con un estudio de Derecho comparado, puede verse Barona Vilar (1994).

103. Hassemer (2011: 78).

104. Garland (2002*a*: 13).

105. Paliero (2004: 118).

106. Bauman (2013). Él mismo reflexiona en torno a la cuestión de *quién vigilará a los propios vigilantes*, y esto lo vincula a la continua violación del derecho a la intimidad y a la dignidad de las personas, y a la aceptación de esto por la sociedad. Bauman manifiesta constantemente la incertidumbre que le genera el no saber quién, cuándo, para qué y desde dónde te controlan.

107. Prittwitz (2011: 116).

108. Jakobs (2006: 57 y ss.).

109. Maier, (2001: 1216 y 1226). Maier considera que todo ello demuestra que el modelo procesal diseñado en el Estado democrático de Derecho no alcanza a «servir» a lo que la sociedad demanda, apareciendo soluciones que provienen de un pensamiento global, internacional o supranacional, que inundan los ordenamientos nacionales para dar respuesta a ese nuevo modelo penal. Él habla de la «crisis del sistema penal», crisis en cuanto rompe con el modelo del sistema penal de la Ilustración y en concreto quiebra el significado de la pena, la función del Derecho penal, los límites a las penas que puede imponer el Estado y la relación entre la pena y los intereses concretos de los individuos, el fin y la función del proceso penal, las relaciones entre los diversos sujetos del proceso, especialmente entre los órganos del Estado y las partes privadas del proceso, y el papel del imputado en el proceso penal.

110. Barona Vilar (2015: 202-203).

111. Mannozzi (2012: 845).

112. Como apunta Portilla Contreras (2003: 99), la desigualdad social generada por las políticas neoliberales mina cualquier intento de realizar la igualdad necesaria para que la democracia sea creíble.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAHAMSEN, Rita (2005): «Blair's Africa: The Politics of securitization and fear», *Alternatives*, 30 (1).
ALBRECHT, Peter A. (2006): *Die vergessene Freiheit*, Berlín: Berliner-Wiss Verlag.
ALLEN, Francis (1981): *The Decline Of The Rehabilitative Ideal*, New Haven: Yale University Press.
AMAN, Alfred C. y Carol J. GREENHOUSE (2014): «Prison privatization and Inmate Labor in the global Economy: Reframing the debate over private prisons», *Fordham Urb. L. J.*, Vol. XLII.
AMELUNG, Knut (2005): «Auf der Ruckseite der Strafnorm, Opfer und Normvertrauen in der strafrechtlichen Argumentation», en *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift fur Eser*, München.
ARENDT, Hannah (1970): *Man in Dark Times*, Londres: Mariner Books.
ARROYO ZAPATERO, Luis, (2013): «La armonización internacional del Derecho Penal. Hechos, actores y procesos en el camino de la armonización», en *Armonización penal en Europa*, European Inklings (EU).

ARROYO ZAPATERO, Luis y Adán NIETO MARTÍN (2008): *Código de Derecho penal europeo e internacional*, Madrid: Ministerio de Justicia.
BARATTA, Alessandro (2000): «Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti?», *Democracia e Diritto*, 9.
— (2001): «El concepto actual de seguridad en Europa», en *RCSP (Revista Catalana de Seguretat Pública)*, 8.
BARONA VILAR, Silvia (2011): *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2015): «Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)», en J. L. Gómez Colomer (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer,* Vol. I, Castellón: Ed. Universitat Jaume I, Col.lecció Estudis Juridics, Núm. 22.
— (2017*a*): *El proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo,* Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2017*b*): «Proceso civil y penal ¿líquido? en el Siglo XXI», en S. Barona Vilar (ed.), *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia: Tirant lo Blanch
BAUMAN, Zygmunt (2003*a*): *Modernidad líquida,* México: Fondo de cultura económica.
— (2003*b*): *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid: Siglo XXI.
— (2005): *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, México: Fondo de Cultura Económica.
— (2006): *Vida líquida*, Barcelona: Paidós.
— (2013): *Vigilancia líquida*, Barcelona: Paidós.
— (2017): *Retrotopía,* Barcelona: Paidós.
BECK, Ulrich (1992): *Risk society: Towards a New Modernism*, Londres: Sage.
— (1999): *World Risk Society*, Cambridge: Cambridge University Press.
— (2007): *Weltrisikogesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.
BECK, Ulrich y Boris HOLZER (2004): «Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?», en U. Beck y C. Lau (eds.), *Entgrenzung und Entscheidung,* Frankfurt: Suhrkamp.
CAPUTO, Angelo, (2011): «Dalla tolleranza zero al diritto speciale dellímmigrazione», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bolonia: Bolonia University Press.
CARBONELL MATEU, Joan Carles (2001): «Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad», *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha y Ediciones de la Universidad de Salamanca.
CARNELUTTI, Francesco (1946): «Cenerentola», en *Rivista di Diritto Processuale,* I.
CASTELLS, Manuel ([2]2000): *The Rise of the Network Society: The Information Age: Economy, Society and Culture*, Vol. 1, Malden: Blackwell.
CHAPPELL, Allison T, Elizabeth MONK-TURNER y Brian K, PAYNE (2017): «Broken Windows or Window Breakers. The influence of Physical and Social Disorder on Quality of life», en K. Holsinger y L. Sexton (eds.), *Toward Justice. Broadening the Study of Criminal Justice*, New York: Routledge.
DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, (2009): «¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08.
DIÉZ RIPOLLÉS, Jose Luis (2001): «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en VVAA, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED.
— (2004): «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03.
— (2017): «El abuso del sistema penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-01.
DONINI, Massimo (2011): «La sicurezza come orizzonte totalizante del discorso penale», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bolonia: Bolonia University Press.
FATTAH, Ezzat A. (1991): «From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change», *Annales Internationales de* Criminologie, 29 112.
FERRAJOLI, Luigi (2001): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
— ([2]2016): *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
FIORE, Carlo (2011): «Relazione Introduttiva», en A. M. Stile (ed.) *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
FOSTER, Caroline E. (2011): *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press.
GARLAND, David (2002*a*): *The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society,* Oxford: Oxford University Press.
— (2002*b*): «The Cultural Uses of Capital Punishment», *Punishment and Society*, 4(4).
GOLDSCHMIDT, James (1934): *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona: Bosch.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, (2015*a*): «Víctima del delito y Europa», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 17.
— (2015*b*) *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Cizur Menor: Aranzadi.
HABERMAS, Jürgen (2002): *Creer y saber. El futuro de la naturaleza humana*, Barcelona: Paidós.
HÄFELE, Joachim (2017): «Disorder, (Un)-Sicherheit, (In)-Toleranz», en J. Häfele, F. Sack, V. Eick, y H. Hillen (eds.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Wiesbaden: Springer.
HASSEMER, Winfred (1992): «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 45 (1)).
— (2006): «Sicherheit durch Strafrecht», *Strafverteidiger*, april.
— (2011): «Libertà e sicurezza alla luce della política criminale», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bolonia: Bolonia University Press.
HUDSON, Barbara (2003): *Justice in the risk society*, Londres: Sage.
INSOLERA, Gaetano (2011): «Sicurezza e ordine pubblico», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bolonia: Bolonia University Press.
KILCHLING, Michael (1995): *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg: Edition Iuscrim (MPI).
KUHLEN, Lothar (2004): «La autocompresión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo», en F. Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio,* Valencia: Tirant lo Blanch.
JAKOBS, Günther (2006): «¿Terroristas como personas en Derecho?», en G. Jakobs y M. Cancio (eds.), *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.
LEGNARO, Aldo (2017): «Die (Europäische) Stadt auf dem Weg zum Nicht-Ort?», en J. Häfele, F. Sack, V. Eick y H. Hillen (eds.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen,* Wiesbaden: Springer.
MAIER, Julio B. (2001): «Inquisition oder Kompostion?», en H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H. J. Rudolphi y B. Schünemann (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlín: De Gruyter.
— (2009): «Estado democrático, Derecho penal y procedimiento penal», en J. B. Maier y G. E. Córdoba (coords.), *¿Tiene un futuro el Derecho penal?,* Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
MANNOZZI, Grazia (2012): «Commento a "Concessione della misura alternativa della semilibertà. La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatía Tribunale di Sorveglianza di Venezia, Ordinanza 7 gennaio 2012, n. 5"», *Diritto penale e processo*, 7.
MERRY, Sally E. (1981): *Urban Danger: Life in a Neighbourhood of Strangers*, Philadelphia: Temple University Press.
MIR PUIG, Santiago (2006): *Estado, pena y delito*, Montevideo: Ed. B. de F.
— (2011): «Evoluzione política e involuzione del Diritto Penale», en A. M. Stile (ed.), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
MOONEY, Christopher Z. (2005): «The Politics of Morality Policy: Symposium Editor's Introduction», *Policy Studies Journal* 27 (4), julio.
MÜLLER, Anna-Lis (2013): *Green creative City*, Konstanz: UVK.
MUÑOZ CONDE, Francisco (2005): «Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "Derecho penal del enemigo"», en *Revista General de Derecho Penal*, 3. Disponible en: <www.iustel.com>.
NAUCKE, Wolfgang (2011): «La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bolonia: Bolonia University Press.
O'BOYLE, Michael (2008): «On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, 1.
ORDOÑEZ, Leonardo (2016): «La globalización del miedo» *Revista de Estudios Sociales,* 25, diciembre.
ORLANDI, Renzo (2011): «Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bolonia: Bolonia University Press.
— (2012): «Pubblico Ministero», *Enciclopedia del Diritto*, Milán: Giuffré Editore.
PALIERO, Carlo E. (2004): «La autocomposición de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo», en F. Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
PASTOR, Daniel R. (2009): «El Derecho Penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional», en J. B. Maier y G. E. CÓRDOBA (coords.), *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Buenos Aires: Ed. AdHoc.
PÉREZ CEPEDA, Ana I. (2007): *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno*, Madrid: Iustel.

PERSAK, Nina (2014): «Using "Quality of Life" to legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder», en A. P. Simester, AP, A. Du Bois-Pedain y U. Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Adreas von Hirsch*, Oxford: Hart Publishing.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2003): «La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre elección de intereses penales», en L. Arroyo, A. Nieto y U. Neumann (coords.), *Crítica del Derecho penal en el cambio de siglo,* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

PRITTWITZ, Conelius (2011): «La concorrenza diseguale tras sicurezza e libertà», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bolonia: Bolonia University Press.

PULITANÒ, Domenico (2011): «Sicurezza e diritto penale», en M. Donini y M. Pavarini (eds.), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bolonia: Bolonia University Press.

RODENSTEDT, Ann (2017): «Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden», en J. Häfele, F. Sack, V. Eick, y H. Hillen (eds.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Wiesbaden: Springer.

ROXIN, Claus, Bernd SCHÜNEMANN y Eduard KERN ([25]1998): *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, Munich: C. H. Beck.

SHETTY, Salil (2017): «La política de la demonización» Amnistía Internacional, *Informe anual 2016/2017.*

SIEBER, Ulrich (2004-2006): «Grenzen des Strafrechts» en H. J. Albrecht y U. Sieber (eds.) *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung*. Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut fur ausländisches und internationales Strafrecht.

— (2008): «Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal», *Revista Penal*. *La Ley*, julio

— (2016): «Der paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht», en K. Tiedemann, U. Siebe, H. Satzger, C. Burchard y D. Brodowski (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel,* Baden-Baden: Nomos.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª (2011): *La expansión del derecho penal*, Madrid: Edisofer.

SIMON, Jonathan (2007): *Governing through Crime*, Oxford: Oxford University Press.

STONE SWEET, Alec (2011): «The European Convention on Human Rights and National Constitutional Reordering», *Cardozo Law Review*, 33.

VERVAELE, John E., (2017): «¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites», en S. Barona Vilar (ed.), *Justicia Civil y Penal en la era global*, Valencia: Tirant lo Blanch.

VOGLER, Richard (2017): «The ECtHR as guardian of due process in European Criminal Justice: Threats and Challenges», en S. Barona Vilar, *Justicia civil y penal en la era global*, Valencia: Tirant lo Blanch.

WACQUANT, Loïc (2001): «The Penalisation of Poverty and the Rise of Neo-Liberalism», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 9 (4).

WILLIAMS, Michael C. (2011): «Securitization and the liberalism of fear», *Special issue on The Politics of Securization*, *Security Dialogue,* 42 (4-5). Disponible en: <http://sdi.sagepub.com/content/42/4-5/453.full.pdf+html>.

YOUNG, Jock (1999): *The Exclusive Society*, Londres: Sage

ZAFFARONI, Eugenio R. (2006): *El enemigo en el derecho penal,* México: Ediciones Coyoacán.

ZOLO, Danilo (2006): «Globalizzazione carceraria. L'esplosione del carcere negli Stati Uniti e in Europa», *Il Manifesto*, 30 de marzo.

Fecha de recepción: 21 de julio de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

LOS DEBERES DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

THE STATE'S DUTIES IN THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF VICTIMS OF GENDER VIOLENCE AND THE GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE

Elena Martínez García

Profesora titular de Derecho procesal
Universitat de València

RESUMEN

La CEDAW, la DEDAW y el Convenio de Estambul establecen un catálogo de obligaciones que van desde la protección de las víctimas de violencia de género a los contenidos de las políticas públicas, legislaciones y acciones para prevenir, detectar, proteger y castigar los actos de violencia contra la mujer. Este conjunto de obligaciones prestacionales genera derechos a favor de las víctimas, que a su vez integran el derecho de acceso a la justicia del las mujeres que tienen tal condición. Es decir, esta panoplia de normas nacionales e internacionales crean los contenidos objetivos y subjetivos del derecho de la mujer a la vida libre de violencia y su consecuente derecho de acceso a la justicia. Entre ellos, el deber de diligencia debida de los Estados, que adopta una doble dimensión de responsabilidad, a saber, una dimensión sistémica y una dimensión individual, que a su vez se relaciona con los derechos sociales e individuales, respectivamente. El concepto de «debida diligencia» adquiere una gran importancia en materia de responsabilidad del Estado.

PALABRAS CLAVE

Violencia de género, derecho de acceso a la justicia, debida diligencia.

ABSTRACT

CEDAW, DEDAW and the Istanbul Convention establish a catalog of obligations related to the protection of victims of gender violence, which achieve public policies, legislation and actions to prevent, detect, protect and punish acts of violence against women. This set of benefit obligations generates rights in favor of the victims, and also it has been integrated the right of access to justice for women. That is, this panoply of national and international standards create the objective and subjective contents of women's right to life free of violence and their consequent right of access to justice. Among them, the duty of due diligence of States adopts a double dimension of responsibility, namely a systemic dimension and an individual dimension, which in turn is related to social and individual rights, respectively. The concept of «due diligence» is of great importance in terms of State responsibility.

KEYWORDS

Gender violence, right to access to justice, due diligence.

LOS DEBERES DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA*

A las mujeres y hombres feministas que con sus gestos cambian esta sociedad

Elena Martínez
Profesora titular de Derecho procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Objeto de estudio. 1.1. El derecho de acceso a la Justicia de las mujeres: obstáculos en un contexto de discriminación y desigualdad. 1.2. El derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género tras la LOVG: un largo camino por recorrer. 2. El derecho al acceso a la justicia de las mujeres y el movimiento feminista. 3. Introducción al derecho fundamental a una vida libre de violencia de género. 3.1. La dimensión subjetiva y objetiva del derecho a una vida libre de violencia de género. 3.2. Hacia un cambio de paradigma del presente derecho fundamental: el deber de diligencia debida del Estado. 3.2.1. Violencia de género y desigualdad en un plano sistémico. 3.2.2. Violencia de género y desigualdad en un plano intersubjetivo. 3.3.3. Conclusión. 4. La igualdad (de género) como límite nuevo a la libertad en la Ley Orgánica de medidas integrales contra la violencia de género. 5. Derecho de acceso a la justicia (o *la proteccionabilidad de Ferrajoli)* en la ley de violencia de género y la ley reguladora del estatuto de la víctima. 5.1. Plano obligacional sistémico para el Estado español. 5.2. Plano obligacional individual para el Estado español. 6. Conclusiones. Bibliografía.

* Este artículo se ha realizado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad I+D DER 70568/2015 «La construcción de Europa a través de la cooperación judicial penal en materia de protección de víctimas de violencia de género».

1. OBJETO DE ESTUDIO

El «derecho de acceso a la justicia» nace en los años 60 como un movimiento social, académico y político que, en Europa y demás países de Occidente, tuvo como principal impulso la crítica de la concepción dogmático-formalista del Derecho, percibido como la causa de numerosos problemas individuales y colectivos de la ciudadanía[1]. El Derecho se ha mostrado miope o ciego ante determinadas realidades sociales, y su aplicación «descontextualizada» —es decir, su interpretación rígida y conservadora— no ha amparado a colectivos históricamente discriminados. De acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, el «contexto» —o, si se quiere, la realidad— es una fuente de interpretación para los jueces; sin embargo, a menudo la judicatura se esconde tras la rigidez de la norma y obvia este mandato. Otras veces claramente no es así y nuestros operadores jurídicos entienden los matices de determinado contexto o realidad social que propician una nueva interpretación normativa más justa, ecuánime y respetuosa con ciertos colectivos que, de otra forma, no podrían hacer valer sus derechos en igualdad de condiciones. Un ejemplo de ello es la interpretación del Tribunal Constitucional de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género o reciente jurisprudencia (STS 1046/2010 de 7 de diciembre o STJ de Andalucía 960/2012, de 25 de marzo o del TSJ Madrid 119/2012 de 22 de febrero, siguiendo las propias pautas de interpretación postuladas por la Guía práctica del Consejo General del Poder Judicial del 2016). La discriminación es siempre un fenómeno de naturaleza grupal y obliga a estudiar las normas en los contextos en los que se genera la limitación de derechos que sufren determinados colectivos.

Ya en materia de derechos que afectan a las mujeres, se ha evidenciado la necesidad de llevar a cabo una reinterpretación del ordenamiento desde una perspectiva de género y con una metodología transdisciplinar que haga visibles las repercusiones que una concepción ajena a las particularidades de la mujer en nuestra sociedad (el «contexto») tiene sobre sus derechos. Algunos sectores de la doctrina hablan ya de la denominada «feminización del Derecho»[2], incluso del Derecho penal. Como se verá, los derechos humanos se crearon por y para hombres; por ello, el siglo XXI reclama una reinterpretación de los mismos.

Así las cosas, no es de extrañar que no tengamos todavía bien asumido el derecho fundamental de una mujer víctima de violencia de género a no sufrir tal violencia. Ello exige ahondar en la *ceguera* y la laxitud a la hora de tratar a las mujeres víctimas, de prevenir nuevos actos de violencia sexista y de transformar los valores de esta sociedad. La labor está por hacer y el cambio será costoso tanto en el plano doctrinal como en el jurisprudencial, pero hay que recorrer este camino para poder poner nombre a cada uno de los derechos fundamentales y ordinarios de estas mujeres. La reinterpretación del Derecho de forma holística y no parcial es el camino al que nos referimos para definir el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia de género, en condiciones de igualdad y sin discriminación, con independencia de cómo llamemos a este derecho humano (art. 4 del Convenio de Estambul).

También desde una perspectiva de género, el derecho de acceso de las mujeres a la justicia hace aguas, a pesar del importante avance que supuso la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOVG), la Ley 3/2007, de Igualdad, de 23 de marzo y, por supuesto, del incesante trabajo realizado por el movimiento jurídico feminista. Podemos afirmar sin ambages que la LOVG constituye el desarrollo del derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de la violencia sexista desde una perspectiva no solamente intersubjetiva, sino holística y transformadora del modelo social desigualitario y del paradigma de justicia androcéntrico. Pero también es fácil colegir que la LOVG regula solo *una parte de las mujeres a la justicia*, a saber, el de las mujeres víctimas de violencia de género; se trata,

no obstante, de una buena base para comenzar a trabajar y definir este derecho tan importante en el siglo XXI.

Para realizar este trabajo hemos contado con el apoyo de una resolución judicial importante en la materia: la sentencia del caso *González y otros vs. México* («Campo Algodonero») de 16 de abril de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ella, la CIDH determinó la responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de diligencia debida, incumplimiento asociado a la falta de protección de las mujeres frente a la violencia estructural existente en México. En el mismo sentido, nos hemos servido de las sentencias de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos —Casos *Opuz vs. Turquía* (2 de junio 2009), *A. vs. Croacia* (14 de octubre 2010), *Rumor vs. Italia* (27 de mayo 2014) y *M. G. vs. Turquía* (22 de marzo 2016)—. Hemos tomado también en consideración la reciente condena a España por Naciones Unidas (CEDAW) por el daño causado a Ángela González por el asesinato de su hija a manos de su exmarido.

1.1. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES: OBSTÁCULOS EN UN CONTEXTO DE DISCRIMINACIÓN Y DESIGUALDAD

El análisis de la justicia desde la perspectiva de género exige un abordaje desde varios frentes. El marco general del que disponemos en la actualidad para reflexionar sobre el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es la Recomendación General núm. 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia, de 3 de agosto de 2015, del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/CG/33). La Recomendación examina las obligaciones de los Estados destinadas a asegurar que las mujeres tengan derecho a acceder a la justicia a fin de empoderarlas como titulares de derechos, dado que ello «optimiza el potencial de emancipación y transformación del Derecho». Para ello, parte del reconocimiento de la existencia real de «obstáculos que se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procesos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica social y culturalmente accesibles a todas las mujeres». Generalmente, las mujeres que pertenecen a estos grupos desfavorecidos suelen no denunciar por temor a ser estigmatizadas, humilladas y no creídas, deportadas, torturadas y sometidas a otras formas de violencia; con frecuencia, sus reclamaciones no son atendidas, investigadas y tratadas con la debida diligencia.

Avanzamos o progresamos, por tanto, desde la igualdad entendida como no discriminación hacia la noción de igualdad como deber de protección de determinados grupos, lo que conlleva el abandono de la aparente neutralidad del Estados y sus operadores jurídicos, que deben hacer una relectura de las obligaciones del mismo. «El empleo de la noción de igualdad material conlleva una definición sobre el rol del Estado como garante activo de los derechos en escenarios sociales de desigualdad. Es, además, una herramienta útil para examinar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales tanto en su formulación como efectos. Además, tiene consecuencias directas en el debate sobre remedios efectivos, pues es sabido que las obligaciones positivas son más difíciles de exigir, por ejemplo, por la vía judicial doméstica»[3]. Por esto es tan importante determinar los derechos de las víctimas y las garantías exigibles ante la justicia.

Las recomendaciones generales de la CEDAW versan sobre diversos aspectos que procedemos a sintetizar a continuación para avanzar el marco del debate sobre el que pretendemos movernos. A lo largo de estas páginas profundizaremos en ellos, si bien nos centraremos específicamente en las víctimas de violencia de género.

– Justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, suministro de recursos y rendición de cuentas de los sistemas de justicia

El acceso a la justicia no es igual según el territorio en el que la mujer se encuentre. Puede haber barreras físicas, falta de medios que les aseguren un asesoramiento letrado de calidad para poder reclamar sus derechos. La justicia debe estar disponible y ser accesible tanto para las zonas urbanas como rurales: ha de tener un coste económico asumible por cualquier mujer con independencia de sus medios, y el Estado debe implementar los recursos necesarios para que se generen estas condiciones. Además, el sistema debe ser supervisado para localizar los puntos más endebles y corregirlos, muy especialmente haciendo hincapié en las especificidades que el género pueden conllevar en cualquier pieza del sistema, que exigen la formación de los juzgadores y su imparcialidad para evitar la impunidad de estos crímenes.

La eliminación de obstáculos económicos y lingüísticos —impulsada ahora sobre todo por a Ley reguladora del Estatuto de las Víctimas— es clave en la sensibilización y la publicidad necesarias para poder dar a conocer los derechos, un conocimiento facilitado por el acceso a las tecnologías de la información y comunicaciones. Para ello, la creación de centros o puntos integrales de atención a mujeres que incluyan servicios sociales y jurídicos dependientes de los ayuntamientos u otros niveles institucionales puede ser una medida muy útil.

Por último, el análisis estadístico es muy importante porque genera la visibilidad necesaria para seguir ahondando en las reformas y facilitar que se denuncie de forma más activa. Ello conlleva la obligación para todos los operadores jurídicos de trasladar datos y la creación de un observatorio que se encargue de recopilarlos y traducirlos.

– Revisión de leyes, procedimientos y prácticas discriminatorias

Deben revisarse los obstáculos que impiden el acceso de las mujeres a las profesiones relativas al desarrollo de la justicia en todos sus niveles para que estén representadas adecuadamente, en consonancia con el artículo 2 de la Convención, que consagra la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer.

En el mismo sentido, debe aplicarse el principio de igualdad sustantiva o real a la hora de aplicar e interpretar cualquier ley. Ello comporta la revisión de las leyes sustantivas y procesales a la hora de acceder a la justicia, así como la introducción del concepto de «diligencia debida» por las autoridades encargadas de aplicar el Derecho y, como veremos, la previsión de responsabilidades en caso inacción de las mismas. Ejemplo de la ausencia de igualdad es el hecho de que todavía existan ordenamientos en los que la tramitación por una mujer de una causa ante la justicia requiere de la intervención de un familiar, su invalidación como testigos o las dudas sobre la validez de su testimonio como prueba única ante determinados abusos o violaciones de sus derechos. Pensemos también en la carga de la prueba, en la que la existencia de una relación de poder con la otra parte dificulta un tratamiento equitativo de los casos; nos referimos a la realidad que todos los días transmite en los juzgados el art. 416 LECrim, que permite a la víctima testigo no declarar en calidad de tal, a pesar de que hubiera denunciado con anterioridad y de que las partes, Fiscalía y órgano jurisdiccional, sepan que ha existido el delito: si ella no presta declaración, difícilmente va a poder abrirse el juicio oral contra el presunto maltratador.

Un pacto de Estado por la igualdad de género facilitaría mucho la transformación de nuestra sociedad, que debería pasar por modificar la Constitución Española desde una perspectiva de género.

– Estereotipos y prejuicios de género en el sistema de justicia y la importancia del fomento de la capacidad

Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, no en hechos. Ello afecta también a la credibilidad de las declaraciones de las mujeres como parte y como testigo y conducen al juez a una interpretación errónea de las leyes; comprometen, pues, su imparcialidad y la integridad del sistema a la hora de adoptar medidas cautelares, dictar sentencia, etc. De ahí que sea tan importante la formación y capacitación de los operadores jurídicos del sistema en materia de género, actividades orientadas a desentrañar estos prejuicios y estereotipos y a contribuir al cambio cultural a través del Derecho y la aplicación del mismo.

– Educación y concienciación sobre los efectos de los estereotipos

También la educación y formación tienen una importancia decisiva para entender los patrones socioculturales que ahondan en la discriminación por razones de género. Obviar estos patrones es tanto como desconocer el mandato de la Constitución dirigido a que los poderes públicos remuevan los obstáculos que impiden el logro de la igualdad real y efectiva.

Ello contribuye a que las propias mujeres tomen conciencia de su derechos, que a menudo desconocen porque ellas mismas no asumen la perspectiva de género y e interiorizan también los estereotipos sociales. En este sentido, hace tiempo que se reivindica que en los planes de estudio se incluyan materias específicas en género e igualdad para que las próximas generaciones crezcan ya con otros *inputs* culturales, otro sentido de la identidad y de los derechos exigibles al Estado. Si bien es cierto que los medios de comunicación «educan» a la ciudadanía en valores, hace falta un pacto que les comprometa a respetar los códigos deontológicos sobre la mujer. La autorregulación está recogida por la propia ley de violencia de género, pero poco o nada se ha hecho al respecto en España desde 2004.

– Asistencia jurídica, defensa pública y recursos

Los sistemas de justicia deben de ser económicamente accesibles a las mujeres, garantizar su defensa jurídica gratuita cuando no dispongan de medios suficientes de forma realista, especialmente en aquellos conflictos familiares en los que la dependencia económica de la mujer respecto de su pareja o expareja limite la posibilidad de ejercer y reclamar sus derechos.

– Uso de fórmulas alternativas para la resolución del conflicto de forma voluntaria

Los procesos de justicia alternativa deben ser una posibilidad (no obligatoria) para la mujer que quiere acceder a la justicia. En ningún caso su menor coste o flexibilidad puede ir en detrimento del derecho de acceso a la justicia de las mujeres. En nuestro país, el uso de estos medios está prohibido en el ámbito de violencia de género[4].

1.2. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LA LOVG: UN LARGO CAMINO TODAVÍA POR RECORRER

Desde el año 2004, España se ha constituido como pionera en la lucha contra la violencia sexista en el marco europeo e internacional. Ello nos ha demandado —y nos demanda— un conocimiento previo profundo —desde la perspectiva de género— de las exigencias constitucionales del principio de igualdad, la prohibición de discriminación y el modelo social y cultural en el que vivimos.

Esta profundización ha puesto de manifiesto *a priori* un *choque de trenes* ineludible entre los principios de libertad e igualdad en materia de género[5] y nos ha hecho asumir, desde un primer momento, que nos encontramos ante una forma de violencia diferente a la violencia común entre

dos ciudadanos. Sin no aceptamos estos elementos no podemos entender el complejo fenómeno de la violencia contra la mujer, la adecuación o no de las normas creadas por el legislador (multinivel) para combatirla[6] y las aristas, complejidades y carencias que poco a poco evidencia la aplicación de la legislación en la materia[7]. Durante estos años hemos constatado las complejidades propias de un tema que excede la acción delictiva *inter partes* tradicional[8], las posiciones clásicas de víctima y victimario —y las reacciones posteriores propias de cualquier tipo delictivo, con la confrontación de intereses entre la igualdad y la libertad de la víctima— y la soledad del juzgador en la toma de decisiones, cuestiones que sobrepasan el campo tradicional del Derecho e introducen en el debate elementos sociológicos y psicológicos para cuya comprensión no existe una preparación adecuada. Hasta la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género no existía norma alguna que se aplicara necesariamente con perspectiva de género, de modo que lo habitual ha sido la visión miope a la que nos referíamos al inicio de estas páginas. Ineludiblemente, Derecho y sociedad van de la mano y una sin la otra no tienen sentido[9].

Tras la aprobación de la LO 1/2004, resulta un poco más fácil desarrollar los derechos y garantías en materia de víctimas de violencia de género, pero estamos lejos todavía de poder afirmar con carácter general que el derecho de las mujeres al acceso a la justicia es una realidad. Actualmente, el problema fundamental, enquistado tras doce años de aplicación de la LOVG, es que el desarrollo de los derechos de las mujeres víctimas se ha hecho depender del Derecho penal y del acceso a la justicia en el orden jurisdiccional penal. El resultado ha sido una visión miope del conflicto individual y social que subyace a la violencia de género, dado que el Derecho penal es ajeno a criterios de justicia social y no atiende, por tanto, a la vertiente sistémica de la violencia de género[10]. Como se verá, el legislador introdujo en la LOVG esta vertiente sistémica o estructural tanto en el Título Preliminar, I, II y III de la ley como en la configuración de tipos delictivos —con simbólicas penalidades más elevadas ante un acto violento realizado por el hombre contra la mujer (es lo que ha venido denominándose el Derecho penal simbólico, que pretende generar un efecto de prevención general y especial)—.

Como conclusión preliminar, cabe afirmar que cualquier estrategia para prevenir la violencia de género y reducir las estadísticas de todo tipo de agresiones contra las mujeres pasa por una doble lucha simultánea: por una parte, un abordaje legal (penal, civil, administrativo) del conflicto intersubjetivo entablado entre los miembros de la pareja o expareja y, en segundo lugar, desde el plano macro o sistémico, una transformación de los hábitos, roles y expectativas que componen la cultura y el modelo social. A partir de ahí, el siguiente paso es analizar los derechos fundamentales involucrados en la temática de la violencia sexista para saber qué garantías sustantivas y procesales son exigibles a nuestros tribunales y, por tanto, cómo queda configurado para las víctimas de violencia de género su derecho de acceso a la justicia (o, lo que es lo mismo, las obligaciones positivas y negativas del Estado que garantizan el acceso a la justicia de las mujeres víctimas)[11].

2. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES Y EL MOVIMIENTO FEMINISTA

El feminismo es el origen del cambio experimentado por el colectivo de las mujeres desde sus orígenes hasta hoy. Se trata de un movimiento social y político-jurídico cuyo objetivo principal es prevenir, denunciar y erradicar la discriminación que sufren las mujeres en la sociedad a fin de alcanzar la igualdad plena y real de todos los hombres y mujeres. Este movimiento ha conseguido

visibilizar la desigualdad que desde siempre ha existido en la sociedad y objetar tanto el abandono de este problema al albur de la familia y el ámbito privado como el hecho que no haya sido afrontado como un asunto de interés público, de *res publica.* No es extraño, entonces, que haya costado mucho entender que este problema es fruto de un modelo social y cultural de poder jerarquizado y misógino. Hay un contrato social entre hombres y mujeres que conlleva la dominación al género femenino; esta es la base de la construcción social que hilvana nuestra sociedad, la estructura patriarcal de la que constantemente se habla. La percepción de esta violencia como una forma más de violencia es miope y no puede explicarla ni prevenirla.

El movimiento feminista es precisamente el que impulsó la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo.

El feminismo nació en el siglo XVIII bajo el paradigma revolucionario de la «igualdad, libertad y fraternidad», pero las mujeres quedaron al margen de los derechos conseguidos en la Revolución y del nuevo contrato social. Se les privó del derecho de sufragio activo y pasivo y, por tanto, de la posibilidad de cambiar las leyes y el mundo.

La consagración del principio de igualdad de toda la ciudadanía ante la ley ha sido, sin duda, el gran logro y avance del siglo XX. Entre la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el reconocimiento del principio de igualdad en nuestra Constitución se ha recorrido un arduo camino para conseguir un reconocimiento normativo «en la letra» que no ha conducido a la igualdad real (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE, que no recogen la perspectiva de género). Se reivindica ahora un pacto social que legitime la modificación de la Constitución española desde esta perspectiva. Ahora más que nunca estamos en la mejor coyuntura para convocar una asamblea constituyente informada por dicha perspectiva[12].

La periodificación propuesta por Nuria Varela[13] identifica tres «olas» en la historia del feminismo

Entre la segunda mitad del siglo XVIII y la primera mitad del XIX tuvo lugar lo que se ha denominado «la primera ola del feminismo», focalizada en el derecho al sufragio universal, la abolición de la esclavitud y el derecho a la educación de la mujer. La primera ola reivindicó la ciudadanía de las mujeres y puso en evidencia los privilegios masculinos; su obra más representativa es *Vindicación de los derechos de la mujer*, de Mary Wollstonecraft[14]. Se habló por primera vez de los derechos de las mujeres de forma pública. La «segunda ola» reivindicó principalmente el derecho al voto de las mujeres, es decir, su transformación en sujeto político pleno, y su principal obra de referencia es *El sometimiento de la mujer*, escrito por John Stuart Mill y Harriet Taylor (1869), que sentó las bases del sufragismo. Fue el momento de la firma de la Declaración de Seneca Falls (1848) en EE. UU. Se reivindicaban el derecho al trabajo y autonomía frente al marido, reclamos encauzados a través de la exigencia del derecho al voto para generar margen de maniobra por el cambio normativo.

El feminismo contemporáneo, la «tercera ola», reivindica un cambio de valores que convierta en una cuestión pública lo que hasta ahora ha sido un asunto privado. Este tercer estadio pone en evidencia la colisión de los abusos y la violencia contra la mujer en el marco doméstico y la traslada al público para desvelar las trampas del liberalismo. Sus obras de referencia son *El segundo sexo*, de Simone de Beauvoir, y *La mística de la feminidad*, de Betty Friedan. Bajo la premisa de que luchar solo contra los síntomas no es efectivo, el núcleo del debate es el papel de la lucha contra el poder que explica el sometimiento y discriminación de la mujer. El lema que define este nuevo periodo es «lo personal es político». Por su parte, la emergencia del debate sobre el multiculturalismo da cabida a la diversidad de género y hace mucho más compleja la lucha por los diferentes feminismos que la integran.

A partir de la segunda mitad de la década de 1980, la atención general comenzó a dirigirse hacia estas cuestiones debido a que las mujeres feministas comenzaron a presionar a los gobiernos de buena parte de Europa para que reformaran las leyes sobre violencia contra las mujeres. El fruto de este movimiento fue la aprobación de la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (RES. 48/104 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General), la Convención Interamericana de 1994 para Prevenir y Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujeres, la Cumbre Internacional sobre al Mujer de Pekín 1995, la resolución WHA 49.25 de la Organización Mundial de la Salud, el Informe del Parlamento Europeo de 1997 sobre la Violencia contra la Mujer, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU de 1997, la Resolución del Parlamento Europeo de Tolerancia Cero ante la Violencia contra las Mujeres de 1997 y la Declaración de 1999 como año Europeo de Lucha contra la Violencia de Género.

El itinerario recorrido por España hasta hoy viene marcado por tres momentos que reflejan las principales tendencias de cambio legislativo en la materia[15]: la legalización de la separación y divorcio en la Ley de 1981, el asesinato de Ana Orantes en 1997 y el I Plan Español de Medidas contra la Violencia Sexista, que culminó su desarrollo con la aprobación de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta ley incorporó numerosas novedades[16] que, en paralelo, han sido complementadas por un fuerte impulso europeo e internacional. Así, la Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo por la que se aprueba el Programa de Acción Comunitario DAPHNE II para prevenir y combatir la violencia contra la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo; la Decisión 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueba el programa de Acción DAPHNE III, el importante Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, las Directivas 2012/29 de la Unión Europea del Parlamento y del Consejo sobre Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas, la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección y el Reglamento de la Unión Europea 606/2013, de medidas civiles de protección de víctimas.

Una vez analizado el largo camino recorrido —dos siglos— hasta que la mujer ha alcanzado el estatus de ciudadana titular de derechos sustantivos y procesales que puede defender en juicio, debemos profundizar en el derecho de acceso a la justicia, algo que, *a priori*, es ciencia ficción. La impresión inmediata que tenemos es que está todo por hacer y que solo en el área de violencia de género el acceso a la justicia ha encontrado cierto desarrollo para este tipo de víctimas, aunque está lejos de asumir un perspectiva de género con carácter general. Precisamente, este artículo pretende contribuir a ello reformulando este derecho complejo aunque solo sea desde la perspectiva de las víctimas de violencia de género. Para lograrlo, partiremos de dos premisas. En primer lugar, debemos anclar la violencia de género a un derecho fundamental a partir del cual analizar los contenidos especialmente procesales y de acceso a la justicia.

3. INTRODUCCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Estamos un tema que se encuentra en construcción. La ubicación de los derechos fundamentales que tiene una mujer que sufre violencia de género en nuestra sociedad no es, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, una cuestión clara a día de hoy. Esta falta de anclaje constitucional ha repercutido de manera indubitada en la ausencia de desarrollo conceptual y teórico, y esta carencia da luz verde y beneficia al machismo, dado que contribuye a perpetuar los rasgos culturales que fomentan la

desigualdad de la mujer en esta sociedad y, por tanto, la violencia contra ella. El derecho a una vida libre de violencia de género exige centrar la igualdad en un marco «despatriarcalizador» o desde una perspectiva de género y no desde un enfoque *aparentemente* neutro —de violencia meramente intersubjetiva—.

Como procesalista, excede de mi ámbito de conocimiento llevar a cabo una profundización exhaustiva en este anclaje constitucional, pero considero que cierto abordaje es neurálgico para analizar las obligaciones procesales y sustantivas exigibles al Estado tras la aprobación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[17] en el marco de la tesis aquí mantenida, relativa a la mayor o menor eficacia de las garantías que prevé la LOVG para hacer posible el derecho de acceso a la justicia.

La teoría feminista del Derecho y la *Feminist Jurisprudence* sostienen que el Derecho no es razón, sino *poder* y que, en la medida en que los varones (o los valores andróginos) ejercen el poder en esta sociedad y su voluntad se expresa a través de la creación de leyes, «parte de una sociedad se eleva a moralidad y se identifica con la racionalidad jurídica»[18]. La teoría feminista del Derecho ha permitido «verificar la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa en las relaciones jurídicas, no detectable y/o no corregible según las leyes de la igualdad basadas en la idea de comparación entre hombres y mujeres para, en cuanto haya una desigualdad, proceder a la equiparación […] Mackinnon concreta dos errores de estas leyes de igualdad: […] exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma […] significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente para no ser lograda jamás. Quienes más necesitan un tratamiento igualitario serán los menos similares, socialmente, a aquellos cuya situación establece el patrón con el que se mide su derecho a un tratamiento igualitario. El otro de los errores es que […] la ley de igualdad da por supuesto que la sociedad ya es fundamentalmente igual […] hacer algo a favor de las mujeres […] queda estigmatizado como protección especial […] en vez de reconocerse sencillamente como no discriminación o igualdad por primera vez»[19]. No sirve, por tanto, la idea de la «comparación» (desde patrones comúnmente aceptados que son masculinos), sino que hay que cambiar la estructura comparativa (masculina) e integrar la dimensión del género.

A la vista de esto, poder conceptualizar el *derecho a que la mujer pueda vivir una vida sin violencia de este tipo* es tanto como poder determinar su fundamentalidad —hasta ahora se ha hecho una relectura del derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la dignidad a través del artículo 15 de la Constitución española—, así como su engarce con el derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (artículo 14 CE). La cuestión es si se trata de un derecho autónomo e independiente, más allá de los dos anclajes claramente fundamentales que acaban de citarse. En principio, así lo reconoce el Convenio de Estambul cuando afirma que «las partes adoptarán las medidas legislativas necesarias para promover y proteger el derecho de todos, *en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el privado*[20] y cuando establece que se trata de un derecho que integra tres elementos, a saber, *el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia de género, en condiciones de igualdad y sin discriminación*, con independencia de cómo denominemos a este derecho humano» (art. 4 del Convenio de Estambul).

3.1. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA DEL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El derecho a la dignidad es un derecho individual, pero también tiene una concepción «colectiva» propia de los derechos humanos. Lo que hace una vida digna o indigna pertenece al área de los derechos humanos, por encima de los hábitos y expectativas de una cultura[21]. Si se daña la

dignidad de una persona, se daña la de la colectividad (o la de la sociedad en su sentido democrático y respetuoso de estos derechos) y su violación puede producirse por la falta de respeto a la libertad, a la igualdad (y la prohibición de no discriminación) y a la seguridad[22]. Esta transgresión puede realizarla tanto un particular como el propio Estado por no cumplir con sus funciones de protección y prevención de las víctimas con la debida diligencia, según establecieron la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Caso González y otros vs. México* («Campo Algodonero»), de 16 de abril de 2009, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las sentencias de los casos *Opuz vs. Turquía* (2 de junio 2009), *A. vs. Croacia* (14 de octubre 2010), *Rumor vs. Italia* (27 de mayo 2014), *M. G. vs. Turquía* (22 de marzo 2016). En ellas se declaró la responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de diligencia debida por falta de protección de las mujeres, y se reconoció que ello ahonda en una forma de violencia estructural contra las mismas.

En este sentido, lo que hizo la LOVG fue *normativizar* la dignidad de la mujer, en plena coherencia y desarrollo del marco internacional iniciado con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW 1979) y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEDAW 1993), donde se reconoce la violencia estructural existente en el mundo contra la mujer, que es un problema público, que es necesario crear un sistema de obligaciones para los Estados firmantes en materia de protección de la mujeres y de sus derechos desde un enfoque holístico y multisectorial que, a su vez, respete las diferencias de las mujeres en razón de su raza, edad, condición social, etc., dado que la responsabilidad del Estado deriva de su obligación de respeto de la «diligencia debida»[23]. La profundización en el concepto de violencia de género (en sentido amplio) avanzó en la Conferencia Mundial sobre las mujeres celebrada en Pekin (1995). Se dio un paso más y se consideraron clave las políticas públicas desde la perspectiva del *gender mainstreaming*, lo que supone (o debería suponer) la apertura de la igualdad de género a todas las esferas sociales y a la regulación de los espacios público y privado. Por último, en el ámbito del Derecho europeo debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos que interpreta el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, muy especialmente, al Convenio de Estambul, aprobado en el ámbito del Consejo de Europa, que reconoce el derecho a la vida libre de violencia contra la mujer y establece un catálogo de prestaciones que debe recibir la sociedad y sus mujeres para asegurar que se respete este derecho[24]; a decir verdad, el conjunto de derechos reconocidos en el Convenio de Estambul es casi idéntico al catálogo recogido en la LOVG española.

En conclusión, el nuevo marco normativo creado por Naciones Unidas y el Consejo de Europa coloca al Estado como actor central en materia de prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, es decir, lo dota de una dimensión institucional que le hace responsable por acción u omisión, y genera obligaciones concretas y exigencias claras de actuación conforme a los parámetros de la diligencia debida[25]. Esta es la clave de estas líneas: la CEDAW, la DEDAW y el Convenio de Estambul establecen un catálogo de obligaciones que van desde la protección de las víctimas de violencia de género al diseño de las políticas públicas, legislaciones y acciones orientadas a prevenir, detectar, proteger y castigar los actos de violencia contra la mujer. Este conjunto de obligaciones prestacionales genera derechos a favor de las víctimas, y a su vez integra el derecho de acceso a la justicia del las mujeres que tienen tal condición.

Esta dimensión objetiva del derecho a una vida libre de violencia de género vincula al poder legislativo y a los demás poderes públicos y, por tanto, a los aplicadores del Derecho. Así lo establecen el art. 9.2 de la Constitución, el art. 2 de la propia LOVG y el art. 4 de la Ley de Igualdad. Estas normas establecen, en suma, la obligación de remover los obstáculos que impiden la materialización de la igualdad real y de interpretar a favor de la igualdad de género las normas que deben aplicar y

ejecutar. En conclusión, esta panoplia de normas nacionales e internacionales crea los contenidos objetivos y subjetivos del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y su derecho de acceso a la justicia.

3.2. HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA DEL PRESENTE DERECHO FUNDAMENTAL: EL DEBER DE DILIGENCIA DEBIDA DEL ESTADO

Sin ánimo de ir más allá de la exposición los argumentos necesarios para dar consistencia la tesis que aquí defendemos, queremos traer a colación ciertos conceptos propios del Derecho constitucional y la teoría del Derecho con el fin de usarlos como apoyo en nuestra argumentación.

Si el reconocimiento de los derechos liberales clásicos llevaba aparejadas únicamente obligaciones negativas o de omisión del Estado, el Derecho constitucional moderno se ha encargado de introducir los derechos de prestación y las obligaciones positivas del Estado como elementos constitutivos de los derechos fundamentales. Ambos tipos de obligación se aplican hoy no solo frente a las acciones del Estado, sino también del particular (en este último caso, por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar las lesiones producidas). Por tanto, es exigible la responsabilidad del Estado por no haber protegido a la víctima de sus actuaciones o de las de un particular. Es el denominado deber de diligencia exigible por las acciones u omisiones que dieron lugar a la muerte o al daño grave de la víctima[26]. Es importante subrayar que esta diligencia debida es también aplicable y exigible al Estado en relación con las obligaciones de prevención, detección y erradicación de la discriminación de la mujer[27]. Así lo ha establecido el Convenio de Estambul en su artículo 5 bajo el epígrafe «Obligaciones del Estado y Diligencia debida»[28].

Como afirma Román, esto conlleva el reconocimiento de que se ha creado una doble dimensión del deber de diligencia debida de los Estados: *una dimensión sistémica y una dimensión individual*[29]: «La primera, más genérica, reclama una intervención estatal tendente a garantizar un modelo de regulación integral y sostenida de la violencia contra la mujer que, además, persiga una transformación global de la sociedad que supere la desigualdad de género estructural». En este sentido, el patriarcado es la herramienta de control para perpetuar un modelo económico injusto, desigualitario —de forma múltiple y transversal— y opresor de la mujer[30]. Para ello, las medidas que deben articularse por parte del Estado deben tender a «subvertir los patrones preexistentes de subordinación estructural, las jerarquías de género, la marginación sistémica y las desigualdades estructurales, que están en la raíz de la violencia que sufren las mujeres». Por su parte, dimensión individual de la responsabilidad exige la existencia de obligaciones estatales destinadas a proporcionar a las víctimas concretas que sufren violencia medidas eficaces de protección, sanción y reparación, lo que exige un alto grado de acomodación y flexibilidad[31].

Lo expuesto hasta aquí implica un análisis del modo en que el Derecho constitucional debe dar anclaje al derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia y, por tanto, del alcance o contenido de su derecho de acceso a la justicia. Ello es importante desde cuatro frentes:

– Saber lo que es exigible al Estado en materia de trato digno a la mujer, prevención y sensibilización social en el marco del cambio de modelo.

– Saber lo que es exigible al Estado en materia de protección de mujeres víctimas en el plano intersubjetivo de violencia.

– Saber las responsabilidades del Estado por su falta de diligencia debida, bien por acción, bien por omisión.

– Saber ponderar el valor de estos derecho de forma proporcional con otros derechos del agresor (que tiene derecho a la intimidad, a la propiedad privada, a la libertad deambulatoria, entre otros)[32].

Visto el entramado normativo creado por Naciones Unidas, Unión Europea, Consejo de Europa y Constitución Española para proteger a la mujer frente a la desigualdad y la violencia de género, cabe concluir que solo un enfoque multinivel puede ofrecer un análisis constitucional, penal y procesal de la violencia de género, es decir, un enfoque que contemple la pluralidad de fuentes y centros de producción de las obligaciones constitucionales aquí defendidas. La consecución de la dignidad de la mujer está todavía en este camino… Si la Constitución no acogió la igualdad de género fue porque se redactó desde parámetros *iusracionalistas* androcéntricos y porque reflejó las pautas culturales de determinado momento histórico. Posiblemente, en muchos aspectos la Constitución se escribiría hoy de otra forma. El contrato social que materializa la Constitución sería actualmente distinto por influencia del marco normativo supranacional existente, que tiene carácter vinculante. En lo que respecta a la igualdad, y la dignidad de la mujer, el artículo 9.2 de la Constitución española, del que se deriva la justificación de los derechos sociales, debe interpretarse en esa clave supranacional[33], y, por tanto, vincularse a la responsabilidad del Estado por la falta de diligencia debida en estos casos. Sobre estos aspectos, Román realiza una exposición pormenorizada[34].

3.2.1. Violencia de género y desigualdad sistémica

No es legítimo ni coherente concebir la violencia de género como un conflicto entre dos (pareja o expareja) en el que la ley da un tratamiento «privilegiado» a una parte a través de acciones positivas o la aplicación del derecho antidiscriminatorio[35]. Si eso fuera así, ¿qué sentido tiene todo el Título Preliminar, I, II y III de la LOVG? Ninguno, si no comprendemos que el legislador intentó luchar contra un sistema de subordinación sistémica y una estructura social de dominación que exigen afrontar esta forma de violencia a través de una estrategia multidimensional que toma en consideración lo personal y lo político.

Con ello adelantamos una primera conclusión: esta es la dimensión sistémica de las diligencia debida exigible al Estado, cuyo reconocimiento exige, en primer lugar, la existencia de una legislación (civil, penal, administrativa y laboral) específica y adecuada para transformar la sociedad y proteger a la mujer frente a la discriminación y la violencia mediante la previsión de sanciones adecuadas[36]. La ausencia de esta regulación afecta al deber de protección que tienen los Estados frente a la mujer.

3.2.2. Violencia de género y desigualdad en un plano intersubjetivo

Desde la perspectiva clásica de la aplicación del Derecho, resulta mucho más fácil entender tanto el fenómeno de la violencia de género en su vertiente intersubjetiva como la responsabilidad del Estado cuando este falla en la protección concreta de una víctima. El Estado debe responder ante un daño grave a la víctima por no haberla protegido con los medios personales y materiales adecuados al riesgo, por no haber investigado de forma rigurosa, por fallar en la coordinación policial y/o judicial, por no haber articulado los servicios sociales mínimos para que la víctima hubiera sido protegida, por no haber procurado a la mujer asesoramiento legal previo y durante el proceso…

3.2.3. Conclusión

Si en el empeño por cambiar las cifras de la violencia de género no se toma en consideración su doble dimensión, es decir, la intersubjetiva (la dimensión individual de la debida diligencia que exige protección específica y adecuada para la mujer que se encuentra en una concreta situación de violencia) y la social o sistémica (el modelo o estructura de poder, que reenvía a la dimensión sistémica de la debida diligencia), el esfuerzo será yermo. Cualquier análisis de esta realidad pasa, por tanto, por denunciar y atajar en la estructura de subordinación sistémica construida deliberadamente por un grupo privilegiado.

Por tanto, los estereotipos, prejuicios, etc. no son solo el objetivo de lucha: son síntomas del poder que les alimenta. Incluso en una sociedad curtida en políticas de igualdad y conciliación puede haber discriminación y violencia contra la mujer, como es el caso de los países nórdicos[37]. No olvidemos que, a menudo, el Derecho y la aplicación de la norma sirven para enmascarar o justificar —aun de forma no consciente— al poder por el hecho natural de que el Derecho tiende a ser conservador: de ahí que el mensaje que transmite la propia Ley de Violencia de Género rompa los esquemas tradicionales del Derecho en muchos aspectos, lo que explica las casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad que ha generado.

Por los motivos expuestos, es necesario que cualquier planteamiento en la materia se oriente a resolver la cuestión de fondo: ¿esta solución se dirige directamente contra el sistema de poder que queremos erradicar? En palabras de Román, «esta dimensión *iusfundamental* de la acción pública con la violencia de género se proyecta sobre todos los poderes públicos y adquiere una significación especial en la interpretación de la Constitución por parte de los operadores jurídicos, así como en el control de la constitucionalidad de los mismos». Este planteamiento lleva a la posibilidad de reinterpretar el principio de igualdad en clave más profunda —ya no de forma intersubjetiva, sino sistémica o estructural—, como derecho fundamental a la igualdad de género que da contenido propio al derecho a la vida y a la integridad física y moral.

4. LA IGUALDAD (DE GÉNERO) COMO LÍMITE NUEVO A LA LIBERTAD EN LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El constitucionalismo es un programa normativo que se establece para el futuro con mayor o menor grado de rigidez con el fin de que no quede sometido a vaivenes y modificaciones legales[38]. Los derechos fundamentales son parte de ese programa que no puede ser afectado por las políticas que los desarrollan; por eso es tan importante definir dichos derechos y sus garantías. Por su parte, el *garantismo* constituye la otra cara del constitucionalismo, dado que delimita las garantías de cada derecho fundamental y crea los denominados *derechos fundamentales garantizados*, es decir, asegurados al máximo en su efectividad[39]. El nuevo constitucionalismo debe de integrar este nuevo enfoque, en el que adquieren todo su sentido los derechos fundamentales de nueva generación, todos ellos fruto de la lucha social y política, que marcan la obsolescencia del modelo constitucional y económico en materia de derechos fundamentales y garantismo. Nos referimos a los derechos a la paz, el derecho al medio ambiente, el derecho a la información y a la transparencia, y el derecho a la igualdad de género.

La Ley de Violencia de Género se enmarca en el fenómeno actual de reivindicación de los derechos de las minorías, es decir, que vincula los derechos de determinados grupos y el principio de igualdad. Los *derechos de libertad*, como derechos de autoafirmación de las personas frente al poder público y privado, se relaciona con el principio de igualdad, que atribuye igual valor normativo todas las personas con independencia de que, *de hecho*, son diferentes. Por su lado *los derechos sociales*, entendidos como derechos a desarrollarse económicamente en condiciones de dignidad frente al poder público y privado, se vinculan al principio de igualdad, y establecen límites al poder económico y social para que las desigualdades materiales se reduzcan en la medida de lo posible[40]. Sabemos que los derechos sociales se orientan directamente a reducir el poder injusto y desigual que alimenta el patriarcado y el sistema económico para el que trabaja, objetivo que enlaza con la dimensión sistémica de la debida diligencia. Por su parte, los derechos individuales son derechos de libertad, que aseguran su autonomía y reafirman al sujeto en su ciudadanía, carácter que enlaza con la dimensión individual de la debida diligencia. Ambas dimensiones de los derechos se regulan en la LOVG y esta es su grandeza*: contribuir a definir el derecho fundamental de la mujer a la igualdad de género y a una vida libre de este tipo de violencia*[41]*, objetivo que se concreta en una serie de derechos sustantivos y procesales ante la justicia.*

La Ley de Violencia de Género ha sido una conquista de los derechos sociales de la mujer, entendidos como derechos fundamentales. En nuestra Constitución no existe un desarrollo explícito de los derechos de la mujer, más allá de la genérica mención de la igualdad entre el hombre y la mujer. No por ello no existe una vinculación de los poderes públicos a la hora desarrollar el contenido del derecho fundamental de las mujeres a una vida digna, libre e igualitaria —igual que la del hombre— como parámetro de contraste de la legislación. Y este puede ser uno de los primeros problemas: definir la vida de la mujer en comparación con la del hombre y el modelo masculino socialmente impuesto. En este sentido, la LOVG ha sido una conquista legal y constitucional frente al poder marital (en sentido amplio) o modelo de pareja imperante en nuestra sociedad. Ha supuesto un diseño de los nuevos derechos que hacen que, si bien no tienen un anclaje expreso dentro de nuestra Carta Magna, esta no pueda ser ya entendida sin que asumamos que están integrados en ella. Es la triple dirección a la que nos referíamos antes, el nuevo constitucionalismo exige que queden garantizados todos los derechos (también los sociales) tanto por nuestras normas nacionales como por los instrumentos obligatorios de Derecho internacional, y tanto frente al poder público como frente al poder privado. Gracias a la LOVG se ha «creado» por primera vez el derecho a la igualdad de género, aunque su principal desarrollo se ha llevado a cabo en una faceta concreta, dentro de las relaciones de afectividad.

En la LOVG se han reconocido derechos sociales como límites al poder económico, social y cultural. Es decir, no solo se limita el poder del concreto hombre que pretende abusar o dominar a su pareja o expareja, sino también, por ejemplo, al publicista en la esfera económica para la que trabaja, que ahora tiene límites a la libertad y debe respetar el tratamiento de la imagen igualitaria de la mujer en sus anuncios. Igualdad de género como límite a la libertad: estas son las nuevas reglas de juego. Lo mismo podemos decir de los medios de comunicación o de nuestro sistema de educación. Frente al absolutismo de mercado neoliberal y patriarcal, hay reglas que funcionan como *limites y garantías* a la desigualdad entre el hombre y la mujer que ha alimentado precisamente el sistema.

En conclusión, los derechos y sus garantías son la única solución frente a la violencia y el abuso hacia el más débil —aunque vengan revestidos de cultura y tradición—, y tienen como límite a la igualdad y a los derechos fundamentales[42]. Era, por tanto, una obligación del legislador suplir la *laguna primaria* existente relativa a la necesidad de creación de cobertura normativa a la protección de este complejo derecho a la igualdad de género —hoy regulado principalmente en la LOVG—.

Por su parte, la *laguna secundaria o de proteccionabilidad*, en términos de Ferrajoli, ha sido colmada y ahora hay mayor claridad respecto al derecho a proteger los diferentes contenidos o garantías que integran el derecho de la mujer a una vida libre de violencia de género o, lo que es lo mismo, su derecho fundamental a la vida, integridad física y moral, entendidos desde la perspectiva de la igualdad de género. Esta proteccionabilidad constituye su derecho de acceso a la justicia.

5. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA O *LA PROTECCIONABILIDAD DE FERRAJOLI* EN LA LEY DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA LEY DE IGUALDAD

El derecho de acceso a la justicia constituye la garantía de *protección o jurisdiccionalidad* de cualquier derecho fundamental, según Ferrajoli, y se encuentra vinculado en el tema que aquí abordamos al derecho de protección del que son titulares las mujeres, derecho derivado de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su incumplimiento por parte del los diferentes órganos del Estado debe generar responsabilidad por parte del mismo. Es decir, «el potencial de la "diligencia debida" reside en una nueva interpretación de las obligaciones de prevenir, proteger, enjuiciar e indemnizar y traza los parámetros de la responsabilidad conjunta del Estado y de los agentes no estatales para reaccionar ante la violencia»[43]. Así lo establece el Convenio de Estambul en su artículo 5 bajo el epígrafe «Obligaciones del Estado y Diligencia debida», en el que se desarrollan las obligaciones que vamos a ver a continuación.

En este ámbito, una vez más, podremos discernir una dualidad en la obligación de diligencia, a saber, «la que se deriva de la obligación del Estado de adoptar las medidas normativas necesarias para proteger la vida y la integridad de las víctimas (protección sistémica) y, en segundo lugar, la derivada de su deber de diligencia en la protección individual de las víctimas (protección subjetiva)»[44]. En este sentido, la LOVG —aprobada con carácter previo al propio Convenio de Estambul— regula de forma pormenorizada y bien estructurada estos aspectos, a saber, los contenidos del derecho fundamental en la LOVG.

En las líneas siguientes no pretendemos realizar un listado taxativo y coherente de todas las obligaciones de las dos dimensiones a las que nos hemos referido; al contrario, la propuesta que hacemos solo intenta ejemplificar muchos de esos posibles contenidos obligacionales, aspectos que cualquier jurista que pretenda estudiar el derecho de acceso a la justicia desde la perspectiva de género debería contemplar en su análisis.

5.1. PLANO OBLIGACIONAL SISTÉMICO PARA EL ESTADO ESPAÑOL

Para enumerar las obligaciones sistémicas o estructurales generales del Estado deben consultarse la Ley de Igualdad, la LOVG, el Convenio de Estambul, la Directiva del víctimas y su ley de transposición. Cualquier decisión legal sobre estas obligaciones debe hacerse con pleno respeto de los demás derechos de las víctimas, a saber, su dignidad, su libertad deambulatoria, su intimidad, etc., y siempre compatibilizándolos con el pleno respeto de los derechos del investigado.

1. Derecho a una legislación civil, penal, administrativa y laboral que recoja las bases para la transformación de nuestra sociedad y asegure a la mujer a una protección digna y segura. En esta dimensión ha de entenderse el sentido del género, la desigualdad y la discriminación de poder —

como estructura relacional social, pero también intersubjetiva—. En este sentido, la especialización del legislador deviene ineludible en aras de la comprensión de las complejas especificidades que conlleva el género.

2. Derecho a que la legislación se cree con una evaluación del impacto de género y bajo políticas de *mainstreaming*, que estimulan una transformación del modelo social actual, basado en las relaciones androcéntricas de poder y el sometimiento de la mujer. Los estereotipos de género afectan a la credibilidad de la mujer en juicio y comprometen la imparcialidad del juzgador y la integridad del sistema de justicia. Ello conlleva, una vez más, la necesaria (y rigurosa) capacitación y sensibilización de los operadores judiciales.

3. Derecho a que esta legislación se oriente a la creación de un modelo de publicidad, comunicación, educación y sanidad respetuoso con la especial situación de la mujer en nuestra sociedad, así como a la transformación de los valores, estereotipos y prejuicios sobre la mujer (art. 17 del Convenio de Estambul).

4. Derecho a que, ante un fallo del sistema, deba estudiarse la posible responsabilidad del Estado por no regular el marco legal de protección policial y jurisdiccional eficaz, así como de coordinación entre instituciones públicas. El concepto de diligencia debida cobra una gran importancia. En este ámbito, existiría el derecho a recibir una indemnización (art. 30 del Convenio de Estambul)[45].

5. Derecho a la asistencia jurídica y defensa para que el sistema de justicia sea económicamente accesible para las víctimas, tanto en la fase de asesoramiento como en la representación y defensa procesal (arts. 19, 22 y 57 del Convenio de Estambul).

6. Derecho a que el sistema de protección no dependa de la voluntad de las víctimas de entablar necesariamente un proceso penal (art. 18, 44.4 y 55 del Convenio de Estambul).

7. Derecho a la regulación de programas preventivos y de tratamiento que sean efectivos y se implementen como sistemas especializados de apoyo a las víctimas (arts. 16, 20, 56 del Convenio de Estambul), tanto para las mujeres como para los niños víctimas (art. 26 del Convenio de Estambul), con especial incidencia en la seguridad en materia de derecho de custodia y visitas (art. 31 del Convenio de Estambul), incluso llegando a la pérdida de la patria potestad (art. 45 del Convenio de Estambul). Aquí cabe integrar la existencia de casas de acogida (art. 23 del Convenio de Estambul). El sistema de valoración del riesgo requiere de una acción positiva por parte del Estado para que sea eficaz y coherente con la situación de las víctimas (art. 51 del Convenio de Estambul), sin que suponga una mayor carga para ellas.

8. Derecho al recurso judicial efectivo frente a la violencia de género a través de la correcta investigación y obtención de pruebas, protección, reparación y especialización del juzgador tanto en la fase investigadora como de enjuiciamiento, así como los recursos civiles y penales adecuados (arts. 29, 44 y 54 del Convenio de Estambul). Es decir, se tiene derecho a un juicio justo y sin dilaciones indebidas; no solo el derecho saber qué ocurrió, sino también a averiguar las circunstancias o el «contexto» en el que ocurrió. Se trata de dos planos necesarios para entender y castigar la violencia de género, así como para prevenir nuevas agresiones. Esto requiere una elevada formación de los y las operadores jurídicos mediante normas específicas que planteen el impacto de género y que aseguren los diversos contenidos del derecho al proceso justo y el acceso a la justicia de la mujer víctima (arts. 8, 11, 15 del Convenio de Estambul).

9. En el marco del derecho al proceso con todas las garantías, específicamente se tiene derecho a la valoración de la prueba y la convicción judicial, y a que estas queden plasmadas en la motivación de la sentencia para que sea posible constatar, en su caso, si ha habido estereotipo de género en el relato que ha llevado al juzgador a realizar saltos en el vacío injustificables, con especial énfasis en las

circunstancias expresadas por la declaración de la víctima y en el modo en que esta ha sido tomada en consideración por el juzgador. Esto requiere un análisis particular. La referencia al «contexto particular en el que ha ocurrido el hecho» aportará más datos para el conjunto de la valoración probatoria y para que pueda lograrse alzar la presunción de inocencia mediante certezas y pruebas de cargo que permitan explicar racional y convincentemente lo ocurrido, sin que puedan derivarse prejuicios o valoraciones en determinado sentido en el plenario practicado con contradicción y audiencia (art. 54 del Convenio de Estambul).

10. Ninguna víctima puede ser sometida obligatoriamente a un modo alternativo de resolución de conflictos y solo bajo su libre voluntad podrá considerarse el recurso a esta vía. Corresponde a las instituciones públicas asegurarse de que la víctima dispone de libertad y autonomía para negociar (art. 48 Convenio de Estambul). Aquí existe un elevado grado en la exigibilidad al Estado: el trabajo de empoderamiento de las víctimas para que dejen de serlo más allá del proceso penal.

11. En el caso de las víctimas extranjeras, debe regularse la posibilidad de solicitar el derecho de asilo cuando sean perseguidas en su país para que accedan al estatuto de refugiada por razón de género.

12. Derecho a que se observen exigencias legales que eviten la victimización secundaria de la mujer ante la Administración de Justicia.

13. Preceptividad de la reeducación del maltratador condenado[46].

14. Derecho a que se garantice el olvido (real y virtual) de las víctimas y que estas tengan una vida igualitaria y libre de la violencia sexista.

5.2. PLANO OBLIGACIONAL INDIVIDUAL PARA EL ESTADO ESPAÑOL

Las obligaciones anteriormente expuestas con carácter general se concretan ahora en obligaciones específicas para la víctima inmersa en un proceso por violencia de género. De conformidad con la LOVG, la Ley 4/2015, de 27 de abril Reguladora del Estatuto de la Víctima (LEVD) y su desarrollo reglamentario por el RD 1109/2015, de 11 de diciembre (REVD), podemos exponer con mayor claridad un catálogo sistematizado de los derechos de las víctimas en el proceso judicial[47]. Todo ello sin perjuicio del derecho de defensa del investigado/acusado y del límite ponderativo que este representa frente a los derechos que se citan a continuación. Insistimos que estas líneas forman parte de un trabajo de investigación a desarrollar próximamente; por tanto, tienen un carácter propositivo y no pretenden configurar un inventario tasado y completo.

1. Se tiene derecho a una investigación eficaz del crimen que lleve a la obtención de pruebas suficientes y lícitas y a una calificación adecuada[48]. Ello hace repensar la adecuación de los juicos rápidos a la violencia habitual, en difícil equilibrio con las necesidades de investigación urgente propias de este tipo de actividad delictiva, con el fin de recopilar fuentes de prueba en las primeras horas de investigación. La custodia de la prueba debe ser pormenorizadamente desarrollada en este tipo delictivo. El dictamen pericial es imprescindible para evaluar la lesión y el daño, dado que la falta de dictamen o la resolución tardía dificultan la prueba y la calificación de los hechos. El examen médico y psicológico debe ser completo y realizarse por personal idóneo y capacitado, inmediato y la victima ha de encontrarse acompañada por personas de su confianza. El estatuto de la víctima se refiere a la evaluación «individualizada» de la misma (art. 22.3 LEVD y 30.3 REVD). El Ministerio Fiscal tiene una función importante en el Estatuto: la evaluación provisional de las necesidades de las víctimas en las diligencias de investigación (art. 9.2 REVD) sobre la base del informe que realice la Oficina de Ayuda a las Víctimas del Delito; concretamente, en caso de archivo de las actuaciones,

debe de ponerlo en conocimiento de la víctima para que, en su caso, pueda reiterar la denuncia (Instrucción FGE 8/2005, de 26 de julio). En este mismo sentido, la función de los letrados de la Administración de Justicia es la de informar a la víctima de sus derechos, acciones y extremos a los que se refiere la ley (arts. 5, 7 y 27 LEVD y 785.3 y 791.2 LECRim), de forma directa o a través de impresos, así como comunicar cualquier acto que pueda afectar a su seguridad (art. 109 LECrim, último párrafo).

2. El Estado debe actuar con la debida diligencia la hora de recibir una denuncia de este tipo, atendiendo a las especificidades propias de esta violencia, el relato de la victima y los antecedentes y el perfil del presunto maltratador, los antecedentes en la pareja, la escalada de agresiones… extremos que puede averiguarse a través de VIOGEN si se utiliza bien la herramienta. La presencia de los testigos suele ser nula o escasa, la evidencia física puede que no exista, por eso las referencias al «contexto» en el que se produjo el hecho son básicas al referir la denuncia, ya que serán ellas las que *a posteriori* generan la convicción del juez (art. 24 LEVD). En conclusión, hay que «individualizar» el «contexto» en el que se encuentran la victima y el maltratador, así su relación de afectividad, huyendo de estereotipos y de estandarizaciones apresuradas. Solo una formación profunda en violencia de género puede ayudar al juez a entender esto. En esta primera asistencia antes de la denuncia, debe informarse de la posibilidad de acudir antes oficinas de víctimas y valorar provisionalmente sus necesidades. Estas medidas, no obstante, son renunciables por la víctima (art. 24.2 LEVD).

3. La declaración de la victima es muy delicada. Debe haber recibido asistencia psicológica y jurídica durante el tiempo necesario para estar convencida de querer colaborar y mantener la denuncia y la acusación posterior, y aportar las pruebas fehacientes de su cuerpo sobre lo ocurrido, de forma que se evite la repetición La toma de declaración debe hacerse prescindiendo de perjuicios y estereotipos. La víctima tiene el derecho a ser traducida, a entender y ser entendida, acompañada por la persona de su confianza que ella designe (art. 4 c) LEVD). Es exigible, por tanto, un lenguaje sencillo y comprensible.

4. Existe el derecho a que no haya un tratamiento de victimización secundaria por el sistema judicial y policial y, por tanto, a la no confrontación visual, en caso de que en autos obren circunstancias que hagan prever como necesaria la adecuación de las condiciones de seguridad en la víctima. Igualmente, la víctima tiene el derecho a estar acompañada por la persona que designe, y a que se proteja su intimidad (art. 22 LEVD). Si se trata de menores o de personas con capacidad disminuida, se tiene derecho a que se grabe su declaración —como prueba anticipada— y al nombramiento de un defensor judicial (art. 26 LEVD). Deben extremarse, en este sentido, las cautelas sobre la publicidad que puedan poner en peligro la seguridad de la victima (art. 681 LECrim), cuestión que trae problemas en materia de órdenes de alejamiento.

5. Deben coordinarse todos los medios personales y materiales en la toma de pruebas a fin de evitar la revictimización.

6. Jurisdiccionalmente, debe evitarse un énfasis excesivo en las pruebas directas, ya que no siempre se dan. Las autoridades deben de explorar los hechos y decidir sobre la base de todas las circunstancias que los rodean. En su conjunto, la prueba en estos caso será muy común, considerando el contexto en el que ocurrieron los hechos.

7. Debe haber un equilibrio (protocolizado) entre el derecho de las mujeres victimas de violencia de genero para retirar sus denuncias y el derecho/deber del Estado proteger a las mujeres para que no actúen contra su voluntad, con el fin de evitar la reincidencia y daños en los bienes de las victimas. La «retirada» de la denuncia no debe interpretarse como denuncia falsa ni generar dudas sobre la declaración. Los estereotipos de género aquí tienen mucho que decir.

8. Debe haber una protección individualizada antes de la denuncia (art. 31 REVD) y tras la denuncia y la concreción adecuada del nivel de riesgo desde una etapa temprana, con un seguimiento y evaluación periódicos (Sistema DAR-AA). A tal fin, el propio REVD establece la obligación del Estado de proveer la asistencia y mejora psicológica de la víctima para disminuir la crisis ocasionada por el daño y evaluar de forma eficiente su estado y necesidades de protección antes y durante el proceso (art. 22 REVD).

9. Derecho al asesoramiento jurídico antes de la denuncia (art. 7 REVD) y de la personación en la causa de la víctima asistida de defensa letrada, que en nuestro Estado tienen derecho a la justicia gratuita[49] (art. 21 REVD) tanto en los delitos cometidos en territorio nacional como en los de carácter transfronterizo (art. 24 REVD, Directiva 2004/80/CE), Directiva 2011/29/UE y Reglamento UE 606/2013). En el ámbito nacional, la asistencia letrada no es necesaria en los delitos leves, salvo en aquellos castigados con pena de multa superior a 6 meses (967.2 LECrim)[50].

10. Derecho a ser informada de todas las fases del proceso y actuaciones, incluyendo su participación en fase de ejecución (art. 38 REVD). En tal sentido, la víctima debe conocer siempre las fases importantes del procedimiento y ser notificada de la forma en que para ella sea más fácilmente accesible la información (art. 5 y 7 LEVD). La notificación del sobreseimiento es obligatoria (art. 12 LEVD), tanto para víctimas residentes en España como para las residentes en el extranjero.

11. Asistencia social integral antes y tras denuncia que lleve al empoderamiento de la víctima. Dicha asistencia contribuirá a la protección integral de la mujer de forma realista, a obtener fuentes de prueba de su relato y a que mantenga posteriormente su declaración (art. 14 REVD). A tal fin, el REVD ha regulado pormenorizadamente las obligaciones que deben cumplir las oficinas de las víctimas en cada una de las fases de acogida-orientación, información, intervención y seguimiento de una víctima (art. 29 REVD).

12. Derecho a que su caso se desarrolle bajo la coordinación policial, judicial y hospitalaria adecuada, lo que hace aconsejable la «ventanilla única» (art. 19 ap. 18, 34 y 35 REVD)

13. Derecho a que los antecedentes y el perfil violento del maltratador se tomen en consideración en la protección de la víctima y la adopción de las medidas civiles de guardia y custodia

14. Medidas eficaces de protección nacional, europea e internacional que permitan compaginar el derecho a una vida segura de la víctima y su libertad deambulatoria en las fases de investigación, enjuiciamiento y ejecución[51].

15. Derecho a una solución reparadora de sus daños y perjuicios (judicial o extrajudicial). En ningún caso puede usarse la justicia restaurativa como forma de conciliación y perdón. Por tanto, las posibilidades de acudir a una mediación serán posibles pero limitadas.

16. Derecho a que se pueda exigir judicialmente la responsabilidad del Estado por no proteger adecuadamente a la víctima dañada debido al anormal funcionamiento de la Administración Pública y la de Justicia

17. Derecho a ser informada sobre el reembolso de gastos judiciales cuando haya condena en costas al acusado y a que se le devuelvan a la víctima los efectos intervenidos durante la investigación (art. 18 LEVD).

18. Derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas, revictimizante para la persona dañada en sus intereses jurídicos y que le someta a nuevos riesgos.

19. Derecho al recurso, se encuentre o no personada la víctima (art. 51 LEVD y 27 REVD), tanto respecto de la decisión policial (de forma excepcional, por falta de traductor) como la judicial (a

través de apelación, en su caso) (art. 9.5 LEVD). Sobre las víctimas indirectas, el juez puede acordar motivadamente no notificarles dichas comunicaciones.

20. Solución efectiva del conflicto que genera la violencia, lo que comprende a la vía judicial y también la justicia restaurativa en condiciones y garantías de libertad y no sometimiento de la víctima, siempre que sea beneficioso para la misma (art. 37 REVD).

6. CONCLUSIONES

La CEDAW, la DEDAW y el Convenio de Estambul establecen un catálogo de obligaciones que abarcan desde la protección de las víctimas de violencia de género a los contenidos de las políticas públicas, legislaciones y acciones para prevenir, detectar, proteger y castigar los actos de violencia contra la mujer. Este conjunto de obligaciones prestacionales genera derechos a favor de las víctimas, que a su vez integran el derecho de acceso a la justicia del las mujeres que tienen tal condición. En conclusión, esta panoplia de normas nacionales e internacionales crean los contenidos objetivos y subjetivos del derecho de la mujer a la vida libre de violencia y su correlativo derecho de acceso a la justicia. Entre ellos, el deber de diligencia debida de los Estados, que adopta una doble dimensión de responsabilidad, a saber, *una dimensión sistémica y una dimensión individual, que a su vez se relaciona con los derecho sociales e individuales, respectivamente.*

La igualdad de género como garantía fundamental y límite a la libertad: estas son las nuevas reglas de juego desarrolladas por la LOVG a través del reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia de género y a su *proteccionabilidad* o derecho de acceso a la justicia.

En línea con lo que venimos afirmando en este trabajo, se produjo la condena de España por Naciones Unidas (CEDAW) por el daño causado por el Estado español a Ángela González por el asesinato de su hija a manos de su exmarido. Estamos en el buen camino, pero se dibuja largo. Tenemos la obligación de reinterpretar el Derecho sustantivo y procesal desde la perspectiva de género y de repensar el sistema de justicia para poner en situación de igualdad a la mujer en sus derechos (también los procesales).

NOTAS

1. Barona Vilar (2016: 31 y ss.).

2. Ontiveros Alonso (2016).

3. Abramovich (2010: 170).

4. De forma resumida, queremos apuntar que en el derecho de acceso a la justicia sí encontramos cierto acomodo de la justicia reparadora y restaurativa para determinadas situaciones de violencia contra la mujer en el marco de una relación de afectividad. Es verdad que los casos y condiciones a las que hemos llegado como conclusión delimitan un campo más bien restringido de aplicación, peor no por ello inviable. *Vid*. Martínez García (2017).

5. Esta colisión entre estos dos valores o principios fundamentales se observa claramente al analizar el fenómeno de la prostitución, los vientres de alquiler, la prohibición de mediación en los casos de violencia de género, la virtualidad compleja que arroja la aplicación del artículo 416 de la LECrim, la imposición obligatoria de la orden de protección y los denominados quebrantamientos consentidos, etc.

6. Para un estudio completo de la Ley 1/2004, *vid.* Martínez García (2012). Sobre la evolución de estos conceptos y medidas aprobadas por esta legislación específica en violencia de género, *vid.* Gómez Colomer (dir.) (2007*a*) y Gómez Colomer (dir.) (2007*b*)

7. Ello nos va a hacer reflexionar sobre la situación actual en la que nos encontramos en España tras doce años de aplicación de la Ley 1/2004 de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género y la Ley 3/2007 de Igualdad entre hombre y mujeres; en concreto, sobre todos aquellas dimensiones que, si bien ha sido reguladas, no se han desarrollado e implementado: nos referimos a esos aspectos que, de forma realista, sí podían haber transformado la sociedad, su modelo cultural y las estadísticas de agresiones violentas a la mujer. No es un secreto que desde la entrada en vigor de la conocida Ley de Violencia de Género (LOVG), los gobiernos sucesivos han hecho hincapié en la acción de la justicia —que no en el derecho de acceso a la justicia— como primer frente de lucha contra la violencia sexista. Son muchos los logros, pero doce años después de la puesta en marcha de esta iniciativa legal tan compleja y transversal, debemos reflexionar sobre si esta es la mejor estrategia a seguir, sin que por ello se ponga en duda o disvalor la necesidad, importancia y adecuación de la LOVG. Simplemente, nuestra tesis se basa en el planteamiento de que ahora entramos en una nueva fase y debemos hacer más complejo —y también costoso económicamente— el abordaje del problema social y legal.

8. Maqueda (2006).

9. Barona Vilar (2016: 37).

10. Heim (2014: 125).

11. Lavrysen (2016) y Akandji-Komb (2007).

12. Antes de la aprobación de nuestra Constitución, hubo muchos textos que recogían estos derechos, los principales referentes para el feminismo, entre otros, la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, de Olympe de Gouges (1791); *Vindicación de los derechos de la mujer*, de Mary Wollstonecraft (1792); la *Declaración de Sentimiento*s (Séneca Falls, Nueva York) (1848); *La sujeción de las mujeres*, de John Stuart Mill (1869) o *El Segundo sexo, de Simone de Beauvoir* (1949).

13. Varela (2005).

14. Otros/as autores/as clave son Poullain de Barre y Olympe de Gouges.

15. Hasta 1963 se penaba con la pena de destierro al uxoricidio en el art. 428 del CP, se entendía el adulterio de forma diferente según lo cometiera el hombre o la mujer. Hasta 1975, el Código Civil entendía que la mujer tenía la obligación de obedecer al marido y este el derecho a corregirla, y no fue hasta 1989 cuando se introdujo la violencia familiar dentro del Código Penal. *Vid.* Muñoz Conde (2009: 16 y ss.). A partir de entonces, las sucesivas modificaciones del Código Penal introdujeron matices que iban que apuntaban a la protección física y psíquica de la mujer (LO 14/99) y elevaron la punibilidad de determinados actos que pasan a constituir delitos y no faltas (LO 11/2003 y LO 1/2004). *Vid.* Laurenzo Copello (1999: 244-260).
El movimiento feminista nunca vio con buenos ojos la introducción en el Código Penal de esta área de la mujer porque reproduce un sistema de poder que, como tal, es precisamente lo que se intenta preservar. Pero este movimiento ha avanzado en este sentido y no cabe duda de la necesidad de que el proceso penal acompañe al castigo de estas conductas, sin perjuicio de que condicionar todos los derechos de las víctimas a pasar por un proceso penal es inadecuado e inefectivo por no prevenir conductas delictivas ni empoderar a la víctima.

16. Martínez García y Gisbert Grifo (2016).

17. Sobre este estudio, y desde una perspectiva constitucional, *vid.* Torres Díaz (2014: 13 y ss.).

18. Rubio Castro (2004: 23).

19. Lousada Arochena (2014: 31-48); Añón Roig (2016) y Merino Sancho (2017: 107-131).

20. Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, Estambul, 11.V.2011, firmado por España el 1 de agosto de 2014.

21. Guerra Vaquero (2014: 203-215).

22. En palabras de Alexy (2009), la dignidad nace de valores básicos como la igualdad, la libertad y la solidaridad, en concreto la libertad igual, la libertad solidaria y la libertad segura son condiciones sociales de la dignidad. No se concibe libertad sin igualdad, solidaridad y seguridad.

23. Artículo 2. «Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:
a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base
de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer».
Articulo 5. «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:
a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos».
Artículo 24. «Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención».

24. Directiva 2012/29/UE de Víctimas y su desarrollo legal en España en la Ley 4/2015 sobre el Estatuto de la Víctima del Delito y Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011.

25. Sobre el concreto de «diligencia debida» en el Derecho internacional, *vid.* Lozano Contreras (2007); y Abramovich (2010). En el desarrollo de las obligaciones del Estado y la responsabilidad que de ellas se deriva a la hora de generar condiciones materialmente igualitarias entre hombres y mujeres es básica la lectura de Facio (2014).

26. Lozano Contreras (2007: 231 y ss.).

27. Sobre la diligencia debida en materia de violencia contra la mujer, *vid.* el Informe de la Relatora Especial sobre la violencias contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yaskin Ertürk. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A_HRC_23_49_English.pdf.>. *Vid.* la Sentencia del TEDH Caso *Opuz vs. Turquia*, de 9 de junio 2009, y la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009.

28. En la citada sentencia Campo Algodonero se atribuye responsabilidad al Estado por actos de los particulares sobre la base de que este tiene una posición de garante con relación a la acción de los particulares, por mediar cierta «tolerancia» con las acciones particulares ilícitas y abusivas, a partir de la denominada *doctrina del riesgo previsible y evitable*. No se trata de atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de un particular, sino que el Estado está obligado a adoptar medidas de prevención y protección por la situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos y porque es razonable la evitación de ese riesgo. En el caso de las mujeres, existe un patrón sistemático de discriminación y violencia patriarcal sobre ellas y, por tanto, se le exige una posición de garante frente a las mismas y de protección individual en el caso concreto. El Estado no puede alegar imposibilidad de prevenir un riesgo si antes no ha tomado las medidas oportunas que garantizan la seguridad de sus mujeres, en un sentido amplio y también estricto o más concreto.

29. Román (2016: 33 y 39-45).

30. Para una explicación sobre la óptica patriarcal del capital, *vid.* Torres Díaz (2014: 20-23), donde explica por qué cuando nuestro texto constitucional alude al sujeto de derechos como sujeto del pacto social solo piensa en el varón: «Un sujeto que se inserta en la Constitución de la contradicción capital/trabajo. Un sujeto plenamente disponible a los intereses del capital que no duda en reconocerle autonomía y libertad para pactar, eso sí, desde una concepción de igualdad meramente formal. Se perfila de esta igualdad formal un sujeto productivo que se erige en el verdadero sujeto de derechos de contenido social. Derechos cuya inserción en nuestro texto constitucional choca con la propia delimitación conceptual de dignidad humana reconocida a los sujetos en cuanto tales y no en cuanto a su vinculación y/o pacto con el capital que excluye del mercado a los sujetos menos disponibles, por tanto a las mujeres. De estos planteamientos cabría reflexionar sobre la subjetividad constitucional de las mujeres, esto es, si las mujeres han sido (o son) sujetos del pacto social. Un pacto que reconoce el ámbito público/privado —el ámbito del sujeto productivo o social, pero que ignora el ámbito reproductivo y/o personal— en el ámbito donde los sujetos no son para si sino para los demás. El ámbito donde la violencia de género ha encontrado acomodo naturalizándose como algo inherente al pacto socio/sexual».

31. Román (2016: 33).

32. Esto se ve claramente en la contraposición entre el derecho de protección *versus* derecho de defensa, articulados por el principio de proporcionalidad. Simplemente el Estado tiene la obligación de reforzar el derecho de protección de ellas; su no acción le haría responsable por falta de diligencia debida sistémica e individual, en su caso.

33. Alexy (2009: 88 y ss.).

34. Román (2016).

35. Añón Roig (2016).

36. En este proceso, resulta imprescindible hablar de economía, de un sistema que genera desigualdad y que se mantiene por el patriarcado; en este sentido, el patriarcado se configura como el sistema de valores y creencias que imponen el poder masculino sobre el colectivo mujer, y que el beneficio reportado a este sistema de poder es claro: mano de obra más barata, perpetuación del sistema a través de un modelo reproductivo, ausencia de participación de este colectivo en ámbitos de poder que puedan cambiar el modelo.

37. *Vid.* las estadísticas sobre violencia de género en Europa de la Fundamental Rights Agency. Disponible en: <file:///Users/elena/Downloads/fra-2014-vaw-survey-factsheet_es.pdf>.

38. Ferrajoli (2006: 115).

39. La democracia no es solo la garantía de la participación ciudadana con su voto en la elección de sus representantes, sino que es la propia constitucionalización y garantismo de los derechos fundamentales. Esta democracia se encuentra en un estado embrionario y avanza en su desarrollo a través de una triple acción: 1. Democracia como garantía de todos los derechos, tanto los derechos de libertad como los derechos sociales. 2. Democracia definida tanto desde un nivel nacional como internacional a través de los diferentes instrumentos vinculantes para los Estados. 3. Democracia como limite tanto para los poderes públicos como para el poder privado (y económico).

40. En este sentido, el papel de los derechos fundamentales —siempre actuando como límite frente al absolutismo o libertad salvaje— es el de proteger al más débil —tanto en sus diferencias personales como en sus desigualdades económicas y sociales—; así, los derechos fundamentales constituyen derechos de supervivencia frente a la ley del más fuerte social y económicamente. Todo esto constituye un límite a la opresión y a la discriminación, también aplicado a nuestra sociedad y a su poder económico y legal (patriarcal y masculino). En este sentido, las palabras de Ferrajoli resultan muy certeras cuando afirma: «Los derechos fundamentales son derechos de los individuos que sirven para protegerles frente a la cultura e, incluso, a sus familias» (Ferrajoli, 2006: 132)

41. El derecho a la vida puede servir de fundamento —a los efectos que aquí defendemos— si se vuelve a interpretar desde la perspectiva de género (derecho a la vida *libre de violencia de género*). Es obvio afirmar que el derecho a la vida de las mujeres no está suficientemente protegido por el Estado, considerando las estadísticas actuales. Por ello, debe existir una razón que explique estos datos estadísticos, esta violencia en una misma dirección, y ello se explica porque la razón de la violencia no es simplemente el ejercicio de un poder entre iguales, sino un instrumento del hombre

para someter a la mujer a sus decisiones y la subordinación de las mujeres, es decir, una violencia institucionalizada que impone le patriarcado como forma de dominación y control social de la mujer. Y aquí es donde debemos de enlazar el derecho a la vida (art. 15 CE) con el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE), entroncando, entonces, con ese elemento sistémico de estructura de poder que es el patriarcado. Le corresponde al Estado crear las condiciones para evitar esta violencia que excede del ámbito privado y pasa a justificarse en y desde lo público. Por esta razón, la Ley de Violencia de Género se tuvo que aprobar mediante Ley Orgánica, porque desarrolla los contenidos propios de un derecho fundamental. Debemos determinar ahora el objeto de este derecho fundamental, sus contenidos y límites para lograr su justificación.

42. Ferrajoli (2006: 133).

43. «Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer con inclusión de sus causas y consecuencias. La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer», 62 periodo de sesiones, 20 enero 2006 (E/CN4/2006/61)

44. Román (2016: 229).

45. *Vid.* la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE—, de 11 de octubre de 2016, Asunto C-601/14, y el comentario de De Hoyos (2017).

46. Ordeñana (2017).

47. Esta reforma llena de sentido, aunque llega tarde, porque el daño causado a la víctima no se agota con el delito (victimización primaria), sino que se agrava frecuentemente tras su paso por el largo camino del proceso penal y su relación con el sistema policial y judicial, que muchas veces incrementa el daño ocasionado (victimización secundaria) y provoca situaciones de estrés, angustia, depresión o miedo. *Vid.* el interesante documento del Consejo General del Poder Judicial por el que se interpreta y desarrolla exhaustivamente el Reglamento 1109/2015 y la Ley 4/2015 sobre derechos de las víctimas.

48. «El enjuiciamiento de la actuación de las autoridades públicas que intervienen en la protección de las víctimas de género debe de efectuarse de acuerdo con el principio de diligencia debida. Este deber de diligencia pretende garantizar que la protección se la víctima sea eficaz, adecuada y efectiva» (Román, 2016: 230). «Desde el punto de vista procedimental, el deber de protección de las víctimas requiere una investigación eficaz implementada en el marco de un proceso judicial imparcial y con las garantías debidas. La indefensión y una inadecuada protección de las victimas se presentan como causas fundamentales que pueden implicar el incumplimiento de esta obligación […] por ejemplo, que no se recojan razonablemente todas las evidencias relativas al incidente investigado o no atiendan a las exigencias de celeridad necesaria del proceso. Este deber de protección se insertaría en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión en el artículo 24 de la Constitución» (*Ibíd.:* 231).

49. Las solicitudes de justicia gratuita pueden presentarse ante los Letrados de la Administración de Justicia y en las dependencias de la OACD, que lo remitirán al Colegio de Abogados, sin necesidad de que la víctima acuda expresamente a la comisión.

50. Marcos (2015).

51. En fase de ejecución debe comunicarse a la víctima, salvo que haya renunciado (art. 5.1 y 7.3 LEVD) las salidas y cambios en el régimen penitenciario (beneficios penitenciarios, clasificación del penado, libertad condicional), tanto por correo electrónico como ordinario, sin posibilidad de recurso, salvo que la víctima esté personada en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor (2010): «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso *Campo algodonero* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 167-182. Disponible en: <www.anuariocdh.uchile.cl>.

AKANDJI-KOMB, Jean-François (2007): *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Handbook*, Estrasburgo, 7.

ALEXY, Robert (2009): «Sobre los derechos constitucionales a la protección», en *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio jurídico europeo.
AÑÓN ROIG, María José (2016): «Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, 33.
BARONA VILAR, Silvia (2016): «Justicia Integral y *Acces to Justice*: Crisis y Evolución del paradigma», en S. Barona (coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia,* Madrid: Civitas.
De HOYOS, Montserrat (2017): «Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas», *Diario La Ley*, 8955, Sección Tribuna, 5 de abril, Editorial Wolters Kluwer.
FACIO, Alda (2014): «La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad», México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Disponible en: <www.cdhdf.org.mx>.
FERRAJOLI, Luigi (2006): «Sobre los derechos fundamentales», *Cuestiones Constitucionales*, 15, 113-136.
GUERRA VAQUERO, Ana Ylenia (2014): «Universalidad de los derechos fundamentales, multiculturalismo y dignidad humana: la aproximación desde la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 48, 203-215.
GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.) (2007*a*): *Violencia de género y proceso*, Valencia: Tirant lo Blanch.
— (dir.) (2007*b*): *Tutela procesal frente a los Hechos de Violencia de género*, Colección «Estudios Jurídicos», Castellón: Editorial Jaume I,
HEIM, Daniela (2014): «Acceso a la justicia y violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 107-129.
LAVRYSEN, Laurens (2016): *Human rights in a Positive State,* Antwerp: Intersentia.
LAURENZO COPELLO, Patricia (1999): «La discriminación por razón de sexo en el Código Penal», *Jueces para la democracia*, 34, 244-260.
LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2014): «El derecho fundamental a vivir una vida sin violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 31-48.
LOZANO CONTRERAS, Fernando. (2007): *La noción de diligencia debida en Derecho internacional público*, Alicante: Atelier.
MAQUEDA, María Luisa (2006): «La violencia de género. entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02.
MARCOS, Diana (2015): «Cuestiones problemáticas en la persecución y enjuiciamiento de los nuevos delitos leves», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 3.
MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2012): *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Cizur Menor: Aranzadi.
— (2017): «Posibilidades reales que ofrece la mediación penal *en* los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y momento procesal recomendable», en A. Montesinos García (ed.) *Mediación Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
MARTÍNEZ GARCÍA, Elena y Susana GISBERT GRIFO (2016): *Género y Violencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
MERINO SANCHO, Víctor (2017): «Victimización secundaria en los supuestos de violencia contra mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular», *Migraciones*, 41, 107-131.
MUÑOZ CONDE, Francisco (2009): «Violencia familiar y de género en la LO 1/2004», en E. Núñez Castaño, E., *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia: Tirant lo Blanch.
ONTIVEROS ALONSO, Miguel (2016): «La feminización del Derecho penal», *Revista Jurídica Ius Doctrina*, 14.
ORDEÑANA, Ixusko (2017): «Juicio a la labor jurisdiccional en los tratamientos de Igualdad de trato y no discriminación de los hombre violentos», *Revista General de Derecho procesal*, 42.
ROMÁN, Laura (2016): *La protección jurisdiccional de las víctimas desde la perspectiva constitucional*, Tesis Doctoral, Tarragona: Universitat Rovira y Virgili.
RUBIO CASTRO, Ana María (coord.) (2004): «Inaplicabilidad e ineficacia del derechos en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores», en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de orientación para operadores jurídicos*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.
TORRES DÍAZ, Carmen (2014): «La fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género», *Themis. Revista jurídica de Igualdad de Género*, 13, 20-33.
VARELA, Nuria (2005): *Feminismo para principiantes*, Barcelona: Ediciones B.

Fecha de recepción: 15 de junio de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

POSITIVISMO JURÍDICO Y FILOSOFÍA ANALÍTICA
LEGAL POSITIVISM AND ANALYTIC PHILOSOPHY

José Juan Moreso

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

RESUMEN

En este trabajo se analiza la relación entre dos corrientes de pensamiento influyentes en su respectivo ámbito: el positivismo filosófico y el positivismo lógico. Aunque se arguye que el origen del positivismo lógico no surge del positivismo filosófico, se establece una panorámica de cómo las ideas del Círculo de Viena influyeron en la reflexión sobre el Derecho. En primer lugar, en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, que coincidió en Viena con los miembros del Círculo sin ser un miembro de él. En segundo lugar, como la evolución de la filosofía analítica se refleja en la filosofía jurídica: desde el rechazo de la metafísica y de la razón práctica situando el foco en los problemas de la estructura lógica y de análisis del lenguaje, hasta la rehabilitación de las cuestiones prácticas y de la metafísica en la actualidad.

PALABRAS CLAVE

Positivismo jurídico, positivismo lógico, filosofía analítica, razón práctica, metafísica.

ABSTRACT

In this paper the relationship between two very influential trends of thinking are analyzed: legal positivism and logical positivism. Even though it is defended that the origin of legal positivism does not arise from philosophical positivism, it is showed how the ideas of Vienna Circle affect the theoretical reflection about the law. Firstly, the influence which exercises on Kelsen's Pure Theory of Law, who coincided in Vienna with the members of the Circle, without counting as a member. Secondly, how the evolution of analytical philosophy is projected to legal philosophy: from the rejection of metaphysics and practical reason, focusing on the problems of logical structure and analysis of language, to the rehabilitation of practical and metaphysical issues in the present days.

KEYWORDS

Legal positivism, logical positivism, analytical philosophy, practical reason, metaphysics.

POSITIVISMO JURÍDICO Y FILOSOFÍA ANALÍTICA

José Juan Moreso
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

Sumario: 1. Cuestión de palabras. 2. Hans Kelsen y el Círculo de Viena. 3. La conexión escandinava y el pragmatismo americano. 4. Positivismo lógico y filosofía del lenguaje ordinario. 5. Teoría de las normas y de los sistemas normativos. 6. La rehabilitación de la razón práctica. 7. Interpretación y metafísica. 8. A modo de conclusión: cuestión de estilo. Notas. Bibliografía.

«It is nowadays commonplace to declare
logical positivism dead and gone. It should
be remembered, however, that the movement
was conquered and superseded largely
thanks to self-criticism generated in its own circle.
The combination of self-destruction with
self-development is perhaps unique
in the history of thought».

(von Wright 1993:16)

1. CUESTIÓN DE PALABRAS

La expresión «positivismo jurídico» no es, como alguien podría pensar, la traducción a la filosofía jurídica de la expresión «positivismo filosófico». Norberto Bobbio lo aclara del siguiente modo (Bobbio 1996: 3):

> «La expresión "positivismo jurídico" no deriva de la de "positivismo" en el sentido filosófico, aunque en el siglo pasado [el siglo XIX, Bobbio escribía esto en 1961] hubo una cierta relación entre los dos términos puesto que algunos positivistas jurídicos eran a la vez positivistas en el sentido filosófico: pero en su origen (que se halla a comienzos del siglo XIX) el positivismo jurídico nada tiene que ver con el positivismo filosófico, hasta el punto de que mientras el primero surge en Alemania, el segundo surge en Francia. La expresión "positivismo jurídico" deriva, por el contrario, de la locución *derecho positivo* contrapuesta a la de *derecho natural*. Para comprender, entonces, el significado del positivismo jurídico es necesario aclarar el sentido de la expresión *derecho natural*».

De hecho, la expresión *ius positivum* aparece por primera vez en determinados textos medievales (de Hugo de San Víctor, de Abelardo, *vid.* Bobbio, 1996: 7-8), y en Tomás de Aquino (1888, I.II, q. 90, 91) evocando un famoso pasaje de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles (1984: V.7. 1134b) en el

que el estagirita distingue entre la justicia natural, válida universalmente, y la justicia convencional, válida cuando determinadas autoridades instituyen determinadas normas. Para el Aquinate, mientras el Derecho natural es la participación de la ley eterna en las criaturas racionales, el Derecho positivo («humano» lo llama Tomás de Aquino, porque también es positivo el Derecho divino establecido explícitamente por Dios en las Escrituras) es aquel establecido por las autoridades humanas, derivado del natural *per conclusionem* o *per determinationem.*

Entonces, el Derecho natural es aquel conjunto de principios y valores universalmente válidos que rigen el comportamiento de los seres humanos en la sociedad. Por su parte, el Derecho positivo es el conjunto de normas o preceptos promulgados por las autoridades políticas de una sociedad. Tal y como fueron caracterizadas tradicionalmente, la doctrina iusnaturalista sostiene no solo la tesis de la existencia, independiente de la razón y la voluntad humanas, de este conjunto de principios y valores, sino también que la validez de las normas del Derecho positivo depende de su adecuación a tales principios y valores. Las doctrinas iuspositivistas, por así decirlo, niegan este extremo. Un importante iusfilósofo inglés del siglo XIX, John Austin (1995: 157), lo dijo así: «Una cosa es la existencia del Derecho, otra su mérito o demérito».

Entre los siglos XVI y XVII, la mayoría de pensadores desarrollan una concepción racionalista del Derecho natural. Dejando aparte la neoescolástica de la Escuela de Salamanca (con Francisco Suárez y Francisco de Vitoria a la cabeza), todavía anclada en el Derecho natural de raíz teológica, Hugo Grocio, Samuel Pufendord, Gottfried Wilhelm Leibniz, Immanuel Kant, Jean Domat, Jean Etienne Marie Portalis, John Locke o William Blackstone, por citar algunos autores de los ámbitos germánico, francés y anglosajón, conciben el Derecho natural como un sistema axiomático en el cual los principios del Derecho natural funcionan como axiomas, de los cuales las autoridades legislativas obtienen los teoremas mediante un método en todo similar al de las ciencias formales: la aritmética, la geometría y la lógica. Así, principalmente en Francia, se concibe la tarea de la codificación, que culmina en el *Code Napoléon* de 1804, la tarea de derivar el Código Civil y el Código Penal de estos principios. Y por esta razón (*vid.* el detalle en Bobbio, 1995: caps. 2, 3 y 4), en el siglo XIX los juristas devienen iuspositivistas. Una vez la tarea de derivación se ha completado, la denominada ciencia jurídica o jurisprudencia puede ocuparse ya únicamente de las leyes promulgadas por el legislador. Este movimiento se despliega con claridad en Francia, pasando por la revolución de 1789 y la codificación napoleónica, y es más dubitativo en los mundos germánico y anglosajón. En el mundo germánico, la Escuela Histórica —de la mano del gran jurista Friedrich Karl von Savigny[1]— arrojó dudas sobre la conveniencia de producir para Alemania una codificación a la francesa (combatiendo las ideas del ilustrado Anton Friedrich Justus Thiebaut), dudas fundadas principalmente en dos ideas interconectadas entre sí: a) el escepticismo acerca del poder de la razón; y b) el tradicionalismo político que trataba de socavar el liberalismo de la Revolución francesa. De hecho, el Código Civil alemán, el afamado BGV, no fue publicado hasta 1900. En el mundo anglosajón, como es sabido, también la Revolución americana descansa sobre las ideas iusnaturalistas y el liberalismo de John Locke, pero en Gran Bretaña la influencia principal es la de Jeremy Bentham, el maestro de John Austin. Bentham (1748-1832) era, por su formación, un ilustrado y con su utilitarismo moral defendía una codificación para la Inglaterra de su tiempo, desconfiando por razones ontológicas y por razones normativas del *Common Law* vigente en su tiempo y todavía ahora. Sea como fuere, para los grandes juristas del XIX (la Escuela de la Exégesis en Francia, la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania, con el gran Rudolf von Ihering, y la llamada jurisprudencia analítica inglesa, con Jeremy Bentham y John Austin), el objeto de la ciencia jurídica es el Derecho positivo. Y este es el sentido más genuino del positivismo jurídico, nada que tenga que ver directamente con el positivismo filosófico[2].

Tampoco la expresión «jurisprudencia analítica» guarda ninguna relación con la después denominada «filosofía analítica». Aunque el análisis de los conceptos es fundamental en este enfoque, la filosofía de Bentham se ancla en el empirismo inglés y sus ideas prefiguran algunos de los desarrollos posteriores de la filosofía del lenguaje[3].

2. HANS KELSEN Y EL CÍRCULO DE VIENA

Como es sabido, durante el periodo de entreguerras la ciudad de Viena fue una ciudad fascinante. Aunque había dejado de ser la capital de un gran Imperio, albergaba en su seno una vitalidad intelectual formidable: la arquitectura y la pintura de la *sezession*, el expresionismo en las artes plásticas, la música dodecafónica, la literatura de Robert Musil, la influencia de Sigmund Freud y el psicoanálisis, la nueva economía de von Mises, la nueva física de Einstein y Schrödinger, la lógica y la matemática de Gödel, el círculo del positivismo lógico (con Schlick, Neurath, Reichenbach o Carnap), la socialdemocracia de Karl Renner y la escuela de Viena del gran jurista Hans Kelsen (uno de los redactores de la nueva Constitución). Como se ha dicho en breve, *La Viena de Wittgenstein* (Janik, Toulmin 1966)[4].

Y es aquí donde tiene su origen el positivismo lógico. Una forma de concebir la tarea filosófica anclada en el abandono de la metafísica de la filosofía anterior: *Delenda est metaphysica*. Persuadidos de que todos los problemas cognoscitivos eran o bien problemas conceptuales, resolubles con los instrumentos de la lógica y las matemáticas porque eran problemas de adecuación de nuestra estructura conceptual, problemas definitorios que tenían solución *a priori*; o bien problemas empíricos, resolubles a través la investigación científica, mediante proposiciones *a posteriori*, cuya verdad era contingente. Seguidores, de este modo, del famoso pasaje de David Hume (1748: 131):

> «Cuando persuadidos de estos principios recorremos las bibliotecas, ¡qué estragos deberíamos hacer! Tomemos en nuestra mano, por ejemplo, un volumen cualquiera de teología o metafísica escolástica y preguntémonos: ¿contiene algún razonamiento abstracto acerca de la cantidad y el número? ¿No?; ¿Contiene algún razonamiento experimental acerca de los hechos y cosas existentes? ¿Tampoco? Pues entonces arrojémoslo a la hoguera, porque no puede contener otra cosa que sofismas y engaño».

A este rechazo de la metafísica, los autores del Círculo de Viena añadían dos tesis más: en primer lugar, la importancia de la lógica y el lenguaje para la filosofía. Las obras de Gottlob Frege y Bertrand Russell, junto con el *Tractatus logico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein, introdujeron el uso del análisis lógico en filosofía. Tal vez el uso de herramientas lógicas para presentar argumentos filosóficos sea una de las pocas aportaciones de los inicios del Círculo de Viena que ha quedado en la filosofía analítica del presente; la segunda tesis es la concepción de filosofía como filosofía de la ciencia: la filosofía consiste en el análisis del lenguaje de la ciencia.

Durante esos años, en Viena desarrollaba su concepción el teórico del Derecho más relevante de la primera mitad del siglo XX, Hans Kelsen. Profesor en Viena durante toda la década (de 1919 a 1930, año en el que se trasladó a Colonia y renunció a su puesto como miembro del Tribunal Constitucional austríaco que él mismo había diseñado por sus claras divergencias —que afectaron al funcionamiento del Tribunal— con la mayoría conservadora-autoritaria que se estaba forjando en Austria), su influencia es tan grande que podemos decir: la Viena de Wittgenstein fue también la Viena de Kelsen (Moreso y Navarro 2011: 8).

Aunque Kelsen participaba del aliento antimetafísico del Círculo de Viena, no se le puede considerar un miembro del Círculo ni un defensor de sus ideas. Kelsen era un *neokantiano*. Sus contactos fueron más bien ocasionales. El mismo Kelsen lo dice así en una carta inédita[5]:

> «En respuesta a tu carta del 31 de marzo, me es grato informarte de que yo no pertenecí al llamado Círculo de Viena, en el sentido estricto de la palabra. Tuve contactos personales con este círculo a través de mi relación con el profesor Schlick, el Dr. Neurath y los profesores Philipp Frank y Victor Kraft. Lo que me conectaba con la filosofía de este círculo —sin ser influenciado por él— era su impulso antimetafísico. Desde el comienzo rechacé la filosofía moral del Círculo —tal y como parece formulada en *Cuestiones de ética* de Schlick. Sin embargo, los escritos de Philipp Frank y Hans Reichenbach sobre causalidad influenciaron mi punto de vista sobre la cuestión. La revista *Erkenntnis* publicó mi ensayo "Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem vergeltungsprinzip" en su volumen octavo y un ensayo titulado "Causality and Retribution" en el volumen noveno».

También le unía con el Círculo de Viena una desconfianza absoluta hacia la razón práctica; en realidad, Kelsen pensaba que los juicios morales son siempre subjetivos, descripciones o, tal vez (no fue claro en esto) expresiones de emociones[6]. Sin embargo, Kelsen creía que era posible el conocimiento de las normas (positivas, el sentido de un acto de voluntad de algún ser humano) y que este conocimiento era distinto del conocimiento de los hechos. Por así decir, que junto a las proposiciones, que describen los hechos del mundo, el ámbito del *Sein*, existen las normas, que prescriben acciones humanas, el ámbito del *Sollen* (*vid.*, por ejemplo, Kelsen, 1960: caps. I y III). Mientras el primero era regido por la *causalidad*, el segundo lo era por la *imputación*. De este modo, la teoría jurídica que propone la teoría pura es una teoría cuyo objeto es el Derecho positivo. Ahora bien, las normas, que son el significado objetivo de los actos de voluntad de las autoridades, tienen una existencia ideal —no sometida a las leyes causales— y se presentan ordenadas en un sistema. Para contemplar las acciones humanas de las autoridades desde el punto de vista jurídico, desde el punto de vista de la validez (que es, para Kelsen, el modo de existencia de las normas), es preciso conjeturar (otras veces dirá «fingir») que hay una *Grundnorm* que funda la validez de todo el sistema jurídico.

Todas estas ideas, de origen neokantiano, eran claramente incompatibles con el positivismo lógico. Entre los positivistas, tal vez fue Otto Neurath que más atención dedicó a Kelsen. Y aunque apreciaba las investigaciones conceptuales dedicadas a establecer si ciertas normas eran compatibles con otras, si podían presentarse en un sistema consistente, rechazaba —dado que no había lugar para ello en su proyecto de ciencia unificada— la concepción de las proposiciones jurídicas como proposiciones referidas a la validez de las normas, al mundo del *Sollen*. En contra de las tesis de Kelsen, Neurath sostenía que la ética y la jurisprudencia son solo partes de la psicología y de la sociología (Neurath, 1959: cap. XIV), un intento de reducción naturalista o fisicalista[7]. Volveremos sobre ello.

En pocas palabras, a pesar de que existían ciertas afinidades con el positivismo lógico, la teoría pura del Derecho no comparte algunos de los postulados centrales del Círculo de Viena, en especial que todas las proposiciones verdaderas son bien analíticas, bien empíricas. Para Kelsen, hay también proposiciones normativas, cuya verdad depende de la validez, de la fuerza obligatoria de determinadas normas.

3. LA CONEXIÓN ESCANDINAVA Y EL PRAGMATISMO NORTEAMERICANO

En realidad, mayor afinidad guardaba con las tesis cruciales del positivismo lógico del Círculo el pensamiento de un desconocido (durante aquellos años) profesor sueco de filosofía y de Derecho

romano, Axel Hägeström[8]. Este profesor de Upsala combatió el idealismo y la metafísica imperantes en la Suecia de fines del XIX y defendió una concepción empirista para la cual la descripción del mundo de los juristas, poblada de derechos y deberes, era una concepción mágica, precientífica, derivada de las concepciones antiguas del Derecho, como el Derecho romano arcaico. Una concepción científica del Derecho no debía contener estos elementos, La de Hägeström era una versión que podemos denominar *eliminativista.*

En Upsala se agruparon algunos pensadores más jóvenes —Alf Ross (que regresaba de Viena, donde había sido alumno de Kelsen y al que volveré a referirme), Vilhelm Lundsted y Karl Olivecrona— en lo que se denominó *realismo jurídico escandinavo*[9]. Con arreglo a esta concepción, el Derecho es considerado un artefacto creado por los seres humanos y añadido al mundo que debe ser estudiado de acuerdo con las relaciones de causalidad que rigen las relaciones empíricas. De hecho, la contribución de Hägerström es considerada un valioso precedente del emotivismo ético: toda la escuela profesó un escepticismo hacia las condiciones de posibilidad de la razón práctica[10].

En el mismo periodo de entreguerras, un grupo relevante de juristas en Estados Unidos (entre los que destacan Felix Cohen, Jerome Frank, Karl Llewellyn o Max Radin) más interesados en la aplicación del Derecho y el razonamiento judicial defendieron una posición semejante. Una concepción según la cual el objetivo de la jurisprudencia era descubrir las pautas que permitan predecir el modo en que los jueces decidirán las controversias. En aquellos autores que tenían mayores intereses filosóficos —tal es el caso de Felix Cohen, que era hijo del filósofo pragmatista interesado en el lenguaje Morris R. Cohen—, dicha concepción asume algunas de las tesis del pragmatismo, cercanas al operacionalismo en filosofía de la ciencia[11]. Tomando la idea de Quine de la naturalización de la epistemología (Quine 1969), Brian Leiter (2007) ha retomado el programa del realismo jurídico para naturalizar la jurisprudencia.

4. POSITIVISMO LÓGICO Y FILOSOFÍA DEL LENGUAJE ORDINARIO

Tal vez fue Alf Ross ([1958] [1]1953 (en danés)) el filósofo del Derecho que más perspicuamente trató de aplicar las ideas del positivismo lógico para suministrarnos una concepción de la ciencia jurídica con los patrones del mismo.

Ross toma dos ideas del positivismo lógico y las aplica a la ciencia jurídica. Por un lado, acepta el principio de verificación, de acuerdo con el cual, aparte de las verdades analíticas, solo tienen significado las proposiciones empíricas, es decir, aquellas que pueden ser verificadas. De este modo, aunque las normas son expresiones directivas que tratan de influir en el comportamiento humano, las proposiciones jurídicas tienen como cometido describir el contenido de estas expresiones directivas (Ross, 1958: 3-4). Por otro lado (*Ibíd.*: 41), considera que estas proposiciones tienen carácter predictivo, dado que nos informan sobre los fundamentos que serán usados por los jueces en sus razonamientos al decidir los casos, o bien, tal como lo interpreta Bulygin (1981), las proposiciones jurídicas atribuyen a las normas una propiedad *disposicional*, la propiedad de *ser* vigente, con arreglo a la cual, si se dan determinadas condiciones, determinadas normas serán aplicadas por los jueces.

Poco a poco, sin embargo, el principio de verificación como criterio de demarcación de las proposiciones significativas fue abandonándose. Y la primacía que el lenguaje científico había tenido como objeto de la reflexión filosófica fue cuestionada a partir de los años cincuenta. La influencia de la filosofía del segundo Wittgenstein (1953), que abandonaba así el núcleo de su enfoque anterior (Wittgenstein, 1922), produjo un profundo impacto en la evolución de la filosofía analítica. El

clima filosófico de Oxford y Cambridge cambió y se prestó mayor atención al análisis del lenguaje ordinario. John L. Austin (1961), Peter Strawson (1971), Paul Grice (1989) o Michael Dummett (1978) tuvieron mucho que ver en esta evolución. Desde entonces, si uno contempla los temas que interesan a los filósofos analíticos, difícilmente puede sostener que únicamente son cuestiones relacionadas con el análisis del lenguaje de la ciencia y, menos aún, con el objetivo de axiomatizar las teorías científicas; solo una minoría de filósofos han pretendido axiomatizar alguna teoría científica. En este clima, había más posibilidades para el análisis de otros lenguajes, como el lenguaje de la moral[12] o el del Derecho.

En el mismo año que se publicaba el libro *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein, ocupaba la cátedra de *Jurisprudence* de la Universidad de Oxford, H. L. A. Hart. Era un antiguo graduado (en *Classic Greats*) de Oxford, pero después de sus estudios había ingresado en el Bar y ejercido la abogacía en Londres durante los años 30. En el MI5, durante la Segunda Guerra Mundial, rencontró viejas amistades oxonienses y entabló una profunda relación con los filósofos Gilbert Ryle y Stuart Hampshire. Acabada la guerra, ellos lo convencieron de que regresara a Oxford y se dedicara a la filosofía. En este ambiente filosófico, produjo el libro más influyente de reflexión sobre el Derecho de la segunda mitad del siglo XX (Hart, 1961), un libro de título *ryleiano*: *The Concept of Law*. En dicho libro, Hart trata de reconstruir los conceptos de Derecho, de norma jurídica, de deber jurídico, que subyacen a su uso en el lenguaje y la práctica de los juristas. Las normas jurídicas, para Hart, son una subclase de reglas sociales que se distinguen de los meros hábitos (regularidades de comportamiento) porque a) suscitan la crítica ante la desviación de los participantes en una práctica (como entre nosotros, por ejemplo, el inadecuado uso de los cubiertos para comer); b) la apelación a la regla se considera un fundamento suficiente para la crítica; y c) en dicho contexto es apropiado el uso del lenguaje normativo (siguiendo con el ejemplo: «*debes* coger el cuchillo con la mano izquierda»). Que alguien tiene el deber de realizar determinada acción, entonces, significa que en una práctica social existe una regla que prescribe realizar dicha acción. Las normas jurídicas son aquella subclase de reglas sociales identificadas mediante lo que Hart denomina la *regla de reconocimiento*, un criterio que subyace a la práctica de los operadores jurídicos cuando identifican las pautas vigentes en su ámbito. No todas las reglas son, entonces, reglas de conducta: normas que obligan, prohíben o permiten, que Hart denomina *reglas primarias*. Hay también reglas que versan sobre otras reglas o, en una versión ligeramente distinta, reglas *que confieren poderes*, que Hart denomina *reglas secundarias*: en primer lugar, la regla de reconocimiento, que dota al sistema jurídico de estabilidad al permitirnos averiguar si una pauta es o no parte del sistema, las *reglas de cambio*, que establecen quiénes y en qué condiciones pueden introducir o eliminar normas del sistema e impiden que este se esclerotice y las *reglas de adjudicación*, que establecen los procedimientos y las autoridades que deciden cuándo las reglas primarias han sido vulneradas y, de este modo, dirimen los conflictos. Para Hart, los sistemas jurídicos son una unión entre reglas primarias y reglas secundarias, esta es la clave de la jurisprudencia que nos desvela el concepto de Derecho.

Aunque el libro contiene muchas otras ideas valiosas (la crítica a Austin, contra el que construye su teoría, una concepción de la interpretación jurídica y del razonamiento judicial muy relevantes, entre otras), este es su núcleo: proporcionar un concepto de Derecho apto para mostrar tanto sus conexiones cuanto sus diferencias con otros dos fenómenos sociales, cercanos, pero diversos: la *coacción* y la *moralidad*.

Antes del último capítulo (consagrado al Derecho internacional), Hart dedica dos capítulos a la relación entre el Derecho y la moralidad, en especial entre el Derecho y la justicia. Y ahí, aunque tal vez muy tímidamente, comienza la rehabilitación de la razón práctica que analizaremos más abajo.

5. TEORÍA DE LAS NORMAS Y DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS

A comienzos de la década de los cincuenta del pasado siglo hubo otro modo de recepción, parcialmente diverso, de las ideas del positivismo lógico en la filosofía del Derecho. Es paradigmático de dicho enfoque un artículo de Norberto Bobbio (1950) cuyo título es elocuente: «Ciencia jurídica y análisis del lenguaje». El trabajo empieza por prometernos que las recientes orientaciones metodológicas del positivismo lógico suministran una mejor comprensión de la tarea del jurista y de la ciencia jurídica. Bobbio toma algunas de las ideas del positivismo lógico sobre los lenguajes formales y, también, de la presentación axiomática de las teorías científicas. Es decir, nos recuerda que un lenguaje formal es presentado mediante la introducción de un *vocabulario básico*, un conjunto de *reglas de formación* que permiten averiguar de un modo pautado si una expresión es o no una proposición bien formulada de ese lenguaje y unas *reglas de transformación* que nos autorizan a obtener nuevas proposiciones a partir de algunas ya dadas.

Que esta era una idea atractiva para el Derecho había sido ya intuido cien años antes por el gran jurista Rudolf von Ihering (1865), que concebía la ciencia jurídica como la descomposición de los materiales jurídicos en sus partes más simples, los conceptos jurídicos (una especie de alfabeto, dice Ihering) que, combinados, dan lugar a las proposiciones jurídicas, para pasar a continuación a la fase de la construcción jurídica que consiste, en realidad, en agrupar estas proposiciones de un modo sistemático, respetando la consistencia y la compleción de los sistemas. Bobbio concibe esta tarea de un modo semejante, en tres fases: la fase de purificación del lenguaje, la fase de integración y la fase de ordenación[13].

Bobbio presenta estas ideas como un proyecto para el futuro. Sin embargo, un año después de la publicación de su artículo von Wright (1951) publica otro trabajo que va a permitir el desarrollo de la lógica deóntica como un tipo de lógica modal, con sus peculiaridades. Von Wright desarrolla estas ideas durante varias décadas (von Wright, 1963) y dos autores argentinos, Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin (1971), toman los desarrollos de von Wright sobre la lógica deóntica junto con las ideas de Alfred Tarski sobre los sistemas deductivos —sistemas de proposiciones que contienen todas sus consecuencias lógicas— para desarrollar la teoría de los sistemas normativos, que considero, tal vez, la más exitosa aplicación del positivismo lógico a la teoría del Derecho[14].

Con una idea a la vez simple y elegante, conciben las normas jurídicas como enunciados que correlacionan casos genéricos con soluciones normativas. Y proporcionan definiciones rigurosas de ambos términos. Los casos genéricos son estados de hecho del mundo (objetos, acaecimientos, acciones humanas) definidos mediante una combinación de la presencia y ausencia de determinadas propiedades; por ejemplo, mi acción de ordenar un plato en un restaurante y marcharme sin pagar la cuenta, que configura un universo de casos, digamos el universo de la presencia de seres humanos en un restaurante, con cuatro casos genéricos: ordenar un plato y pagar la cuenta, ordenarlo y no pagarla, no ordenarlo y pagar una cuenta, no ordenarlo y no pagar cuenta alguna. Las soluciones normativas son acciones modalizadas por un operador normativo: obligatorio, prohibido o facultativo (permitida su realización y su omisión). En el ejemplo anterior, ordenar un plato está correlacionado con la obligación de pagar la cuenta, no ordenarlo, en cambio, está correlacionado con la opción de pagar (como una generosa donación) o no pagar cuenta alguna. De este modo, en un universo de casos seleccionado es posible concebir las normas que regulan los casos como un sistema, clausurado bajo la noción de consecuencia lógica. Este modo de concebir las normas jurídicas nos permite averiguar si estamos en presencia de casos de antinomia normativa —porque un mismo caso genérico está correlacionado con dos soluciones normativas incompatibles— o de lagunas normativas —porque un caso genérico no está correlacionado con ninguna solución normativa—.

La fecundidad de este esquema puede apreciarse al descubrir la parsimonia y perspicuidad con la cual los autores analizan las cuestiones más intrincadas de la teoría jurídica. Esta idea permite configurar microsistemas para resolver los problemas de universos de casos previamente seleccionados. Permite también construir una concepción idealizada del sistema jurídico mediante una especie de definición recursiva con tres cláusulas:

1. Las normas N1…Nn (verbigracia, los enunciados de una constitución) son miembros del sistema jurídico S.
2. Si una norma Ni, miembro de S, autoriza a un órgano O a promulgar la norma N' y O promulga N' en el momento t, entonces N' también pertenece al sistema S a partir del momento t.
3. Todas las normas que son consecuencia lógica de las normas que pertenecen a S son también miembros de S.

En muchos artículos posteriores, Alchourrón y Bulygin (1991) desarrollaron también esta idea aplicada a la dinámica de los sistemas jurídicos, a la admisión y al rechazo de normas en la evolución del sistema. En estos trabajos cayeron en la cuenta de que esta dinámica se parece mucho a la que es estudiada en epistemología en la revisión de creencias[15].

Pondré un ejemplo de la relevancia de estas investigaciones. Me refiero a lo que los autores denominaron *la tesis de la indeterminación lógica del sistema.* Supongamos que dos normas conjuntamente, pero ninguna de ellas por separado, implican una tercera norma y supongamos también que queremos rechazar esta tercera norma. Dado que las revisiones normativas tienden a eliminar el mínimo posible del material normativo precedente (y también las revisiones de creencias), debemos eliminar una de ambas pero no ambas. Bien, este es un supuesto de un problema producido por las revisiones normativas y que había sido apuntado por varios autores previamente[16].

El problema puede plantearse con el siguiente ejemplo planteado por Cornides (1969):

Supongamos un sistema normativo doméstico con solo dos normas:

Na: Los niños no pueden cenar sin hacer los deberes.

Nb: Los niños no pueden ver la TV sin cenar.

Un día la madre, apiadada porque es el cumpleaños de uno de los hijos, decide permitir ver la TV sin hacer los deberes, es decir,

Nd: Los niños pueden ver la TV sin hacer los deberes.

Nd no es incompatible ni con Na ni con Nb, sino con una consecuencia lógica de Na y Nb, a saber:

Nc: Los niños no pueden ver la TV sin hacer los deberes.

Es legítimo, ahora, que los niños se pregunten si para ver la TV han de cenar primero (sin hacer los deberes) o si pueden ver la TV sin cenar (pero antes de cenar deben hacer los deberes). Es decir si el acto de rechazo de la madre ha derogado Na o Nb. Y esta es una de las conclusiones de Alchourrón y Bulygin de la tesis de la indeterminación lógica del sistema: mientras la promulgación de normas siempre produce como resultado un conjunto unívoco de normas[17], la derogación puede producir como resultado varios conjuntos de normas alternativos (Alchourrón y Bulygin, 1976 y 1981).

Creo que la relevante contribución de Alchourrón y Bulygin puede todavía iluminar algunos problemas de la filosofía práctica, ya que nos dota de un potente instrumental de análisis para enfocar los problemas normativos.

6. LA REHABILITACIÓN DE LA RAZÓN PRÁCTICA

Sin embargo, el mismo año en que se publicó *Normative Systems*, en 1971, terminó lo que con expresión afortunada (Pettit, 1993: 8) ha sido denominado el periodo del *silencio prolongado*. Es decir un periodo en el que los filósofos analíticos suscribían algún tipo de escepticismo ético, algún tipo de posición metaética que hacía que los desacuerdos morales fueran irresolubles racionalmente. Era también la posición de Kelsen, de Ross y, con algunas dudas, de Bobbio y de Hart (y también, con seguridad, la de Alchourrón y Bulygin). Terminó porque ese año se publicó la obra que cambió la filosofía política, y con ella toda la filosofía práctica contemporánea. Me refiero, como es fácil de adivinar, a *A Theory of Justice* de John Rawls (1971). Como es sabido, las cosas ya no volverán a ser como antes después de esta obra: la rehabilitación del discurso normativo, de la evaluación del diseño de nuestras instituciones con arreglo a criterios de justicia, racionalmente controlables, ha regresado a las aulas, congresos, seminarios y publicaciones de nuestra vida académica.

Hay, al menos, tres razones por las cuales la obra de Rawls devendría clave: a) contiene una razonada crítica al utilitarismo moral que, en la época del silencio prolongado, se había convertido en algo como la concepción moral y política *by default*; b) recupera la tradición contractualista en filosofía política y la presenta con la atractiva *mise en scène* de la posición original, un experimento mental que imagina seres humanos, autointeresados y a veces altruistas como nosotros que han de elegir los principios de una sociedad bien ordenada, desconociendo el lugar que ocuparan en ella (no saben si serán católicos o musulmanes, hombres o mujeres, hijos de un inmigrante o de un magnate, etc.); y c) el enfoque asume la teoría de la *elección racional*, que las ciencias sociales más avanzadas ya presuponían —la economía, la ciencia política, por ejemplo— y propicia así el diálogo con ellas, rehabilitando también una conversación interrumpida en el ámbito de lo que en el mundo anglosajón se había denominado *moral sciences*.

Rápidamente, este cambio tuvo consecuencias para la concepción de la filosofía del Derecho. Ronald Dworkin, el autor que representa más que nadie este cambio de rumbo (Dworkin 1977*a*), sostiene ahora que la teoría del Derecho es un apartado de la filosofía política (Dworkin 2006: 242) y, con razón, piensa que la obra de Rawls tiene un gran impacto al menos en cinco cuestiones cruciales de la filosofía del Derecho (Dworkin 2006: 242-244): a) la cuestión metodológica sobre la naturaleza del Derecho: ¿qué tipo de teoría debe responder a esta pregunta, una teoría descriptiva, como se sigue de la teoría de Hart, una normativa, como se sigue de la obra de Rawls?; b) La segunda es ya una cuestión sustantiva, que enfrenta positivistas jurídicos y antipositivistas: para los primeros, el contenido de aquello que el Derecho requiere es solo una cuestión de hechos sociales; para los segundos, es una cuestión que algunas veces involucra la controvertida apelación a problemas y argumentos morales; c) La concepción del razonamiento judicial de los iuspositivistas de Hart (1961: cap. VII) decía que en los casos *difíciles,* en los casos en los que las fuentes del Derecho (la legislación, los precedentes judiciales, la constitución) dejan indeterminado aquello que el Derecho requiere, los jueces tenían discreción, debían decidir las controversias según su buen y leal entender, pero ya no sujetos al Derecho; los antipositivistas en cambio (Dworkin a la cabeza) consideran que en dichos casos los jueces deben elaborar la concepción que contempla las fuentes del Derecho *en su mejor luz*, con la teoría político-moral adecuada[18]. Y, como Dworkin sugiere, la idea de Rawls de *razón pública* puede aquí ser de utilidad; d) en las democracias constitucionales ha devenido una cuestión muy debatida la de si es compatible con la democracia —la más robusta defensa reciente de la incompatibilidad corresponde a Waldron (1999)— el establecimiento de un mecanismo que confíe en un tribunal jurisdiccional la decisión de si las normas del legislador están o no de acuerdo con la constitución. Las reflexiones de Rawls al respecto son también muy relevantes en este ámbito. Pensemos en la reciente decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos reconociendo

el derecho constitucional a contraer matrimonio con personas del mismo sexo[19], o la sentencia del Tribunal constitucional español en 2010 declarando inconstitucionales varios artículos de *l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*[20]; y e) un aspecto mucho más abstracto y filosófico: ¿las controversias acerca de lo que el Derecho requiere tienen una respuesta objetiva o son la expresión de meras convicciones subjetivas? Rawls ensaya una respuesta objetivista, de carácter constructivista, para las cuestiones relativas a la objetividad en el ámbito práctico que, es claro, tiene gran relevancia.

Como es sabido, según Rawls las partes en la posición original elegirían los dos siguientes principios (en la formulación de Rawls, 2001: 42-43):

(Primer principio): Cada persona tiene un igual e irrevocable derecho a un esquema de iguales libertades básicas plenamente adecuado, que sea compatible con un esquema equivalente de libertades para todos.

(Segundo principio): Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, que estén adscritas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, que redunden en el mayor beneficio de los miembros de la sociedad más desfavorecidos (principio de la diferencia).

La formulación de estos dos principios por parte de Rawls incentivó el análisis de los derechos humanos (el primer principio)[21] y el principio de la diferencia tendría un gran impacto en los estudios acerca de la justicia distributiva[22].

A lo largo de los últimos cincuenta años, la filosofía del Derecho ha debatido la antigua concepción hartiana con la nueva concepción, antipostivista y más dworkiniana. Destacaré aquí solamente un elemento más de este giro normativo. Durante los años setenta, las cuestiones de deliberación moral en la filosofía práctica comenzaron a enunciarse en términos de *razones para la acción*. Ante cualquier cuestión práctica (de naturaleza moral o prudencial), debo sopesar las razones a favor y en contra de realizar determinada acción. Por ejemplo, prometí a mi amigo José Luis leer un *draft* de un *paper* que me envió, y le dije que se lo comentaría el sábado 11 de marzo. Entonces, tengo una razón para hacerlo: mi promesa es esa razón. Pero tal vez hay razones en contra: no puedo leerlo porque he de acabar mi ponencia para este seminario en Valencia y la tengo algo retrasada. Bien, la metáfora es aquí la de la ponderación y la balanza: debo analizar si las razones a favor pesan más que las razones en contra o al revés. Esto, por cierto, permite percibir que las razones no acostumbran a ser concluyentes, sino que a menudo son contribuyentes y algo así ocurre también con las razones jurídicas; son razones *pro tanto* y los deberes que imponen son derrotables (*defeasible*)[23]. Pero puede argumentarse que la promesa constituye una razón privilegiada, que solo puede ser derrotada en casos muy especiales, y que, por lo tanto, no compite con el resto de razones en pie de igualdad. Los clásicos decían —Pufendorf, si mal no recuerdo— que prometer es alienar una parte de nuestro futuro. Pues bien, una idea como esta, pero aplicada a las normas jurídicas, fue elaborada por Joseph Raz (1990) al concebir las normas jurídicas como razones *protegidas*, esto es, razones de primer orden para realizar la acción que la norma requiere y razones de *segundo orden*, *excluyentes*, que excluyen actuar por las razones de primer orden contrarias a la realización de la acción. Esta seminal idea, por un lado, ha dado lugar a un valiosísimo debate sobre la naturaleza de las normas como razones para la acción[24], y por otro, es parte del fundamento de la doctrina raziana de la autoridad del Derecho, una doctrina conocida como la doctrina de la *autoridad como servicio* (Raz 1994) que, dicho muy sumariamente, descansa en las tres tesis siguientes: a) la tesis de la dependencia: las directivas de la autoridad deben reflejar las razones morales subyacente que los sujetos normativos tienen; b) la tesis de la justificación normal: en condiciones *normales*, los sujetos normativos que son destinatarios de las normas de la autoridad van a cumplir más probablemente con sus deberes subyacentes siguiendo a la autoridad que siguiendo su propio juicio; y c) la tesis del reemplazo (*preemption thesis*): las

directivas de la autoridad desplazan las razones de primer orden que los sujetos normativos tienen para comportarse de determinado modo.

7. INTERPRETACIÓN Y METAFÍSICA

En 1977, en un volumen de la serie *Oxford Readings in Philosophy* dedicado a la filosofía del Derecho, Ronald Dworkin (que en 1968 había sucedido a Hart en la cátedra de *Jurisprudence* de Oxford) escribía al comienzo de la introducción de *The Philosophy of Law* (1977*b*: 1):

> «La filosofía del Derecho estudia los problemas filosóficos que surgen de la existencia y la práctica del Derecho. Por lo tanto, no hay un núcleo central de problemas filosóficos distintivos, como otras ramas de la filosofía tienen, sino que se solapa con la mayoría de estas otras ramas. Puesto que las ideas de culpa, infracción, intención y responsabilidad son centrales al Derecho, la filosofía del derecho es parasitaria de la filosofía de la ética, de la mente y de la acción. Puesto que los juristas se preocupan acerca de cómo el Derecho debe ser, y de cómo debe ser elaborado y administrado, la filosofía del Derecho es también parasitaria de la filosofía política. Incluso el debate acerca de la naturaleza del Derecho, que ha dominado la filosofía jurídica por algunas décadas, es, en el fondo, un debate en filosofía del lenguaje y metafísica».

Estas consideraciones de Dworkin solo se comprenden si uno toma en cuenta la gran capacidad de crítica que hubo en el ámbito de la filosofía analítica entre los años cincuenta y setenta del siglo pasado. La capacidad de autodestruirse y evolucionar a la que se refiere von Wright en el pasaje que encabeza esta presentación (von Wright, 1993: 16) se desplegó en estos años con gran fuerza. Ya sabemos que la filosofía del lenguaje ordinario había arrinconado la primacía que el lenguaje científico tenía para los positivistas lógicos.

En relación con el rechazo de la metafísica, y a pesar de que el rechazo a una determinada forma de filosofía especulativa sigue siendo patrimonio de la filosofía analítica, el fundamento en que descansaba, esto es, *el principio de verificación*, fue ampliamente cuestionado.

En un artículo famoso, W. v. O. Quine (1953) argüía que dos dogmas centrales del empirismo (y del positivismo lógico) debían ser arrinconados. Se trata de la distinción entre verdades *analíticas*, o basadas en el significado con independencia de las materias de hecho, y verdades *sintéticas*, o basadas en los hechos; y el *reduccionismo*, según el cual cada enunciado significativo es equivalente a un constructo lógico sobre términos que se refieren a la experiencia inmediata. Quine aboga por una concepción *holista* del conocimiento humano, según la cual nuestros esquemas conceptuales son como redes que limitan con la experiencia. Revisar nuestras creencias es siempre una tarea que requiere embarcarnos en una posible revisión de todo nuestro esquema conceptual. De esta forma, el criterio de significación de las proposiciones del positivismo lógico, fundamentado en la distinción entre proposiciones analíticas y proposiciones fácticas (y, con ella, la posibilidad de distinguir con claridad entre problemas empíricos y problemas conceptuales) y en la posibilidad de verificar nuestras proposiciones fácticas a través de la verificación concluyente de algunas de estas proposiciones, los enunciados *protocolares* (de Carnap), a los cuales todas las demás son *reducibles*, debe ser abandonado. Claro que muchos filósofos actuales, tal vez la mayoría, no aceptan la primera crítica de Quine y el debate sigue abierto,

Más tarde, Davidson (1984) ponía en cuestión otro dogma del empirismo, el referido al dualismo entre nuestro esquema conceptual y su contenido, entre un sistema conceptual que organiza nuestra experiencia y algo que espera ser organizado. Según Davidson, la interdependencia entre creencias y significado se fundamenta en la interdependencia de dos aspectos de la interpretación

de la conducta lingüística: la atribución de creencias y la interpretación de las oraciones. Siendo así, no hay forma de separar nuestro esquema conceptual de su contenido, no hay nada que sea *el* contenido esperando a ser articulado por nuestros esquemas conceptuales.

Es más, una idea asumida por Carnap —la convencionalidad de nuestros conceptos (Carnap 1947), que presuponía que la necesidad es una cuestión *a priori*, es decir, que lo que es necesario lo es con independencia de la experiencia— sería desafiada en una de las contribuciones cruciales de la filosofía contemporánea a partir del análisis del significado de los nombres propios (Kripke, 1980 y 2013). De este modo, la metafísica (y las esencias aristotélicas) regresaban al escenario filosófico y, para la filosofía contemporánea, tal vez el problema filosófico más destacado sea el de la modalidad. Si pensamos en la influencia de otro filósofo, fallecido hace poco, y el desarrollo de su concepción realista de los mundos posibles —me refiero a David Lewis (por ejemplo, Lewis, 1996)—, entonces la rehabilitación de la metafísica ha llegado para quedarse entre nosotros.

Todo este desarrollo tuvo un gran impacto en la filosofía jurídica. Me limitaré a señalar dos aspectos que han sido centrales, y todavía lo son, en el debate contemporáneo: la concepción de la interpretación jurídica y la metafísica del Derecho[25].

La cuestión de cómo debemos atribuir significado a los textos de las autoridades, a los textos de nuestras constituciones y de nuestra legislación, es crucial en filosofía jurídica y lo ha sido siempre. Pero el cambio en los últimos años ha venido dado por la atención puntillosa a lo que ocurría en filosofía del lenguaje *(vid.*, por ejemplo, Marmor, 1992). Es más, algunos autores han aplicado la teoría causal de la referencia, debida a las reflexiones de Kripke (1980), a partir de la concepción del significado de los nombres propios, y Putnam (1975) lo ha hecho a partir del significado de los nombres de géneros naturales (como «agua»). Algunos autores (Brink, 1988; y Moore, 2002) han extendido esta doctrina hasta cubrir conceptos normativos, como por ejemplo el análisis del término «cruel» (la octava enmienda de la Constitución americana prohíbe los *cruel and unusual punishments*). Entonces, por ejemplo, que la pena de muerte sea o no cruel es una cuestión que no depende de nuestros deseos o creencias, que no está en nuestras cabezas, sino que depende de cómo es el mundo.

Y, ya para terminar, en la última década muchos filósofos consideran que una de las relaciones metafísicamente estructuradoras de la realidad, tal vez la más importante, es la relación de *grounding*, la relación en virtud de la cual un hecho A depende de otro hecho B, o que la proposición Q hace verdadera la proposición P. Pues bien, en una de las primeras, y más clarificadoras, presentaciones de la cuestión (Rosen, 2010: 110), el autor usa como uno de los ejemplos de esta relación precisamente algo que nos conecta de nuevo con la naturaleza del Derecho:

> «Si es contrario al Derecho llevar un tigre como si fuese un animal doméstico en Princeton, debe haber alguna constelación de hechos no-jurídicos en virtud de que ello es de este modo. Uno de los fines de la jurisprudencia es identificar en términos generales los hechos en virtud de los cuales los hechos jurídicos son como son. Una tesis identificadora del positivismo jurídico es que los fundamentos [*grounds*] del Derecho son completamente sociales, consisten en último término en actos de los operadores jurídicos y en las prácticas sociales en cuyo entramado habitan […] Los antipositivistas mantienen paradigmáticamente que los hechos morales preinstitucionales representan un papel en hacer que el Derecho sea como es».

Pues bien, esta idea es central en uno de los artículos más influyentes en la filosofía jurídica de los últimos quince años (Greenberg, 2003), texto que ha dado lugar a una literatura de la que todavía cabe esperar importantes contribuciones[26].

8. A MODO DE CONCLUSIÓN: CUESTIÓN DE ESTILO

Una lección que podemos aprender del recorrido trazado es que la filosofía del Derecho sigue a la filosofía, su suerte es la suerte de la filosofía general. Otra que también hemos aprendido es que la filosofía analítica no es una escuela (aunque el Círculo de Viena lo fue), no es un método (en el sentido en que lo fue el método de la fenomenología), es más bien un estilo, al menos, dos de las acepciones que da al término el *Diccionario de la real Academia española:* el primero: «modo, manera, forma de comportamiento», y el sexto: «gusto, elegancia o distinción de una persona o cosa». Entonces, la filosofía analítica es un modo (un estilo) de hacer filosofía con *estilo*. Nada más… y nada menos.

Algunas veces la filosofía analítica se contrapone a la denominada filosofía *continental*. En el caso de la filosofía continental realizada con rigor y seriedad académica, tal contraposición carece de sentido, como el debate en *Journal of Philosophy* entre el heredero de la tradición continental, Jürgen Habermas, y John Rawls pone de manifiesto (Habermas, 1995; y Rawls, 1995).

Es cierto que otras veces esta contraposición se plantea en términos más agrios, como si se tratara de una confrontación ideológica. Vattimo y mi colega Zabala (Vattimo y Zabala, 2012: 12) sostienen:

> «Mientras que la metafísica, o lo que es lo mismo, la política de las descripciones, es la filosofía de los vencedores que aspiran a conservar el mundo como es, el pensamiento débil de la hermenéutica se convierte en el pensamiento de los débiles en busca de alternativas».

O Zabala con Davis (Zabala y Davis, 2013), en una entrevista para la página web de Al Yazira, de un modo aún más desconcertante si cabe:

> «En este respecto, la filosofía analítica es *passé* porque su método es demasiado conservador para transgredir los presupuestos en los que se funda. No solo porque la filosofía analítica es "anal" (en el sentido anal-retentivo freudiano), sino porque su naturaleza conservadora la vincula a un método que ya ha muerto […]».

No creo que merezca la pena detenerse en estos comentarios. No sé porque a estos autores les parecen más defensores de los débiles Carl Schmitt o Martin Heidegger, que tuvieron más que simpatías (a las que nunca renunciaron) con el nazismo, que tantos filósofos analíticos, como el mismo John Rawls o Hilary Putnam, contrarios a la guerra del Vietnam, o como Jerry Cohen, profundamente comprometido con una idea de igualdad que exigiría una colosal redistribución de la riqueza.

Sin embargo, quiero terminar señalando algo que realmente me preocupa en algunas de las derivas de la filosofía analítica. Me preocupa que pueda convertirse, en manos de algunos, en algo así como una especie de moderna *neoescolástica*. A veces, algunos jóvenes colegas presentan artículos o discuten argumentos que son solo la enésima distinción de una distinción que alguien hizo al referirse a las tesis de algún filósofo importante. Y, en alguna de estas ocasiones, uno se da cuenta de que son hábiles en la última distinción, pero también incapaces de comprender el problema que el filósofo importante quería resolver. Este sería un mal camino y debemos evitarlo. La filosofía analítica atesora suficiente energía y frescura para evitarlo. Tengo en mi mesa abierto el último libro de Margalit (2017), dedicado a la traición; refiriéndose al enfrentamiento entre filosofía analítica y filosofía continental, en el texto cuenta que uno de sus profesores, partidario de la filosofía continental, para tratar de disuadirlo de sus preferencias por la filosofía analítica (Margalit 2017: ix), le dijo una vez citando a Hermann Lotze: «Afinar constantemente los cuchillos es aburrido si uno nunca logra nada para cortar». Deberíamos evitar este extremo; algunas veces yo me he referido a lo mismo con el siguiente chiste: «Un borracho está bajo una farola frente a su casa, buscando algo en el suelo. Pasa un amigo y le dice: —¿Has perdido algo?, y el borracho contesta: —Sí, las llaves de

casa. El amigo replica: —Te ayudo a buscarlas. Después de quince minutos de infructuosa búsqueda el amigo pregunta: —¿Estás seguro de que las perdiste aquí? Y el borracho contesta: —No, las perdí unos metros más para allá. Y el amigo dice: —¿Por qué, entonces, las buscas aquí? El borracho responde: —Porque aquí hay luz».

Ninguno de los necesarios instrumentos formales que usamos, ninguna de nuestras distinciones, debe hacernos olvidar que los argumentos filosóficos están destinados (como una vez me recordó Joseph Raz, mi supervisor en Oxford el año 1995) a *solving problems* y no a *playing games.*

NOTAS

1. Es un miembro de esta escuela precisamente, Gustav Hugo ([1]1798]1809), el primero en usar la expresión «filosofía del Derecho», para aplicarla al Derecho positivo, más de veinte años antes de la importante obra de Georg Wilhelm Friedrich Hegel ([1]1821] 1986).

2. Como es sabido, el positivismo filosófico es la doctrina del francés August Comte, con ninguna influencia, hasta donde sé, en la reflexión sobre el Derecho. Valdría la pena repasar, tal vez, su relación con John Stuart Mill para rastrear posibles conexiones con la filosofía práctica. *Vid.* Stuart Mill (1963); y Haac (1995).

3. W.v.O. Quine (por ejemplo, 168: 101) solía citar el *método de la paráfrasis* de Bentham como un precedente del análisis russelliano de las descripciones definidas. *Vid.* También Hart (1983: 11); y Moreso (1992: 59-78).

4. Uno de los personajes de la obra de Janik y Toulmin es Otto Weininger (1881-1903), autor de un libro publicado en 1903 (*Geschlecht und Carakter —Sexo y carácter—*), que está impregnado de misoginia y antisemitismo. Weininger se suicidó en 1903. Sin embargo, es considerado una figura genial por muchos de los grandes de la Viena de su tiempo, entre ellos Kelsen y Wittgenstein. Lo consigno aquí como una perplejidad acerca de esa Viena.

5. Se trata de su respuesta, fechada el 5 de mayo de 1963, a un cuestionario enviado por Henk L. Mulder que trataba de reconstruir el *background* del positivismo lógico. Este párrafo de la carta se encuentra en Jabloner (2011: 378-379).

6. Que los juicios morales son solo expresiones de emociones se convirtió en la posición «oficial» del positivismo lógico: Ayer ([1]1936] 1975); Stevenson (1944).

7. Sobre todo ello, Jabloner (1998).

8. En los años cincuenta, un filósofo analítico, profesor en Cambridge, C. D. Broad, tradujo al inglés algunos de los escritos de Hägeström editados por uno de sus discípulos, Karl Olivecrona (Hägeström, 1953).

9. Para el cual pueden verse Hierro (1979) y Hart (1982). Claro que aquí «realismo» es sinónimo de «empirismo» y no, como a menudo en filosofía práctica, de «platonismo».

10. Alf Ross (1933) publicó un libro con el elocuente título de *Crítica del denominado conocimiento práctico.*

11. *Vid.* el conocido artículo de Cohen (1935). Para el realismo jurídico americano, Tarello (1962); Summers (1982) y, sobre todo, Leiter (2007: cap. 3).

12. *Vid.* Hare (1952). Como von Wright advierte (1963: 104, nota 1), la tesis según la cual el lenguaje prescriptivo carecía de significado era una más de esas consecuencias perversas de la asunción del principio de verificación: «Todavía no hace mucho tiempo se mantenía seriamente en algunos círculos filosóficos que las formulaciones normativas carecen de significado porque no son susceptibles de verdad y falsedad. Esto ilustra el poder de los dogmas filosóficos —en este caso de la denominada teoría verificacionista del significado— para pervertir el uso del lenguaje del filósofo».

13. Uno de los discípulos de Bobbio, tal vez el iusfilósofo italiano más destacado del presente, siguió el proyecto del maestro hasta elaborar una teoría general del Derecho y de la democracia axiomatizada (con ayuda de la lógica de predicados y algo de lógica modal y lógica deóntica) que, a partir de 16 axiomas o postulados deriva centenares de teoremas. La obra consta de tres volúmenes, el tercero (con más de mil páginas) contiene las demostraciones (Ferrajoli, 2007).

14. Una década antes Hintikka (1962) había usado la idea de sistema deductivo para reconstruir racionalmente las creencias de un individuo.

15. Y daría lugar a una teoría sobre la revisión de creencias elaborada por Alchourrón, junto con Gärdenfors y Makinson (*vid*., por ejemplo, Alchourrón-Gärdenfors-Makinson, 1985).

16. *Vid*. Cornides (1969); Lewis (1979); y Hilpinen (1981).

17. Creo haber mostrado que siempre no, si un sistema de normas está jerarquizado, unas normas son superiores en el sentido de que no pueden ser derogadas por las inferiores, entonces es posible también la indeterminación como consecuencia de la promulgación de normas contradictorias inferiores con alguna superior. *Vid*. Moreso (2015).

18. Lo que dio pie a una fecunda línea de teorías de la argumentación jurídica, por ejemplo Alexy (1978); MacCormick (1978) y, entre nosotros, Atienza (2013).

19. *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015).

20. STC 31/2010, de 28 de junio.

21. Aquí vale la pena referirse a la obra de otro isufilósofo argentino, Carlos S. Nino (1991).

22. *Vid*., por todos, Dworkin (2000).

23. La literatura sobre *defeasibility* se ha desarrollado muchísimo en los últimos veinte años en filosofía moral, filosofía jurídica e inteligencia artificial. En filosofía jurídica merece la pena destacar la influyente obra de Robert Alexy (*vid.* un buen resumen en Alexy, 2005) aplicando un modo de entender la *ponderación* a los conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos.

24. Destaco aquí el importante libro de Schauer (1991).

25. Dejo de lado otra cuestión que ha sido relevante para explicar la existencia del Derecho como una institución social. Aquí las obras de Searle (1995) y Bratman (2014) han sido cruciales para muchos autores, entre los que tal vez destaca Shapiro (2011).

26. Por ejemplo, a clarificar la polémica entre los denominados positivistas jurídicos excluyentes (Raz, Marmor, Shapiro) conforme a los cuales la identificación el contenido del Derecho nunca depende de hechos o consideraciones morales y los positivistas jurídicos incluyentes (Coleman, Kramer, Waluchow), de acuerdo con los cuales cuando el Derecho usa o remite al uso de conceptos valorativos el contenido del Derecho ha de ser identificado mediante el uso de conceptos y consideraciones morales. *Vid*. para el primero Marmor (2002) y para el segundo Himma (2002) y Moreso (2001).

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN (1971): *Normative Systems*, New York-Wien: Springer.

— (1976): «Sobre el concepto de orden jurídico», *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía*, 8:3-23.

— (1981): «The Expressive Conception of Norms», en R. Hilpinen, (ed.), *New Studies in Deontic Logic,* Dordrecht: Reidel, 95-121.

— (1991): *Análisis lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).

ALCHOURRÓN, Carlos E., Peter GÁRDENFORS y David MAKINSON (1985): «On the Logic of Theory Change: Partial meet Contraction and Revision Functions», *Journal of Symbolic Logic*, 50: 510-530.

ALEXY, Robert (1978): *Theorie der juristische Argumentation*, Frankfurt/Main: Suhrkamp.

— (2005): «Balancing, Constitutional Review, and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, 3: 572-581.

ARISTÓTELES (1984): *Ética a Nicómaco*, trad. de M. Araújo y J. Marías, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.

AYER, Alfred Julius ([1]1936] 1971): *Language, Truth and Logic*, Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books.

AUSTIN, John ([1]1832] 1995): *The Province of Jurisprudence Determined*, W. Rumble (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
AUSTIN, John L. (1961): *Philosophical Papers*, Oxford: Oxford University Press.
BOBBIO, Norberto (1950): «Scienza giuridica e analisi del linguaggio», *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 6: 342-367.
— ([1]1961]1996): *Il positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli.
BRATMAN, Michael E. (2014): *Shared Agency: A Plannig Theory of Acting Together*, Oxford: Oxford University Press.
BRINK, David (1988): «Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review», *Philosophy & Public Affairs*, 17: 105-148.
BULYGIN, Eugenio ([1]1963] 1991): «El concepto de vigencia en Alf Ross», en Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 339-353.
CARNAP, Rudolf (1947): *Meaning and Necessity*, Chicago: Chicago University Press.
CORNIDES, Thomas (1969): «Der Widerruf von Befehlen», *Studium Generale* 22: 1215-1263.
COHEN, Felix S. (1935): «Trascendental Nonsense and Functional Approach», *Columbia Law Review*, 35: 810-849.
DAVIDSON, Donald (1984): «On the Very Idea of a Conceptual Scheme» en D. Davidson, *Truth and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, 183-198.
DUMMETT, Michael (1978): *Truth and Other Enigmas*, Londres: Duckworth.
DWORKIN, Ronald (1977*a*): *Taking Rights Seriously*, (Londres: Duckworth).
— (1977*b*): «Introduction», en R. Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1-16.
— (2000): *Sovereign Virtue*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
— (2006): «Rawls and the Law» en R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, cap. 10
FERRAJOLI, Luigi (2007): *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democracia*, Roma-Bari: Laterza.
GREENBERG, Mark (2004): «How Facts Make Law», *Legal Theory*, 10: 157-198.
GRICE, Paul (1989): *Studies in the Way of Words*, Cambridge Mass: Harvard University Press.
HAAC, Oscar A. (ed.) (1995): *The Correspondence of John Stuart Mill and Auguste Comte*, Londres: Transaction Publishers.
HABERMAS, Jürgen (1995): «Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism», *The Jorunal of Philosophy*, 92: 109-131.
HÄGERSTRÖM, Axel (1953): *Inquiries into the Nature of Law and Morals,* K. Olivecrona (ed.), transl. by C. D. Broad, Upsala: Almquist & Wiksell.
HARE, Richard M. (1952): *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press.
HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
— (1982): *Essays on Bentham*, Oxford: Oxford University Press.
— ([1]1959] 1983): «Scandinavian Realism», en H .L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press.
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich ([1]1821] 1986): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt/Main: Suhrkamp.
HIERRO PESCADOR, Liborio (1979): *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia: Fernando Torres.
HILPINEN, Risto (1981): «On Normative Change», en E. Morscher y R. Stranzinger (eds.), *Ethics: Foundations, Problems and Applications*, Viena: Holder-Pichler-Tempsky, 155-164.
HIMMA, Kenneth E. (2002): «Inclusive Legal Positivism» en J. L. Coleman, S. J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 125-165.
HINTIKKA, Jaakko (1962): *Knowledge and Belief: An Introduction to the Logic of the Two Notions, Ithaca: Cornell University Press.*
HUGO, Gustav ([1]1798] 1809): *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin: Mylius.
HUME, David ([1]1748] 1975): *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, ed. L. A. Selby-Bigge (ed), Oxford: Oxford University Press, 1975.
IHERING, Rudolph von (1865): *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig: Breitkopf und Härtel. Versión castellana: (2011): *El espíritu del derecho romano en sus diversas fases de desarrollo*, trad. de E. Príncipe Satorres, Granada: Comares.
JABLONER, Clemens (1998): «Kelsen and His Circle: The Viennese Years», *European Journal of International Law,* 9: 368-385.
JANIK, Allan, TOULMIN, Stephen (1966): *Wittgenstein's Vienna*, Chicago: Elephant.
KELSEN, Hans ([2]1960): *Reine Rechtslehre*, Viena: Franz Deuticke.
KRIPKE, Saul ([1]1972] 1980): *Naming and Necessity*, Oxford: Basil Blackwell.

— (2013): *Reference and Existence,* texto de *John Locke Lectures* de 1973, Oxford: Oxford University Press.
LEITER, Brian (2001): «Legal realism and Legal Positivism Reconsidered», *Ethics*, 111: 278-301.
— (2007): *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
LEWIS, David (1979): «A Problem about Permission», E. Saarinen, R. Hilpinen, I. Niiniluoto, M. Provence (eds.), *Essays in Honour of Jaakko Hintikka on the Occasion of His Fiftieth Birthday on January 12, 1979*, Dordrecht: Reidel, 155-164.
— (1996): *On the Plurality of Worlds*, Oxford: Basil Blackwell.
MACCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
MARGALIT, Avishai (2017): *On Betrayal*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
MARMOR, Andrei (1992): *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
— (2002): «Exclusive Legal Positivism», en J. L. Coleman, S. J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 104-124.
MILL, John Stuart ([1]1865] 1963): *Auguste Comte and Positivism*, en *Collected Works of John Stuart Mill*, J. M. Robson (ed.), Toronto: University of Toronto Press, vol. 10, 261-368.
MOORE, Michael (2002): «Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology», *Law and Philosophy*, 21: 619-705.
MORESO, José Juan (1992): *La teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona: PPU.
— (2001): «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought,* Torino: Giappichelli, 37-64.
— (2015): «Consistencia mediante jerarquía», *Análisis filosófico. Homenaje a Eugenio Bulygin*, 33: 94-102.
MORESO, José Juan y Pablo E. NAVARRO (2011): «Kelsen y la teoría pura del Derecho» en Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. de la 2ª ed. De F. Aren, N. Dassieu, S. Rosenberg, Buenos Aires: Colihue, 7-47.
NEURATH, Otto ([1]1931-1932] 1959): «Sociology and Physicalism», en A. J. Ayer (ed.), *Logical Positivism*, Chicago: The Free Press, cap. XIV.
NINO, Carlos S. (1991): *A Theory of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
PETTIT, Philip (1983): «The Contribution of Analytical Philosophy», en R. E. Goodin y P. Pettit (eds.): *A Companion to Contemporary Political Philosophy,* Oxford: Blackwell: 7-38.
PUTNAM, Hilary (1975): «The Meaning of "Meaning"», en H. PUTNAM, *Mind, Language, and Reality*, Cambridge: Cambridge University Press, 215-271.
QUINE, William van Orman (1953): «Two Dogmas of Empiricism», en W. V. O. Quine, *From a Logical Point of View*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, cap. 2.
— (1969*a*): «Epistemology Naturalized», en *Ontological Relativity and Other Essays* New York: Columbia University Press, cap. 3.
— (1969*b*): «On Existence and Quantification» en *Ontological Relativity and Other Essays*, New York: Columbia University Press, cap. 4.
RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
— (1995): «Political Liberalism: Reply to Habermas», *Journal of Philosophy*, 92: 132-180.
— (2001): *Justice as Fairness. A Restatement*, E. Kelly (ed.), Cambridge, Mass: Harvard University Press.
RAZ, Joseph ([1]1975] 1990): *Practical Reason and Norms*, Princeton: Princeton University Press.
— ([1]1986] 1994), «Authority, Law, and Morality», en J. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press, cap. 10.
ROSEN, Gideon (2010): «Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction», en B. Hale, A. Hoffmann (eds.), *Modality, Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford: Oxford University Press.
ROSS, Alf (1933): *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Leipzig: Meiner.
— (1958): *On Law and Justice*, Londres: Stevens & Sons.
SEARLE, John (1995): *The Construction of Social Reality*, Londres: The Penguin Press.
SHAPIRO, Scott J. (2011): *Legality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Presss.
STRAWSON, Peter F. (1971): *Logico-Linguistic Papers*, Londres: Methuen.
SUMMERS, Robert (1982): *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca: Cornell University Press.
TARELLO, Giovanni (1962): *Il realismo giuridico americano*, Milán: Giuffrè.
TOMÁS DE AQUINO (1888): *Summa Theologiae*. Textum Leoninum Romae 1888 editum. Disponible en: <http://www.corpusthomisticum.org/sth1001.html.>.
STEVENSON, Charles L. (1944): *Ethics and Language,* New Haven: Yale University Press.
VATTIMO, Gianni y Santiago ZAVALA (2012): *Comunismo hermenéutico. De Heidegger a Marx*, trad. de M. Salazar, Barcelona: Herder.
VON WRIGHT, Georg Henrik (1951): «Deontic Logic», *Mind,* 60: 1-15.

— (1963): *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres: Routledge & Kegan Paul.
— (1993): «Logic and the Philosophy in The Twentieth Century», en G. H. von Wright, *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden, New York, Köln: Brill, 7-24.
WALDRON, Jeremy (1999): *Law and Disagreement*, Oxford: oxford University Press.
WITTGENSTEIN, Ludwig (1922): *Tractatus lógico-philosophicus,* trad. al inglés de C. K. Ogden, Londres: Kegan Paul.
— (1953): *Philosophical Investigations*, trad. inglesa de G. E. M. Anscombe, Oxford: Basil Blackwell.
ZABALA, Santiago; DAVIS, Creston (2013): «Which Philosophy is Dead?», *Al Yazira*, 11/06/2013. Disponible en: <2013,http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2013/06/201361082357860647.html>.

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

TEMAS DE HOY

Algunos aspectos conflictivos sobre la ejecución de la orden europea de protección con otros instrumentos de reconocimiento mutuo
Juan Carlos Vegas Aguilar
La prueba de ADN en el proceso penal: sus entresijos desde la óptica del ejercicio de la abogacía
Mª Victoria Álvarez Buján

ALGUNOS ASPECTOS CONFLICTIVOS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO*

SOME CONFLICTIVE ASPECTS ON THE EXECUTION OF THE EUROPEAN PROTECTION ORDER WITH OTHER INSTRUMENTS OF MUTUAL RECOGNITION

Juan Carlos Vegas Aguilar

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia
Profesor de Derecho y Criminología de la Universidad Europea de Valencia

RESUMEN

La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, *sobre la orden europea de protección* se promulgó con el fin de proteger a los ciudadanos de la Unión Europea cuando ejerciten su legítimo derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El Estado español ha transpuesto esa Directiva en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. En este artículo analizaremos algunos problemas competenciales que dicha norma puede conllevar a la hora de la ejecución de la orden europea de protección. En concreto nos referimos a los conflictos competenciales en la ejecución de la Orden Europea de Protección con otros instrumentos de reconocimiento mutuo como son las resoluciones de libertad vigilada y de las medidas alternativas a la prisión.

PALABRAS CLAVE

Ejecución penal, orden europea de protección, cooperación judicial penal, víctima, victimización.

ABSTRACT

Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the European protection order was enacted in order to protect European citizens on the exercise of their legitimate rights to free movement and to choose their residence within the Member States. Spain transposed the Directive by Law 23/2014 of 20 November, on mutual recognition of judicial decisions in criminal matters within the European Union. This paper analyzes the major problems related to conflicts of jurisdiction when the European Protection order is executed. In particular, this paper focuses on conflicts of jurisdiction between the enforcement of the European Protection Order and other mutual recognition instruments such as probation decisions or alternative measures to deprivation of liberty resolutions.

KEYWORDS

Criminal enforcement, European Protection Order, criminal judicial cooperation, victim, victimization.

ALGUNOS ASPECTOS CONFLICTIVOS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO*

Juan Carlos Vegas Aguilar
Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia
Profesor de Derecho y Criminología de la Universidad Europea de Valencia

Sumario: 1. Estado de la cuestión. 2. Algunos instrumentos jurídicos en colisión con la orden europea de protección. 2.1. La resolución de libertad vigilada. 2.2. Las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional. 3. El principio de protección a la víctima en los conflictos de competencia en la ejecución de resoluciones de libertad vigilada, de las medidas alternativas a la prisión y la orden europea de protección. 3.1. El principio de protección de la víctima. 3.2. Los conflictos de competencia en la ejecución de resoluciones de libertad vigilada, de las medidas alternativas a la prisión y la orden europea de protección. 3.2.1. Los conflictos de competencia en la ejecución de una orden europea de protección cuando con posterioridad se emita una resolución de libertad vigilada o una resolución de medidas alternativas a la prisión provisional. 3.2.2. Los conflictos de competencia en la ejecución de una orden europea de protección cuando con anterioridad se ha emitido una resolución de libertad vigilada o una resolución de medidas alternativas a la prisión provisional. 3.2.2.1. La competencia de los Juzgados Centrales de lo Penal o, en su caso, de los Juzgados de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer del domicilio del investigado. 3.2.2.2. Propuesta para conferir la competencia a los Juzgados de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

* Este artículo ha superado la evaluación externa por pares. Este artículo se encuentra enmarcado en el Proyecto I+D financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER 2015/79568 «La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en el marco de la protección de las víctimas de violencia de género».

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección[1] se promulgó con el fin de proteger a los ciudadanos de la Unión Europea cuando ejerciten su legítimo derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros[2].

Para la realización de dichos objetivos —según el considerando séptimo de la Directiva—, se establecen normas conforme a las cuales la protección derivada de determinadas medidas de protección, dictadas con arreglo al Derecho de un Estado miembro («Estado de emisión»), puedan ampliarse a otro Estado miembro en el que la persona objeto de la protección decida residir o permanecer («Estado de ejecución»).

Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea[3].

Dicha ley, en su artículo 130, define la orden Europea de protección como la «resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio».

Por consiguiente, se trata de un instrumento dirigido a brindar protección a víctimas de delitos que podrá emitirse tanto en relación con medidas impuestas cautelarmente en un proceso penal como respecto de las penas privativas de derechos, siempre que consistan en cualquiera de estas:

a) La prohibición de entrar o aproximarse a determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta.

b) La prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio.

c) O la prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

Lo que ocurre es que la orden europea de protección *convive*, en la misma Ley 23/2014 con otros instrumentos transpuestos como son las *resoluciones de libertad vigilada* (arts. 93 a 111) y las *resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional* (arts. 112 a 129), con las que puede colisionar frontalmente.

En efecto, el artículo 131.2 *in fine* establece que «cuando se hubieran emitido resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de protección, el mismo juez o tribunal que ya hubiera reconocido y ejecutado aquellas resoluciones».

Asimismo, el artículo 132 prevé que, en el caso de que se haya transmitido previamente a otro Estado miembro o se transmita con posterioridad una resolución sobre *medidas alternativas a la prisión provisional* o de *libertad vigilada* previstas en esta ley, las medidas de protección de la víctima o posible víctima se adoptarán de acuerdo con las normas que regulan esas resoluciones y por la autoridad competente para adoptar estas resoluciones, sin perjuicio de que pueda transmitirse a otro Estado miembro distinto una orden europea de protección. Es decir, el legislador español ha dado prioridad a las normas reguladoras de las *medidas alternativas a la prisión provisional* o de *libertad vigilada* sobre las normas reguladoras de la orden europea de protección.

Por consiguiente, es posible encontrarse con problemas a la hora de determinar el órgano competente para conocer y ejecutar una orden europea de protección en España y, además, que se produzcan eventuales descoordinaciones entre los órganos encargados de ejecutar una u otra medida[4].

El objeto de este trabajo es analizar algunas de las cuestiones procesales que se pueden dar como consecuencia de la articulación de estos instrumentos de ejecución, en concreto los conflictos de competencia a la hora de su ejecución en España, y tratar de aportar alguna solución a los mismos.

2. ALGUNOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN COLISIÓN CON LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Como se ha dicho, la ejecución en nuestro país de una orden europea de protección puede entrar en colisión con la ejecución de instrumentos tales como las *resoluciones de libertad vigilada* (arts. 93 a 111) y las *resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional* (arts. 112 a 129). Veamos en qué consiste cada uno de ellos.

2.1. LA RESOLUCIÓN DE LIBERTAD VIGILADA

La resolución de libertad vigilada se regula en los artículos 93 y ss. de la Ley 23/2014. Según el propio artículo 93, este instrumento consiste en resoluciones firmes dictadas por la autoridad competente de un Estado miembro por las que se imponga una pena o medida privativa de libertad o alguna de las medidas previstas en el artículo 94 a una persona física, cuando en relación con su cumplimiento se acuerde:

a) La libertad condicional sobre la base de dicha sentencia o mediante una resolución ulterior de libertad vigilada.

b) La suspensión de la condena, bien en parte o bien en su totalidad, que imponga una o más medidas de libertad vigilada, que pueden incluirse en la propia sentencia o determinarse en una resolución de libertad vigilada aparte.

c) La sustitución de la pena por otra que imponga una privación de un derecho, una obligación o una prohibición que no constituya ni una pena o medida privativa de libertad ni una sanción pecuniaria.

d) De acuerdo con el Derecho del Estado de emisión, una condena condicional mediante la cual se impone una o más medidas de libertad vigilada, pudiendo, en su caso, diferir de forma condicional la pena privativa de libertad impuesta.

Asimismo, también se aplicará este instrumento cuando la libertad vigilada se adopte para la ejecución de la pena o medida privativa de libertad en el Estado de emisión.

El artículo 94 establece el ámbito de aplicación de esta medida, y prescribe las medidas de libertad vigilada que pueden ejecutarse en el país de ejecución son:

a) La obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o lugar de trabajo.

b) *La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o de ejecución.*

c) La imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución.

d) *Los requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación o las actividades de ocio, o que establezcan límites o determinen modalidades del ejercicio de una actividad profesional*.

e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica.

f) *La obligación de evitar todo contacto con determinadas personas*.

g) La obligación de evitar todo contacto con determinados objetos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales.

h) La obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación.

i) La obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad.

j) La obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada.

k) La obligación de someterse a un tratamiento terapéutico o de deshabituación.

Se trata, por tanto, de una medida que se decreta a través de una resolución judicial firme en la que se impone una sanción penal. Dicha medida puede conllevar una serie de obligaciones que se solapan directamente con las establecidas para la orden europea de protección[5].

En cuanto a las autoridades competentes para reconocer y acordar la ejecución de una resolución de libertad vigilada, transmitida por la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea, el artículo 95 confiere dicha competencia a los Juzgados Centrales de lo Penal[6].

Consideramos, adelantando nuestra postura al respecto, que dotar de competencia a este órgano, con sede en Madrid y competencia en todo el territorio español[7], es un grave error desde el punto de vista de la efectividad en la ejecución de estas medidas, como *infra* motivaremos.

2.2. LAS RESOLUCIONES SOBRE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL

Este instrumento de reconocimiento mutuo de medidas alternativas a la prisión provisional se regula en los artículo 109 y ss. de la Ley 23/2014. Según la norma, se trata de resoluciones adoptadas en un proceso penal por la autoridad competente de un Estado miembro en virtud de las que se imponen a una persona física una o más medidas de vigilancia en sustitución de la prisión provisional.

Se trata de medidas cautelares cuyos objetivos, según prevé el artículo 109.2, son garantizar la debida acción de la justicia, especialmente la comparecencia en juicio del sujeto procesado; *mejorar la protección de las víctimas*, la seguridad ciudadana y, promover la adopción de resoluciones de libertad provisional en relación con imputados que no sean residentes en el Estado miembro donde se sigue el proceso penal en su contra.

Las medidas de vigilancia susceptibles de recepción para su ejecución por las autoridades judiciales españolas competentes son[8], según prescribe el artículo 110, las siguientes:

a) La obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir citaciones a comparecer en las diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales.

b) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución.

c) La obligación de permanecer en un lugar determinado durante el periodo de tiempo señalado.

d) La obligación de respetar las limitaciones impuestas en relación con la salida del territorio del Estado de ejecución.

e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica.

f) La prohibición de aproximarse a determinadas personas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos.

g) La inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido.

h) La obligación de no conducir vehículos de motor.

i) La obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único.

j) La obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones.

k) La prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado.

Al contrario de lo que ocurría con la resolución de libertad vigilada, este instrumento se adopta como medida cautelar durante la sustanciación del procedimiento en cuestión con el objeto de limitar posibles incidencias y, además, brindar seguridad a la víctima. Sin embargo, al igual que sucede con la resolución de libertad vigilada, las medidas previstas en las letras b), d) o f) son equivalentes a las previstas para la orden europea de protección.

A continuación se analizarán los posibles conflictos de competencia en la atribución a estos órganos de la competencia en la ejecución, todo ello desde el prisma del *principio de protección a la víctima* que debería informar la aplicación del Derecho penal.

3. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA EN LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES DE LIBERTAD VIGILADA, DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN Y LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Se ha dicho con anterioridad que los órganos competentes para ejecutar las resoluciones de libertad vigilada son los Juzgados Centrales de lo Penal. Por otro lado, los órganos competentes para ejecutar las resoluciones que adopten medidas alternativas a la prisión son los jueces de instrucción o los jueces de violencia sobre la mujer del lugar donde el imputado tenga establecida su residencia. Sin embargo, los órganos competentes para ejecutar las órdenes europeas de protección son, en virtud del artículo 131.2, los Juzgados de Instrucción o los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo.

Esta distribución de la competencia podría resultar correcta si no fuera porque tales medidas pueden conllevar obligaciones equivalentes al penado o investigado en el proceso penal correspondiente. Esta equivalencia en las obligaciones podría conducir a que se dictaran resoluciones judi-

ciales contradictorias, en el supuesto de que cada una de ellas fuera ejecutada por el órgano judicial competente.

Para evitar esa posibilidad de duplicidad de resoluciones, el legislador ha dotado de prevalencia la competencia a los órganos encargados de ejecutar tanto las resoluciones de libertad vigilada como las resoluciones que adopten medidas alternativas a la prisión provisional sobre los órganos competentes para ejecutar las órdenes europeas de protección.

De este modo, si un sujeto que se encuentre en situación de libertad condicional (o si la ejecución de su pena privativa de libertad esté suspendida o sustituida por otro tipo de pena) quiere que se ejecute dicha resolución en España y, a su vez, también se encuentra en España su víctima (protegida por una orden europea de protección), el órgano competente para ejecutar la sanción penal del condenado será el Juzgado Central de lo Penal, todo ello en detrimento de la competencia del Juzgado de Instrucción o del de Violencia sobre la Mujer del lugar de residencia de la víctima.

De igual manera, en el supuesto de un sujeto desee cumplir en España algunas de las medidas alternativas a la prisión provisional que se le decreten y, a su vez, también se encuentre en España su víctima, el órgano competente para ejecutar tales medidas será el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer del domicilio del imputado, dependiendo del tipo de delito que se le impute; en detrimento, nuevamente, del Juzgado de Instrucción o del de Violencia sobre la Mujer del lugar *de residencia de la víctima*. A nuestro entender, estas medidas vulneran uno de los fines que debería tener tanto las sanciones penales como las medidas cautelares: la protección de la víctima.

3.1. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

Como señalan Díez-Picazo y Gullón, «los principios generales del Derecho quien les dota de valor es la convicción social, que es quien los crea y quien en definitiva los mantiene»[9]. Además, señalan ambos autores, «los principios generales son informadores del ordenamiento jurídico en mayor o menor medida, pues si todo él reposa en un sistema de creencias y convicciones del grupo humano al que afecta, es evidente la interrelación entre principios y ordenamiento. De ahí que aquellos puedan estar acogidos de una manera expresa en el texto de las leyes positivas o implícitos en la normativa concreta de las instituciones»[10].

Con base en esta concepción, analicemos si nuestro ordenamiento acoge como principio informador el de protección a la víctima, debido al cambio de paradigma sobre la necesidad de protección y apoyo a la víctima que el Derecho penal, tanto material como procesal, ha ido experimentando desde la aparición de la victimología a mediados del pasado siglo. El surgimiento de la victimología supuso la modificación del papel de la víctima, que pasó de ser la gran olvidada dentro del Derecho Penal a adquirir un protagonismo cada vez más preponderante.

En efecto, tradicionalmente el Derecho penal se ha preocupado principalmente de la figura del agresor o victimario, dejando de lado a la víctima. Prueba de ello son las diferentes teorías sobre la finalidad del castigo —absolutas, relativas y mixtas[11]—. Sin embargo, la irrupción de la víctima ha provocado que a estas finalidades tradicionales se añada una nueva, que poco a poco se va difundiendo por de la doctrina.

Como pone de manifiesto la profesora Barona Vilar —haciendo referencia a varios autores encuadrados dentro de la corriente de la victimología—, desde esta posición doctrinal se defiende que «la idea de castigo al culpable es la necesidad social de poner fin a ese sentimiento de dolor, dominación, humillación o incluso vergüenza, que siente la víctima por la comisión de los hechos delictivos, de manera que la función del castigo es la de restablecer la igualdad entre autor y víctima que

fue quebrada por quien cometió los hechos»[12]. De este modo, podríamos afirmar que las sanciones penales deben tener una nueva finalidad —además de la retributiva y la preventiva— encaminada a lograr la desvictimización por el hecho criminal sufrido y a restablecer la situación de igualdad que el propio hecho delictivo quebró.

En este sentido, Alonso Rimo se cuestiona si los objetivos de prevención de la sanción penal, así como las garantías para imponerla —que tradicionalmente se han concebido para aplicarlas únicamente al victimario— deben extenderse también a la víctima. Para este autor, con el que estamos de acuerdo, tales objetivos deben extenderse, pues entiende que que «desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, la víctima, en cuanto persona cuya dignidad y derechos inviolables integran el fundamento que, según se acaba de recordar, el art. 10 de la Constitución atribuye al orden político y a la paz social, debe, en efecto, formar parte también del objeto de protección garantista que se opone como límite constitucional a la intervención penal estatal»[13].

Así, continúa este autor: «Ha de asumirse, pues, una óptica superadora de los tradicionales parámetros restrictivos en este contexto —centrados, como se ha dicho, de forma privativa en el ofensor— y, en consonancia con ello, incorporar también a la víctima en el marco de las exigencias garantistas que rodean la aplicación del Derecho penal»[14].

Por consiguiente, si se sacrifica la finalidad preventiva del objeto con el fin de proteger los derechos fundamentales del delincuente y en aras del carácter garantistas del Derecho penal, «idéntica conclusión se hace preciso alcanzar cuando se trata de justificar la existencia de medidas de corte victimológico que conlleven una renuncia de esos mismos fines utilitarios, toda vez que aquellas estén dirigidas a salvaguardar derechos fundamentales del ofendido»[15].

De este modo, la víctima tiene tanto derecho como el victimario a que se respeten sus derechos en la aplicación del Derecho penal. Si partimos de la base de que el Derecho penal se aplica mediante el proceso, en este caso, el proceso penal, deberemos concluir que dicho proceso penal deberá estar informado también por un principio de protección a la víctima, el cual deberá estar presente a cada una de las actuaciones que se lleven a cabo en el mismo.

Así, en palabras de Beristain, debe implementarse en el proceso penal el principio *in dubio pro victima* —en contraposición del principio *in dubio pro reo*— en todos aquellos supuestos en los que se deba «inclinar la balanza de la justicia en favor de las víctimas cuando se dude cuál de los dos platillos pesa más»[16]. El principio *in dubio pro víctima* tendría que formar parte del denominado proceso justo para la víctima, en el que debe reconocerse «que la justicia del proceso exige, de forma ineludible, un reconocimiento explícito de los derechos de las víctimas»[17].

Por consiguiente, a nuestro juicio, este principio debería tener una mayor importancia, si cabe, en las herramientas judiciales que estamos analizando en el presente artículo, ya que se trata de medidas, adoptadas en el seno de un proceso penal que se aplican al victimario con el objetivo de proteger a la víctima. Y si ponemos en un platillo de la balanza los derechos, intereses y protección de la víctima y en el otro los derechos e intereses del victimario, parece lógico que el primero deba pesar más que el segundo.

Asimismo, el principio de protección a las víctimas debería informar no solo la aplicación del Derecho penal en el proceso; convendría, además, que estuviera presente también durante el proceso de creación de las normas. Para ello, el legislador debe de ser consciente que, como principio informador del ordenamiento jurídico, es conveniente que todas las normas que regulen aspectos de protección a las víctimas se impregnen de él.

Es cierto que, poco a poco, el legislador va asumiendo las nuevas normas de este principio de protección. A título de ejemplo, podemos citar la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la

Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de* Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género o, la más reciente, Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. Sin embargo, en la Ley 23/2014 no se aplica completamente el principio de protección. Este principio es precisamente lo que se echa en falta en la regulación sobre las competencias de los órganos jurisdiccionales en la ejecución de la orden europea de protección, la cual puede acarrear problemas prácticos de conflicto de competencias y, lo que es peor, de desprotección de las víctimas.

3.2. LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES DE LIBERTAD VIGILADA, DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN Y LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Como ya se ha apuntado, el reconocimiento y la ejecución de una orden europea de protección en España puede acarrear algunos problemas de conflicto de competencias.

El art. 131.1 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, regula las autoridades competentes en España para emitir y recibir una orden europea de protección. En ese precepto se establece que serán competentes para emitir y transmitir una orden europea de protección los jueces o tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección.

Conjuntamente, el artículo 131.2 prevé que los órganos jurisdiccionales competentes para reconocer y ejecutar la orden europea de protección serán los Juzgados de Instrucción o los de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo. Todo ello salvo que ya «se hubieran emitido resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional», dado que en tal caso la competencia residirá en el mismo juez o tribunal que ya hubiera reconocido y ejecutado aquellas resoluciones.

De este modo, siguiendo una interpretación ceñida al tenor literal del precepto, podremos encontrarnos con dos situaciones a la hora de ejecutar una orden europea de protección cuando *conviva* tanto con una resolución de libertad vigilada como con una de medidas alternativas a la prisión provisional.

La primera de estas situaciones consistiría en que se haya adoptado una orden europea de protección y que, posteriormente, se emita una resolución de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional. El segundo supuesto sería que se adopte la orden europea de protección con posterioridad a la emisión de cualquiera de dichas resoluciones. Analicemos cada uno de estos supuestos por separado.

3.2.1. Los conflictos de competencia en la ejecución de una orden europea de protección cuando con posterioridad se emita una resolución de libertad vigilada o una resolución de medidas alternativas a la prisión provisional

En este caso, al ser la orden europea de protección anterior a las demás resoluciones, el órgano competente para su ejecución debería ser el Juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la *víctima resida o tenga intención de hacerlo*[18].

Sin embargo, los problemas prácticos surgirán cuando con posterioridad se emita una resolución de libertad vigilada o, en su caso, una resolución de medidas alternativas a la prisión provisional. Aquí entrarían en juego dos órganos jurisdiccionales distintos para ejecutar medidas que, tal

y como se dijo *supra*, pueden conllevar obligaciones similares, ya que la Ley 23/2014 no establece prioridades competenciales en este supuesto.

En efecto, en el caso propuesto, la orden europea de protección la ejecutaría el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer del *domicilio de la víctima*, mientras que la resolución de libertad vigilada o una resolución de medidas alternativas a la prisión provisional la ejecutaría el Juzgado Central de lo Penal o el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer del lugar *donde el imputado tenga establecida su residencia*, respectivamente.

Esta situación podría dar lugar a resoluciones dispares y/o contrapuestas de sendos órganos jurisdiccionales, lo que podría poner en peligro la efectiva protección de la víctima. Imaginemos que un sujeto sobre el que pesa una orden europea de protección y una resolución de libertad vigilada —o una resolución de medidas alternativas a la prisión provisional— se pone en contacto con su víctima o entra en un determinado lugar al que tenía el acceso vedado. En tal supuesto, el individuo en cuestión estará quebrantando tanto la orden europea de protección como la otra medida recaída sobre él. Una de las principales cuestiones que se plantearían al respecto es qué órgano judicial será competente para conocer de dicho quebrantamiento y, en consecuencia, qué órgano adoptará las resoluciones procedentes al respecto.

Si acudimos a los preceptos de la Ley 23/2014, la solución a este asunto puede ser un tanto confusa. El artículo 106 regula el incumplimiento de una resolución de libertad vigilada y ordena que sea el Juzgado Central de lo Penal el competente para la adopción de las resoluciones ulteriores en relación con la libertad vigilada ante un incumplimiento o, en su caso, la comisión de una nueva infracción penal del condenado.

Por otro lado, el artículo 127 regula las consecuencias del incumplimiento de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional. Según este precepto, será el Juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer donde el imputado tenga fijado su domicilio el que notifique a la autoridad competente del Estado de emisión, mediante el certificado que figura en el anexo VII, cualquier incumplimiento de una medida de vigilancia y cualquier otra información que pudiera dar lugar a la adopción de una decisión ulterior.

En otro precepto, en concreto el art. 139, se regulan las consecuencias del incumplimiento de una orden europea de protección. Este artículo confiere la competencia al Juzgado de instrucción o al de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima, el cual podrá:

a) Imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento de esa medida, cuando tal incumplimiento constituya una infracción penal con arreglo al Derecho español;

b) Adoptar cualesquiera otras resoluciones relacionadas con el incumplimiento; o

c) Adoptar las medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión.

Además, el órgano judicial competente, en virtud del artículo 139.2, deberá notificar a la autoridad competente del Estado de emisión cualquier incumplimiento de las medidas adoptadas en virtud de la orden europea de protección a través del correspondiente certificado fijado como anexo IX.

De este modo, un mismo hecho —entrar en determinados lugares prohibidos, el acercamiento o la comunicación con la víctima— cometido por la persona imputada o, en su caso, condenada, puede suponer el incumplimiento de varias de las medidas reguladas en la Ley 23/2014 —orden europea de protección, resolución de libertad vigilada o medidas alternativas a la prisión provisio-

nal— con consecuencias jurídicas distintas y con órganos competentes diferentes, lo que puede suponer en la práctica verdaderos problemas de ejecución y de protección efectiva de la víctima.

Una posible solución a este compleja situación podría ser dar prioridad a cualquiera de estos instrumentos y conferir la competencia para su ejecución a un solo órgano judicial, al igual que ocurre cuando se dicta una orden europea de protección con posterioridad a la emisión de una medida de libertad vigilada o una medida alternativa a la prisión provisional (art. 131.2.II), supuesto que analizaremos en el próximo epígrafe.

Esa prioridad se establece en el artículo 132 de la ley, el cual dispone: «Cuando previamente se haya transmitido a otro Estado miembro o se transmita con posterioridad una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional o de libertad vigilada previstas en esta Ley, las medidas de protección de la víctima o posible víctima se adoptarán de acuerdo con las normas que regulan esas resoluciones y por la autoridad competente para adoptar estas resoluciones, sin perjuicio de que pueda transmitirse a otro Estado miembro distinto una orden europea de protección».

Sin embargo, este precepto parece referirse a las medidas de protección que dicte un órgano judicial español para que sean ejecutadas en un Estado miembro, ya que habla de transmisión a otro Estado miembro o de que se transmita con posterioridad. Por lo tanto, no parece de aplicación en el caso de ejecución en el territorio español en el supuesto que hemos planteado en este epígrafe.

Como decimos, parece necesario que la norma aclare esta anomalía en la ejecución, dotando de prioridad, tal y como hace el artículo 132, a las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional o de libertad vigilada sobre la orden europea de protección al objeto de evitar esa duplicidad de órganos competentes en su ejecución.

Otro asunto distinto es analizar qué órgano consideramos más efectivo a la hora de ejecutar esos instrumentos. Ya adelantamos que, a nuestro entender, el órgano que debería ejecutar sendos instrumentos tendría que ser el Juzgado de Instrucción o el de Violencia Sobre la Mujer del *domicilio de la víctima*, por las razones que se aducirán en el apartado siguiente.

3.2.2. Los conflictos de competencia en la ejecución de una orden europea de protección cuando con anterioridad se ha emitido una resolución de libertad vigilada o una resolución de medidas alternativas a la prisión provisional

Para este supuesto, la Ley 23/2014 sí establece una regla a seguir. Como ya se ha dicho, el artículo 131.2 establece que, cuando se hubieran emitido resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional, será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de protección el mismo juez o tribunal que ya hubiera reconocido y ejecutado aquellas resoluciones.

Es decir, que la orden europea de protección será ejecutada o por el Juzgado Central de lo Penal que corresponda —para el caso de resoluciones de libertad vigilada— o por el Juzgado de instrucción o de Violencia sobre la Mujer del domicilio del imputado —en el caso de resoluciones de medidas alternativas a la prisión provisional—. A nuestro juicio, en cualquiera de los dos supuestos la atribución de competencia para la ejecución es desacertada.

3.2.2.1. *La competencia de los Juzgados Centrales de lo Penal o, en su caso, de los Juzgados de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer del domicilio del investigado*

Como se ha dicho, en el caso de que se haya dictado una resolución de libertad vigilada y con posterioridad se dicte una orden europea de protección, el órgano competente para ejecutar esta última será el Juzgado Central de lo Penal, con sede en Madrid y con jurisdicción en toda España.

El principal problema que estos órganos pueden tener a la hora de ejecutar eficazmente una orden europea de protección, junto con la ejecución de una resolución de libertad vigilada, es la lejanía tanto respecto de la víctima como del condenado. Esa distancia puede suponer, por ejemplo, que los Juzgados Centrales de Instrucción deban echar mano, mediante auxilio judicial, de los órganos jurisdiccionales con competencia en el territorio donde resida la víctima o el victimario.

Además, no es descabellado sostener que, ante cualquier amenaza a su seguridad, la víctima desconozca dónde acudir o, lo que es más grave aún, que las resoluciones judiciales se alarguen en el tiempo, todo ello en detrimento de la seguridad de la propia víctima.

Nuestra propuesta consiste en que, en estos supuestos, la ejecución se lleve a cabo por el Juzgado de Instrucción o por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer del *domicilio de la víctima*, siempre, parece lógico, que en los delitos cometidos existan víctimas concretas. Somos conscientes de que se trata de una propuesta no exenta de problemas, debido a la complejidad de la situación, aunque intentaremos aclarar las posibles dificultades que esta propuesta plantea.

Partimos del supuesto en el que se ha dictado una resolución de liberta vigilada porque el condenado pretende ejecutar su sanción en España y, con posterioridad, la víctima solicite una orden europea de protección porque tiene la intención de residir en nuestro país y conoce que su victimario reside también aquí.

En este caso, si se aprueba la orden europea de protección, el Juzgado Central de lo Penal competente debería inhibirse[19] en favor del Juzgado de Instrucción o en de Violencia Sobre la Mujer del lugar donde la víctima vaya a fijar su residencia. Para ello, durante el procedimiento de ejecución de tales resoluciones debería solicitarse información al registro correspondiente con el fin de conocer las medidas que dicho sujeto tiene en vigor y, de este modo, poder proceder a la inhibición o no en favor del órgano con jurisdicción en el domicilio de la víctima[20].

Esta propuesta también es extensiva a los supuestos en los que se dicte una orden europea de protección y, previamente, esté ejecutándose una resolución de medidas alternativas a la prisión provisional donde el órgano competente para la ejecución de ambas es el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer del *domicilio del imputado*.

3.2.2.2. *Propuesta para conferir la competencia a los Juzgados de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima*

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género incorporó en su artículo 59 un nuevo artículo 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto estableció que la competencia territorial para el conocimiento de los asuntos que fueran competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer vendría determinada por el lugar del domicilio de la víctima.

Tanto en la instrucción como en el conocimiento de asuntos penales, este criterio para determinar la competencia territorial rompía con el fuero preferente tradicional de atribución territorial

de la competencia, el *forum delicti commissi*. Esta ruptura del citado fuero preferente del lugar de comisión del delito no estuvo exento de controversia.

El propio Consejo General del Poder Judicial afirmó, en su Informe al anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, de 24 de junio de 2004[21], que se trataba de una medida «que puede suponer un favorecimiento de la víctima», aunque adelantaba la posibilidad de una serie de inconvenientes como podían ser una carga excesiva para terceros (los testigos residentes en el lugar del hecho) o los problemas que podrían surgir del cambio de domicilio de la propia víctima[22].

La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[23], también apuntaba que dicho fuero podía ocasionar algunas dificultades prácticas. Así, se hacía hincapié en los problemas de la determinación del domicilio de la víctima y de las consecuencias de sus eventuales cambios del mismo. O si se debía atender al domicilio de la víctima en el momento de la ocurrencia de los hechos punibles o al que tuviera en el momento de la denuncia.

Sin embargo, lo que sí se entendió en su momento es que se trataba de una medida de protección para la víctima, en consonancia, por lo tanto, con el principio de protección a la víctima referido *supra*. En este sentido, encontramos autores que hacían alusión a esta modificación del fuero territorial.

Así, Planchadell Gargallo, aunque consideraba innecesaria la creación de este nuevo fuero, reconoce que se trata de una medida de protección a la víctima[24]. En un sentido similar se pronunció Martínez García, autor que afirmó que el nuevo fuero «tiene una tendencia protectora hacia la mujer que decida abandonar el piso donde convive»[25].

Como decimos, este nuevo fuero competencial no estuvo exento de polémica ni de dudas, ya que se plantearon una serie de cuestiones (¿qué ocurría si la víctima cambiaba de domicilio durante el proceso? ¿Qué se entendía por domicilio de la víctima?, etc.). Sin embargo, en la actualidad tales dudas se han ido disipando con la práctica de los propios órganos jurisdiccionales, y no ha habido controversia sobre este nuevo fuero territorial.

La desaparición de los iniciales reparos frente al nuevo fuero del domicilio de la víctima puede hallarse en el informe, elaborado por el Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial sobre los problemas de interpretación y aplicación que presenta la Ley Orgánica 1/2004, de 2011[26].

En la página 21 y 22 del citado informe, el referido Grupo propone la modificación del artículo 15 bis de la LECrim, en el sentido de adicionar otro párrafo con el objeto de aclarar el concepto de *domicilio de la víctima*[27].

Esta propuesta no hace sino confirmar que ese nuevo fuero ha sido positivo para la protección de la víctima y, además, para evitar una segunda victimización de la misma. No es descabellado pensar que, si el Grupo de expertos y expertas hubiese considerado un error este fuero territorial, la propuesta habría sido la supresión del mismo y no su modificación para aclararlo.

De este modo, con el fin de aplicar y respetar el principio de protección de la víctima, consideramos que tanto la orden europea de protección como las resoluciones de libertad vigilada o las de medidas alternativas a la prisión provisional —en el supuesto de que también se haya dictado una orden europea de protección— deberían ser ejecutadas por el Juzgado de Instrucción o por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del *domicilio de la víctima*.

Esta solución conllevaría una serie de ventajas en pos del principio *in dubio pro victima*, a saber:

- Un mayor acercamiento de los órganos judiciales a la víctima, la cual sentiría dicha protección de una manera mucho más cercana.
- Una mayor eficacia y celeridad a la hora de adoptar medidas de protección. Se apuntaba supra los problemas que podrían surgir en caso de incumplimiento. Pues bien, si el órgano judicial competente reside en el domicilio de la víctima, este podría adoptar de una forma más rápida y efectiva las resoluciones necesarias para llevar a efecto dicha protección[28].

Asimismo, la medida que se propone estaría en sintonía con los preceptos de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito[29]. De la lectura de dicha ley se infiere que el legislador ha tenido especial cuidado en evitar la denominada victimización secundaria, articulando medidas específicas frente a esta. Así, la Ley 4/2015 prevé una serie de derechos, tanto procesales como extraprocesales, entre los que se encuentran el derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención; así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios.

Según se afirma en el propio preámbulo de la norma, «el reconocimiento, protección y apoyo a la víctima se otorga atendiendo, a su vez, a las especialidades de las víctimas que no residen habitualmente en nuestro país». Es decir, que estos derechos no solo amparan a las víctimas con residencia habitual en España, sino que también se aplicarán a aquellas que no tengan una residencia habitual aquí, que son precisamente a las que va dirigida en gran medida la orden europea de protección.

Tales derechos conllevan, de manera casi necesaria, la cercanía entre la víctima y el órgano, jurisdiccional o administrativo que tenga la competencia para ejecutar tal derecho. Por ejemplo, si la ley establece, en su artículo 7, el derecho a recibir información sobre la causa penal, parece lógico que ese derecho se pueda ejercer de manera más eficaz si la víctima y el órgano judicial se encuentran en el mismo partido judicial.

Por consiguiente, entendemos necesaria la modificación de la Ley 23/2014 en el sentido de otorgar las competencias para la ejecución de las órdenes europeas de protección, cuando convivan con resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional, a los Juzgados de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima, ya que esa cercanía hará más eficaz su protección, que debe ser uno de los objetivos primordiales, si no el principal, de tales instrumentos.

CONCLUSIONES

Para concluir este trabajo, debemos señalar que la orden europea de protección nos parece una herramienta muy útil para conseguir el objetivo marcado por la Unión Europea de crear un espacio de libertad y seguridad dentro de sus fronteras. Ese espacio de libertad y seguridad debe ensamblarse con el derecho a la libre circulación dentro del territorio de la Unión. De este modo, las víctimas de delitos tienen, como el resto de ciudadanos, el derecho a circular libremente por los Estados de la Unión sin que eso provoque una merma en su seguridad.

Con el propósito de lograr dicho objetivo se han articulado tanto la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, como la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Lo novedoso y complejo de un instrumento como la orden europea de protección requiere de una profunda investigación sobre el mismo, con el objetivo de que sea los más eficaz posible en el logro de sus objetivos. Como se ha visto, una de las principales dificultades prácticas a la hora de ejecutar la orden europea de protección la hallamos en los supuestos en los que este instrumento convive con resoluciones de libertad vigilada o resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional. En estos casos, nos encontramos con posibles cuestiones de competencia que deberían quedar resueltas de la manera más rápida y clara posible.

Las cuestiones competenciales difieren en función de si la orden europea de protección se ha adoptado antes o después que alguna de las resoluciones antes mencionadas —libertad vigilada o medidas alternativas a la prisión provisional—. Sin embargo, aunque la Ley 23/2014 solo regula el supuesto de que la orden europea de protección se adopte con posterioridad a las resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional —otorgando la competencia para la ejecución a los órganos competentes para ejecutar cada una de estas resoluciones (art. 131.2)—, consideramos que en ambos supuestos —que la orden europea de protección se adopte con anterioridad o con posterioridad a tales resoluciones— la competencia para la ejecución en estos casos debería atribuirse al Juzgado de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima.

Los motivos para sostener tal propuesta se basan, sobre todo, en la cercanía entre la víctima y el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución, lo que evita la actuación de otros órganos jurisdiccionales (auxilio judicial) y acelera las posibles decisiones jurisdiccionales en pos de una eficiente protección a la propia víctima.

Asimismo, y en consonancia con lo establecido en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, se evitará la victimización secundaria en los casos en los que el victimario quebrante cualquiera de las medidas, ya que la víctima no tendrá que desplazarse a la sede del órgano competente para la ejecución a fin de declarar sobre tales posibles quebrantamientos. Por todo ello, sostenemos que la ejecución de la orden europea de protección, ya sea como instrumento único, ya en relación con las medidas de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional, debería de ser competencia del Juzgado de Instrucción o del de Violencia sobre la Mujer del *domicilio de la víctima*.

NOTAS

1. Diario Oficial de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2011.

2. El artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht establece que: «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

3. BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014.

4. Como señala Rubio Encinas: «El artículo 132 LRM conlleva la coordinación entre las distintas autoridades judiciales implicadas. Supongamos que la persona causante del peligro está a disposición de distintos órganos jurisdiccionales que puedan dictar una OEP o una medida de libertad vigilada y medidas de vigilancia sustitutivas de prisión provisional. No tiene sentido que por uno de ellos se acuerde emitir una resolución de libertad vigilada si otro de ellos, que aún no lo ha juzgado, no va a acordar transmitir medidas de vigilancia sustitutivas de prisión provisional y si solo una OEP, porque no quiere que la persona causante del peligro abandone el territorio nacional por las causas que sea, por ejemplo porque el juicio se va a celebrar de modo inminente» (Rubio Encinas, 2015: 312).

5. Recordemos que las medidas previstas paras la orden europea de protección pueden consistir en:

a) La prohibición de entrar o aproximarse a determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta.
b) La prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio.
c) O la prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

6. Cuando la resolución de libertad vigilada transmitida se refiera a un menor será competente el Juzgado Central de Menores.

7. Artículo 88 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

8. Los órganos competentes en España para ejecutar estas medidas alternativas a la prisión son, según prescribe el artículo 111.2 de la Ley, los Juzgados de Instrucción o los de Violencia sobre la Mujer del lugar donde el imputado tenga establecida su residencia, respecto a los delitos que sean de su competencia.

9. Díez-Picazo y Gullón ([12]2012: 146).

10. *Ibídem*: 144-145.

11. Sobre las diferentes teorías que abordan los fines de la pena se puede ver, sin ánimo de ser exhaustivos, García Valdés. (1987); Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco ([3]1996); Cobo del Rosal y Vives Antón ([5]1999); Abel Souto, (2006); Feijóo Sánchez (2007); Sanz Mulas (2000); Falcón y Tella y Falcón y Tella (2005); Barja de Quiroga (2002); Mir Puig (2006); Roca Agapito (2007); Torres Rosell (2006); y Barona Vilar (2011). En este sentido, también se pronuncia Subijana Zunzunegui al sostener que «las penas y las medidas reafirman la autoridad de la ley y buscan la defensa de la sociedad y la reinserción del victimario. La reparación, además de lo anterior, vincula la justicia de la sanción con la restañamiento de la víctima» (Subijana Zunzunegui, 2006: 131).

12. Barona Vilar (2011: 103). También es de gran interés, entre otras obras, la monografía de esta misma autora (2004).

13. Alonso Rimo y Villacampa Estiarte (2006: 311). En esta misma obra (*Ibíd.*: 310), los autores parten de la idea de que si, sobre la base del respeto a la dignidad de la persona y sus derechos inviolables (art. 10 CE), se justifica la aplicación de la libertad condicional o la suspensión de la ejecución de la pena, ello va en detrimento de fines tales como la prevención. Este mismo fundamento —la dignidad de la persona y sus derechos inviolables— debe ser el epicentro para implementar medidas de protección a las víctimas en menoscabo, en algunos casos, de otras garantías del victimario.

14. Alonso Rimo y Villacampa Estiarte (2006: 311).

15. *Ibídem*.

16. Beristain Ipiña (2000: 626-628).

17. Subijana Zunzunegui (2006: 40).

18. El Art. 131.2 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, establece que «cuando se *hubieran* emitido resoluciones».

19. Los artículos 19 y ss. de la LECrim regulan las cuestiones de competencia entre los jueces y tribunales ordinarios. En concreto, en los artículos 25 y ss. se articula el procedimiento de inhibición en favor del órgano competente.

20. Para obtener esta información es fundamental el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ), el cual tiene como objetivo la conexión entre los distintos registros con el fin de facilitar el trabajo a juzgados y tribunales. Este sistema se encuentra regulado por el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, (BOE núm. 33, de 07/02/2009). Tal y como apunta Rubio Encinas: «El problema será en muchos casos conocer las causas que pueda tener pendientes la persona causante del peligro que no siempre estarán anotadas en el SIRAJ» (Rubio Encinas, 2015: 312).

21. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer.>.

22. En el voto particular a este informe, el cual podremos encontrar en la página web citada en la nota anterior, se hablaba también de una medida notablemente favorecedora para los intereses de la víctima.

23. Disponible en: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2005-30106501133_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Circulares.>.

24. Planchadell Gargallo (2005: 309).

25. Martínez García (2006: 115).

26. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Informe-del-Grupo-de-Expertos-y-Expertas-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-Organica-1-2004.>.

27. La propuesta del Grupo es la adición al artículo 15 bis del siguiente párrafo: «Por domicilio de la víctima se entenderá el de su residencia habitual al tiempo de presentar la denuncia».

28. Tengamos presente que, si el victimario se acerca a la víctima incumpliendo los deberes de no acercamiento, el órgano con jurisdicción para actuar es el del domicilio de la víctima. Si fuera competente el órgano que reside en el domicilio del victimario, este tendría que acudir al auxilio judicial, lo que retrasaría la adopción de las medidas y, en consecuencia, se estaría poniendo en peligro la seguridad e integridad de la víctima.

29. BOE de 28 de abril de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, Miguel (2006): *Teorías de la Pena y Límites al ius puniendi desde el Estado Democrático*, Madrid: Dilex S. L.

ALONSO RIMO, Alberto y Carolina VILLACAMPA ESTIARTE (2006): «La víctima en el sistema de justicia penal I», en E. Echeburúa Odriozola, E. Baca Baldomero y J. Mª Tamarit Sumalla (coords.), *Manual de victimología*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, Montserrat DE HOYOS SANCHO y Carmen RODRIGUEZ-MEDEL NIETO (coordas. y diras.) (2015): *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, Cizur Meno: Aranzadi.

BARONA VILAR, Silvia (2004): *Seguridad, Celeridad y Justicia Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2011): *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio (2000): «Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro», *Cuadernos de política criminal*, 72.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S. ([5]1999): *Derecho Penal, Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN ([12]2012): *Sistema de Derecho Civil I*, Madrid: Tecnos.

FALCÓN y TELLA, Mª José y Fernando FALCÓN y TELLA (2005): *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Madrid y Barcelona: Marcial Pons.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José (2007): *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Montevideo: B de F.

GARCÍA VALDÉS, Carlos (1987): *Teoría de la pena*, Madrid: Tecnos.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2002): *Derecho penal, parte general, IV. Las consecuencias jurídicas del delito. El Derecho penal de ejecución*, Madrid y Barcelona, Ed. Marcial Pons.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO ([3]1996): *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Civitas.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2008): *La Tutela Judicial de la Violencia de Género*, Madrid: Iustel.

MIR PUIG, Santiago (2006): *Estado, pena y delito*, Montevideo-Buenos Aires: Ed. B de F.

PLANCHADELL GARGALLO, A. (2005): «La Competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer», en J. Boix Reig, J. y E. Martínez García (coords.) (2005): *La Nueva Ley Contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Madrid: Iustel.

ROCA AGAPITO, Luis (2007): *El sistema de sanciones en el derecho penal español*, Barcelona: Bosch.

RUBIO ENCINAS, Ana Mª. (2015): «Cuestiones Prácticas relativas a la orden europea de protección», en C. Arangüena Fanego, M. De Hoyos Sancho y C. Rodriguez-MEDEL Nieto, C. (Coordas. y Diras.), *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, Cizur Menor: Aranzadi.
SANZ MULAS, Nieves (2000): *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Madrid: Colex.
SUBIJANA ZUNZUNEGUI, José Ignacio (2006): *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada: Comares.
TORRES ROSELL, Núria (2006): *La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: Reformas legales y problemas de aplicación*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 12 de junio de 2016
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2016

LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL: SUS ENTRESIJOS DESDE LA ÓPTICA DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

DNA TEST IN CRIMINAL PROCEEDINGS: ITS HIDDEN DETAILS FROM THE PERSPECTIVE OF THE PRACTICING LAW

Mª Victoria Álvarez Buján

RESUMEN

En el presente trabajo examinaremos, desde un prisma crítico, la regulación existente en España acerca de la materia relativa a las pruebas de ADN en el seno del proceso penal y a las intervenciones corporales leves con fines de identificación genética, incidiendo especialmente en las últimas reformas operadas sobre el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 2015 atinentes a esta materia. En este contexto, resaltaremos los problemas sustanciales que presenta la normativa en la actualidad y que, a nuestro juicio, deberían ser mejorados *de lege ferenda*. Asimismo, con la intención de aportar un sesgo práctico a este estudio, expondremos —tratando de hacerlo de una manera clara y concisa— los principales aspectos vinculados a la prueba de ADN a los que debe atender un/a abogado/a al objeto de poder diseñar la mejor estrategia procesal posible para su defendido/a, así como de hacer valer su derecho de defensa de forma óptimamente garantista.

PALABRAS CLAVE

Prueba de ADN, proceso penal, derecho de defensa, derecho a la autodeterminación informativa, problemas prácticos

ABSTRACT

In this paper, with a critical perspective, we examine the existing Spanish rules about the DNA tests in the criminal proceedings and those minor interventions in the body with the aim of genetic identification, stressing the last reforms of the Criminal code and the Criminal Prosecution Act 2015 in this regard. Here we highlight the current basic problems to be improved *de lege ferenda*. Moreover, adding a practical bias, we will explain the principal aspects related to the DNA test, which should be addressed by lawyers in order to design the best procedural.

KEYWORDS

DNA test, criminal proceedings, right to defence, right to informative self-determination, practice problems.

LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL: SUS ENTRESIJOS DESDE LA ÓPTICA DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA*

Mª Victoria Álvarez Buján

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Contexto normativo: especial referencia a las últimas reformas de la LECrim y el Código Penal. 3. Claves prácticas para el ejercicio de la abogacía. 4. A modo de reflexión final. Notas. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde que en Inglaterra Alec Jeffreys empleó por primera vez en la década de los 80 las pruebas de ADN para resolver el célebre caso Enderby —asunto *Queen vs. Pitchford*[1]—, relativo a la comisión de dos asesinatos con previa agresión sexual, este instrumento probatorio se ha convertido en una herramienta clave en el ámbito de la investigación de determinados hechos que revisten singular gravedad, habida cuenta de los bienes jurídicos que resultan afectados por su perpetración —esencialmente, la vida, la libertad, la integridad física y la libertad sexual—.

Sucintamente, una prueba de ADN practicada en el marco de una investigación penal puede definirse como la realización en laboratorio —debida y oportunamente acreditado— de un análisis comparativo entre los perfiles genéticos obtenidos a partir de la muestra biológica dubitada (la que es hallada en el lugar de los hechos, en el cuerpo de la víctima) y los perfiles genéticos extraídos a partir de la muestra biológica indubitada (la que es tomada directamente del sospechoso/imputado —ahora «investigado»—, por regla general mediante la realización de una intervención corporal leve)[2]. No obstante, el contraste de perfiles genéticos también puede ser realizado entre aquellos perfiles o identificadores almacenados en bases de datos con motivo de un proceso penal anterior —que tendrán, en principio, carácter indubitado— y los que son adquiridos a partir de la muestra biológica dubitada. Si se produce una coincidencia entre ambos, el resultado podrá ser utilizado como prueba de cargo en el juicio, excepción hecha del supuesto en que, a lo largo la fase

* El pasado 28 de abril de 2017 este texto obtuvo el «Premio Manuel Olivencia» al mejor artículo jurídico en su primera edición.

de instrucción, la persona investigada cuestione o impugne la toma de muestras realizada en la causa anterior, su resultado incriminatorio o la validez y licitud de los datos almacenados[3]. De igual modo, es posible realizar contrastes entre los perfiles genéticos que estén almacenados en la base de datos policial —pero respecto de los cuales se desconozca la identidad de la persona a la que pertenece— y los perfiles extraídos de las muestras biológicas dubitadas con la finalidad de verificar si existe una coincidencia entre ambos que pueda contribuir al avance de la investigación.

2. CONTEXTO NORMATIVO: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LECRIM Y EL CÓDIGO PENAL

Hasta la aprobación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no se reguló de forma expresa en nuestro ordenamiento la posibilidad de practicar pruebas de ADN e intervenciones corporales con fines de identificación genética. Con anterioridad a la vigencia de esta norma, existía un palmario vacío legal, laguna que la doctrina y la jurisprudencia se encargaron de colmar —al menos en cierta medida— ejerciendo sus funciones y tomando como referentes los mandatos constitucionales, las pautas previstas en la normativa internacional y las directrices emanadas de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y como base la necesidad de dictar una resolución judicial motivada que ordenase la realización de tales medidas a fin de suplir, en un inicio, la carencia de habilitación legal[4]. La aprobación de la referida LO 15/2003 dio una nueva redacción a los artículos 326 y 363 de la LECrim. Concretamente, en relación con la recogida de muestras biológicas dubitadas, el párrafo tercero del art. 326 estableció: «Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282». Por su parte, el párrafo segundo del artículo 363 contempló la posibilidad de recurrir a la práctica medidas de intervención corporal con fines de identificación genética en estos términos: «Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad»[5].

Con todo, y desafortunadamente, el contenido de ambos preceptos siguió siendo insuficiente para colmar las lagunas existentes en la regulación de la materia. Es más, el art. 363 de la LECrim suscitó notables problemas interpretativos[6], dado que su redacción no especifica los sujetos pasivos que pueden ser objeto de una medida de tales características —la norma hace referencia únicamente al sospechoso[7]— ni ofrece una solución explícita en los supuestos en los que el sospechoso/imputado (ahora investigado) rehúse someterse a la misma. Además, el precepto citado alude a actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal como si se tratase de figuras indistintas o equivalentes y como si para practicar una prueba de ADN —y, más específicamente, para llevar a cabo una toma de muestras biológicas indubitadas— fuese idónea la realización de cualquiera de estas medidas, cuando lo que se practica a estos efectos es, en realidad, una intervención corporal leve, esto es, básicamente un frotis bucal[8], una extracción de cabellos o una extracción sanguínea (en su caso, mediante una mínima punción dactilar). En relación con este extremo, debemos precisar

que, aunque efectivamente es cierto que, al objeto de obtener muestras biológicas que los agresores —particularmente, en casos de violencia sexual— hayan podido dejar en los cuerpos de las víctimas es necesario efectuar sobre estas exploraciones corporales por expertos —médicos[9]—, las cuales encajan dentro del concepto de intervención corporal[10], ello no es relevante en lo que atañe a la crítica apuntada si tenemos en cuenta que, como acabamos de señalar, el art. 363 LECrim olvida hacer mención a cualquier otro sujeto distinto del sospechoso/investigado.

Al margen de estas vaguedades regulativas, debe ponerse de relieve, además, que hasta la aprobación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, no se reguló la base de datos genéticos policial unificada. Durante un significativo periodo de tiempo, por tanto, nuestro ordenamiento incumplió de forma patente las exigencias dimanantes del Consejo de Europa y de la Unión Europea en lo que respecta a esta materia[11].

En definitiva, la problemática normativa persistió pese a la reforma aprobada en el año 2003 e incluso se prolongó tras la entrada en vigor de la citada LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, razón por la cual, ante la coyuntura existente, en aquellos supuestos en los que el sujeto sometido a investigación se negaba a proporcionar una muestra biológica indubitada que permitiese realizar el oportuno análisis de ADN, se propusieron distintos remedios jurídicos[12]. Entre ellos destacan fundamentalmente la atribución de un indicio incriminatorio sobre dicho sujeto[13], la imputación de un delito de desobediencia o la utilización de esta eventual imputación como una suerte de amenaza o de coacción —no física[14]—. Sin embargo, estas soluciones no resultaban —ni resultan— eficaces, dado que no contribuyen a lograr el éxito de la investigación de los ilícitos penales, no son coherentes con el principio de búsqueda de la verdad material ni revisten las adecuadas garantías en relación con los derechos del imputado, ahora investigado, particularmente si tomamos en consideración la naturaleza ambivalente que presentan las pruebas de ADN y su alto grado de fiabilidad.

A la vista de tales argumentos, precisamente, un relevante sector de la doctrina —cuyas tesis asumimos— ha propugnado desde hace ya varios años la necesidad de contemplar expresamente en la regulación el recurso a la coacción física, si bien de forma proporcionada a las circunstancias y singularidades del caso concreto[15].

Dicha propuesta ha resultado, además, laudable desde la perspectiva de la cooperación judicial internacional, toda vez que la imposibilidad de compeler al sujeto sometido a investigación a que se someta a la práctica de una prueba genética no hace sino obstaculizar e, inclusive, impedir la comunicación transnacional de datos, ya que si no es factible obtener los identificadores de ADN del individuo, estos tampoco pueden ser inscritos en la base de datos policial y, por ende, dicha información no puede cederse ni transmitirse a otros países, lo que presupone, en definitiva, una cortapisa para dar cumplimiento a las exigencia recogidas en la normativa europea relativa al intercambio de perfiles de ADN[16].

Asimismo, ha de resaltarse que este cuestionado y polémico panorama normativo trajo como consecuencia el dictado del Acuerdo No Jurisdiccional de la Sala II, de 31 de enero de 2006, en virtud del cual la Policía no necesita recabar consentimiento o, en su defecto, autorización judicial para proceder a la recogida de muestras biológicas abandonadas por el sospechoso —por ejemplo, excrecencias, escupitajos, etc.—. Tal acuerdo puede parecer apriorísticamente inocuo; sin embargo, nada está más alejado de la realidad, sobre todo si tenemos en cuenta que, al abrigo del mismo, se han llegado a respaldar tácticas policiales de dudosa licitud, básicamente por su falta de garantías en relación con el derecho de defensa, así como por la complejidad que su práctica entraña a la hora de observar adecuadamente la cadena de custodia, prácticas alternativas no precisamente adecuadas en un Estado de Derecho. Nos referimos a actuaciones tales como ofrecer un vaso de agua o un ciga-

rrillo a la persona que se encuentra detenida con la finalidad de que, una vez que esta se desprenda de dichos objetos, pueda interpretarse que la saliva que haya quedado impregnada en los mismos es una muestra abandonada y que, consiguientemente, puede recogerse sin requerir consentimiento ni autorización judicial, conformándose como lo que se denomina una «muestra biológica atribuida». En este contexto, también se ha dado frecuentemente el supuesto en el que la recogida de muestras o vestigios biológicos se lleva a cabo mediante una entrada y registro domiciliario autorizados previamente por el juez de Instrucción[17].

En resumidas cuentas, y a la vista de todo lo expuesto, es evidente que la regulación sobre la materia objeto de estudio resulta palpablemente incompleta y, justamente por ello, ineficiente. Esto es así incluso pese a que hayan entrado en vigor determinadas novedades normativas, concretamente el nuevo artículo 129 bis del Código Penal y la reforma operada en el artículo 520.6 c) de la LECrim. El primero de estos preceptos ha sido introducido por la LO 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, y su tenor literal establece como consecuencia accesoria del delito que «si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad». Con esta previsión —insertada en una reforma del Código Penal que levantó importantes críticas— se ha dado cumplimiento al mandato del art. 37 *del* Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007[18], si bien aumentando el elenco de delitos a los que dicho convenio hace alusión[19], y se ha contemplado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de forma explícita el recurso a la *vis physica.*

Ahora bien, a nuestro juicio, habría sido una mejor opción, desde el punto de vista de la sistematicidad y la claridad normativas, que el contenido del indicado precepto se hubiese incluido en el texto de la LO 10/2007, de 8 de octubre, dado que esta es la norma que tiene por objeto la regulación de la base de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN en España. El problema estriba en que esta alternativa habría implicado la necesidad de emprender también la reforma de esta última ley. Es fácil inferir que, debido a la latosa tramitación que ello habría supuesto, y teniendo además en cuenta la vorágine de reformas normativas aprobadas en el año 2015, que por razones de índole política tuvieron lugar en última etapa de la legislatura, se optara —como es lamentablemente frecuente— por la dispersión normativa.

Por su parte, la redacción del segundo de los citados preceptos fue alterada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En efecto, el artículo 520 de la LECrim aglutina los derechos de la persona detenida; en su apartado 6 c), párrafo segundo, cuya ubicación resulta, cuando menos, discutible, dispone que «si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley

Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de Instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad». En una primera aproximación a su contenido, parece que este precepto ha dado por fin solución a la ausencia de previsión legal de la coacción física en el caso de que la persona investigada rehúse someterse a la práctica de una intervención corporal leve con fines de identificación genético. Empero, si nos detenemos en su lectura, podemos colegir que la redacción del mismo adolece de ciertas deficiencias que pueden generar dudas de interpretación y dificultades en la *praxis* policial y judicial[20].

Es claro que las citadas reformas se han aprobado a modo de apresurado y poco meditado parcheo legislativo y que de ahí justamente derivan sus defectos. Obviamente, las intervenciones corporales y las pruebas de ADN, por su relevancia práctica, amén de por la limitación que implican en relación con determinados derechos fundamentales, singularmente el derecho a la intimidad —genética— y el derecho a la autodeterminación informativa, requieren de una modificación normativa integral al objeto de prever una regulación completa, detallada y sistematizada, que debería materializarse en el marco de un nuevo Código Procesal Penal, tan esperado y reclamado, considerando el carácter obsoleto de nuestra decimonónica LECrim[21]. La aprobación de la nueva ley procesal parece, sin embargo, una utopía, a la vista de los diversos intereses difusos coexistentes en nuestro país y de los ya varios fallidos intentos acometidos en este sentido, entre los que fundamentalmente destacan el Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal de 2011 y el Borrador de Código Procesal Penal de 2012.

3. CLAVES PRÁCTICAS PARA EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

Con anterioridad a la entrada en vigor de la ya citada Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, no estaba claro, por la falta de una previsión legal expresa en tal sentido, si el consentimiento para someterse a la práctica de una medida de intervención corporal leve con fines de identificación genética debía ser o no prestado bajo asistencia letrada. En efecto, se dictaron pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios al respecto, la mayoría de ellos, no obstante, de carácter *obiter dicta.* Existían, asimismo, posiciones doctrinales confrontadas, dado que esta es una cuestión nada pacífica que suscita problemas en la *praxis*[22]. En particular, resulta significativa y destacable en este contexto la postura que venía exigiendo la necesidad de asistencia letrada en los casos en que el sujeto pasivo se encontrase detenido y la medida a realizar fuese un frotis bucal[23].

Ahora bien, a nuestro juicio, la asistencia letrada no debe limitarse exclusivamente a los supuestos en los que el sujeto afectado por la práctica de la medida se encuentre detenido, sino que la misma debe establecerse como requisito *sine qua non* en relación con cualquier situación procesal en la que este se halle: no solo cuando se realice un frotis bucal, sino también cuando se lleve a cabo cualquier otra medida de intervención corporal leve con fines de identificación genética. Ello responde a la necesidad de velar por la correcta ejecución de la diligencia de toma de muestras biológicas indubitadas y la debida observancia de la cadena de custodia, amén de asegurar y corroborar que se facilita de forma adecuada a la persona afectada por la medida la información relativa a la trascendencia de la realización de la prueba de ADN, tanto en lo que respecta al proceso penal

como en lo tocante a la inclusión en la base de datos policial de los identificadores genéticos que se obtengan con el pertinente análisis, lo que conlleva una clara limitación del derecho a la autodeterminación informativa[24].

De hecho, entendemos que esta es la postura por la que, al menos implícitamente, ha abogado la nueva reforma, toda vez que el art. 118.2, inciso segundo, de la LECrim, que se refiere en general a toda persona a la que se le atribuya un hecho punible, dispone en su nueva redacción que «el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la Policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527 y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos»[25]. Asimismo, en relación con los derechos de que la persona detenida goza, el primer párrafo del también reformado art. 520.6 c) LECrim incluye, entre las funciones propias de la asistencia letrada, la de «informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten». El precepto habla de diligencias en general, sin especificar las mismas, por lo que consideramos que no se refiere únicamente a la toma de muestras biológicas indubitadas con fines de identificación genética ni que, en relación con estas, alude con carácter exclusivo a la práctica de frotis bucal, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 767 de la LECrim[26].

Consiguientemente, despejada la duda relativa a la asistencia letrada al confirmar que la misma es preceptiva, a nuestro juicio —y haciendo una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en la LECrim, con independencia de la situación concreta del sujeto pasivo (se encuentre o no detenido) y de la medida a practicar (sea un frotis bucal o cualquier otra medida de intervención corporal leve equivalente)[27], pero en cualquier caso, sin lugar a dudas, en los supuestos en que el sujeto se halle detenido y se le realice un frotis bucal— resulta de vital importancia que el/la abogado/a cuente con una formación adecuada en lo que atañe a las pruebas de ADN y su virtualidad científica y jurídico-procesal a fin de que pueda prestar un asesoramiento adecuado y desempeñar sus funciones de forma óptima, y actuar diligentemente en el diseño de la estrategia procesal más favorable para su defendido/a. Asimismo, será preciso explicarle y hacerle comprender la información contenida en el modelo de consentimiento informado facilitado por las autoridades policiales, poniendo el acento en el tratamiento que se le dará a sus identificadores genéticos, una vez que estos sean obtenidos, explicándole si serán o no objeto de inserción en la base de datos, en qué términos, para qué finalidad y durante cuánto tiempo, debiendo asesorarle también de los derechos que le asisten en lo tocante a dicha inscripción (derechos de acceso, rectificación y cancelación) y cómo y ante quién puede ejercitar los mismos.

Pese a las reformas implementadas en relación a esta materia, y centrándonos en la atinente al art. 520.6 c), párrafo segundo, de la LECrim, a la luz de su propia redacción advertimos que el recurso a la coacción física se ciñe a la hipótesis de una persona detenida a la que se le practique un frotis bucal, que no se consideran otras situaciones procesales y que no se toma en consideración la posibilidad de que —por causa de las particularidades del caso concreto o del sujeto en cuestión— sea necesario emplear otra medida distinta, también de carácter leve (léase una extracción de cabellos[28]). En este contexto, llama igualmente la atención que el precepto se refiera únicamente al detenido y no al investigado, como sin embargo propugnaban en su momento el Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal de 2011 y el Borrador de Código Procesal Penal de 2012, lo que además, como expondremos seguidamente, puede suscitar alguna que otra controversia en la *praxis*.

Así las cosas, a primera vista, cabe pensar que la citada previsión podría alentar la utilización de la medida cautelar de la detención de un modo abusivo[29]. Pero el tenor del precepto también induce

a aventurar que, como consecuencia de su inapropiada redacción[30] o de una malinterpretación de la misma, pudiera realizase la prueba de ADN a investigados respecto a los cuales no hayan recaído todavía indicios racionales suficientes de criminalidad (uno de los requisitos comprendidos dentro del principio de proporcionalidad), pero que hayan sido detenidos por la Policía a modo de medida cautelar provisionalísima[31]. No obstante, la cuestión esencial radica en que si pensamos en la figura de la persona detenida por ser esta sospechosa policial en el marco de las diligencias de prevención o porque tal detención haya sido ordenada a la Policía Judicial por indicación del Ministerio Fiscal (en el ámbito de la denominada investigación preliminar *ex* art. 773.2 de la LECrim), lo cierto es que en tales casos los agentes policiales son los que requieren a la persona en cuestión para que se someta de manera voluntaria a la realización de la prueba de ADN. Sería, pues, en el supuesto de que el concreto sujeto —tras el debido asesoramiento de su abogado/a— se negase a someterse a la toma de muestras biológicas indubitadas cuando devendría necesario solicitar la autorización judicial que decretase la realización de la diligencia, recurriendo incluso a medidas coactivas si fuese necesario. Con todo, ocurre aquí que, dadas las exigencias que dimanan del principio de proporcionalidad[32], es necesario que concurran indicios racionales y suficientes de criminalidad que justifiquen la autorización y ejecución de la medida. Ahora bien, en la fase de detención es más que posible que, efectivamente, concurran indicios que justifiquen la práctica de tal medida cautelar, pero quizá no los suficientes para motivar la autorización que avale la práctica de una diligencia de toma de muestras biológicas indubitadas y menos coercitivamente. Parece, pues, que en la práctica no será sencillo que el juez se decante por dictar dicha resolución, y todavía menos que en la misma haga referencia a la posibilidad de recurrir al uso de la *vis physica*, máxime teniendo en cuenta que no están claros ni definidos los recursos coactivos que pueden emplearse.

En consonancia con esta última idea, ha de ponerse de relieve que este precepto, a imagen y semejanza del art. 129 bis del Código Penal, únicamente alude a la facultad de emplear las «medidas coactivas mínimas indispensables», expresión que, a nuestro juicio y en tanto que su alcance no sea reinterpretado por la jurisprudencia, resulta sustancialmente genérica, lo que nos conduce necesariamente a preguntarnos: ¿Cuáles son las medidas o los modos de coerción a los que podría recurrirse efectivamente en la práctica? Esta cuestión no es baladí: la relevancia de que nos formulemos esa cuestión radica en que la vaguedad del citado enunciado, unida a la forma en la que se proceda en la práctica, podría ser, precisamente, la base del argumento que permitiese a los/as abogados/as sustentar la concurrencia de un posible y eventual supuesto de nulidad o ilicitud probatoria en relación con la obtención de muestras biológicas indubitadas.

Quizás, a la luz de este complejo panorama puede inferirse que, en última instancia, lo que se ha pretendido con la reforma no ha sido propiamente instaurar la coacción física para llevar a cabo la toma de muestras biológicas indubitadas —aunque este objetivo también se perseguía, pero lo cierto es que se ha cristalizado de un modo poco práctico y efectivo[33]—, sino más bien salvar situaciones en las que, una vez efectuada esa diligencia y realizada la pertinente prueba de ADN, la defensa del investigado impugna su validez alegando que faltó el consentimiento, o que el mismo no fue prestado válidamente. Parece, así, que la previsión del art. 520.6 c, párrafo segundo, de la LECrim sirve como una suerte de parapeto para preservar la licitud de la prueba en tales supuestos[34].

En cuanto a la actuación de los/as abogados/as a la hora de aconsejar a la persona detenida sobre si es más recomendable someterse de manera voluntaria a la diligencia de toma de muestras biológicas indubitadas o rehusar la misma, consideramos que, en primer término, debe hacerse una valoración de las particularidades que se conocen en el momento en relación con el caso en cuestión. Asimismo, es esencial que se informe a la persona defendida tanto de los extremos anteriormente señalados como de la posibilidad de que, aun negándose esta a someterse a la práctica de la prueba de

ADN, y aunque no llegue a practicarse dicha medida coactivamente *ex* art. 520.6 c, inciso segundo, de la LECrim, en el caso de que al término del proceso penal en cuestión se dictase una sentencia condenatoria podría procederse de conformidad con lo dispuesto en el art. 129 bis del Código Penal, logrando obtener *a posteriori* los identificadores genéticos de la persona ahora detenida y procediendo a su incorporación en la base de datos policial de ADN. De forma análoga, debemos advertir que —pese a la reforma del art. 520.6 c) de la LECrim— la negativa es igualmente valorable al amparo de la jurisprudencia existente en tal sentido[35] como un indicio incriminatorio y que, por tanto, esto puede no interesarnos, sobre todo dependiendo de la prueba —especialmente si es indiciaria o de carácter circunstancial— que se espera pueda existir en relación con la causa concreta.

Tomando en consideración que los análisis de ADN albergan una naturaleza ambivalente, es decir, que pueden servir tanto para acreditar la culpabilidad como la inocencia, además de que sus resultados —en caso de que sean positivos—[36] han de valorarse en términos indiciarios y probabilísticos[37], entendemos que lo más aconsejable en la práctica totalidad de los supuestos sería recomendar que nuestro/a defendido/a se someta a su práctica y que, en el caso de que el resultado que dicha prueba arroje sea afirmativo, la clave de la defensa y de su éxito deberá radicar en la construcción de una estrategia procesal que gire en torno a la acreditación de una circunstancia verosímil y convincente que justifique por qué figuraban los perfiles genéticos de nuestro/a defendido/a en la escena del delito o en el cuerpo de la víctima. Ello nos facilita la posibilidad de sostener una explicación disyuntiva y factible que habrá de ser oportunamente acreditada, debiendo orientar la proposición y práctica de la prueba a tal efecto, tratando de aportar contraindicios a los indicios que de adverso se esgriman e incidiendo finalmente en los resultados obtenidos a la hora de exponer los informes orales *ex* art. 734 de la LECrim. En cambio, la única consecuencia de aconsejar la negativa a la realización de la prueba sería, a la postre, asegurar la aplicación de un indicio contra nuestro/a defendido/a, perjudicando además con ello la credibilidad de cualquier versión sobre los hechos que pretendiésemos presentar como alternativa a la mantenida por la acusación. Esta postura se encuentra en plena sintonía con la circunstancia de que las pruebas de ADN no se corresponden con ninguna clase de remedio procesal indefectible y sanalotodo, como en no pocas ocasiones parece creer la sociedad[38], sobre todo como consecuencia de la información de escasísimo rigor —científico y jurídico— transmitida con frecuencia a través de los medios de comunicación. Antes bien, lo único que determinan dichas pruebas es que una determinada persona (el investigado en cuestión) ha mantenido relaciones sexuales con otra (la víctima) o que ha estado presente en el lugar de los hechos, pero para ello puede existir una explicación lógica y verosímil, diferente a la de la perpetración del delito objeto de investigación[39].

Llegados a este punto, debemos puntualizar que la labor intrínseca a la asistencia letrada no finaliza cuando se dicta sentencia —ya sea absolutoria o condenatoria—, puesto que todavía queda un extremo que debe ser controlado y que, a nuestro entender, compete a los abogados, al menos dentro de lo que sería el deber de facilitar una asistencia letrada diligente e integral[40]. Se trata, en particular, de la tarea de verificación de la cancelación de la inscripción de identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos policial una vez que se ha cumplido el plazo previsto a tal fin, establecido en función del caso concreto en el art. 9 de la LO 10/2007, de 8 de octubre. Obviamente, este cometido no corresponde a la persona del/la abogado/a por mandato legal, puesto que la cancelación de los identificadores inscritos habrá de ser ordenada de oficio o instada, en su caso, por la persona interesada, es decir, la persona afectada por la inscripción en cuestión. Sin embargo, en la práctica se producen errores de comunicación entre la autoridad judicial, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior que, en ocasiones, tienen como consecuencia que no se efectúe de oficio dicha cancelación aunque la misma proceda. En este orden de cosas, no debemos tampoco perder de vista la circunstancia de que las personas afectadas por tales inscripciones no siempre cuenten

con los conocimientos y destrezas o habilidades básicas para peticionar y realizar los trámites de solicitud de cancelación de los datos inscritos. A la luz de tales motivos, puede colegirse que, a la postre, las cuestiones vinculadas a la tramitación y comprobación de la efectiva cancelación de los datos inscritos una vez llegado el momento para ello queda encomendada de forma indirecta a los/as abogados/as, no como un particular de obligado o estricto cumplimiento, pero sí como un aspecto concerniente a su ética profesional, cuando menos, desde un punto de vista individual de cada abogado/a, al objeto de proporcionar una asistencia letrada completa y lo más garantista posible con los derechos e intereses de la persona defendida[41], atendiendo así a la máxima según la cual «no se es abogado, a secas, se es abogado de alguien»[42]. En este sentido, es menester reseñar que, en el caso de que, en efecto, no se haya realizado la cancelación[43], el/la abogado/a puede poner en conocimiento de la persona afectada —su cliente— la situación y, tras comentar oportunamente la cuestión y sus particulares, proceder a iniciar los trámites para lograr la eliminación de sus identificadores genéticos de la base de datos.

El aspecto atinente al control de las inscripciones de identificadores genéticos tiene especial trascendencia, habida cuenta de la utilización de las bases de datos. Pensemos qué ocurriría si en un futuro se produjese una coincidencia entre los perfiles extraídos a partir de una muestra dubitada y los perfiles genéticos de la persona en cuestión que todavía figuran inscritos —indebida e incorrectamente— en la base de datos. ¿El resultado de ese cotejo sería válido? A nuestro juicio, nos encontraríamos ante un supuesto de prueba prohibida *ex* art. 11.1 de la LOPJ, por haberse vulnerado el derecho a la autodeterminación informativa[44], pero, en cualquier caso, es claro que el sujeto en cuestión resultaría inicial o preliminarmente involucrado en la nueva investigación penal, con todo lo que ello implica tanto desde una óptica jurídico-procesal como personal y social, lo que podría desembocar en una vulneración del principio de presunción de inocencia de difícil reparación.

4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, tras todo lo expuesto en el presente trabajo se colige con nitidez que el cuadro normativo existente en lo que respecta a la realización de pruebas de ADN y la necesaria práctica, a tal fin, de intervenciones corporales leves dista mucho de ser completo, sistemático y efectivo, por lo que el legislador sigue teniendo una tarea pendiente en este concreto ámbito. Ahora bien, se llegue o no a acometer una mejora legislativa de futuro que venga a dar respuesta a todos los interrogantes y lagunas que la regulación actual plantea, el papel de los/as abogados/as es primordial, particularmente a la hora de conseguir que las personas investigadas puedan ejercitar su derecho de defensa con todas las garantías necesarias, y de tratar de impedir que se vea perjudicado su derecho a la presunción de inocencia. A tal efecto, es esencial que los/as letrados/as dominen las particularidades concernientes al funcionamiento, aplicación y virtualidad de las pruebas de ADN, así como a la inscripción de identificadores genéticos en la base de datos de ADN policial, al objeto de prestar un asesoramiento apropiado e integral, amén de diseñar y articular la estrategia procesal que pueda favorecer en mayor medida a sus defendidos/as, tratando de evitar, además, que estos sufran un menoscabo desproporcionado en la esfera de sus derechos a la intimidad genética y a la autodeterminación informativa. Para ello, consideramos imprescindible que estos/as profesionales jurídicos/as asuman entre sus funciones la de controlar la correcta cancelación de los identificadores genéticos inscritos en la base de datos una vez llegado el momento previsto legalmente para ello o, en su caso, la de promover los trámites necesarios a tal fin tras el debido concierto con la persona defendida.

NOTAS

1. Un resumen de lo acontecido en relación al citado caso Pitchord puede encontrarse en Gómez Colomer (2014: 24); Hombreiro Noriega (2013: 27 y 42-47); y Marzilli (2005: 11).

2. Esto es fundamentalmente un frotis bucal o nasal, una extracción de cabellos o, inclusive, una toma sanguínea llevada a cabo a través de la realización de una punción dactilar.

3. *Vid.* SSTS 827/2011, de 25 de octubre; 709/2013, de 10 de octubre; 948/2013, de 10 de diciembre; 794/2015, de 3 de diciembre y, dado que también se halla en sintonía con esta cuestión, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 sobre toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN.

4. *Vid.*, aquí, las resoluciones que representaron una verdadera clave en su momento sobre esta materia y, más en particular, SSTC 37/1989, de 15 de febrero; 207/1996, de 16 de diciembre y, posteriormente, STS 803/2003, de 4 de junio.

5. En la legislación española solamente se prevé de forma expresa, por el momento, la regulación de esta clase de intervenciones corporales —con fines de identificación genética—, amén de los test de alcoholemia.
Algunas consideraciones de interés acerca del principio de proporcionalidad pueden consultarse en el trabajo de Matallín Evangelio (2008: 94 y ss.).

6. Sobre los defectos que alberga la redacción de dicho precepto*, vid*. Iglesias Canle (2006: 175-202).

7. Pues aunque en este artículo no se indique así explícitamente, es claro que no solo puede ser sujeto pasivo el investigado, sino también la víctima e inclusive terceros sujetos

8. Esta es la medida de realización prototípica por la sencillez de su realización, así como por la leve injerencia física que la misma implica.

9. En casos de agresiones sexuales, particularmente en las más graves, resulta elemental efectuar exploraciones vaginales y/o anales, lógicamente contando siempre con el expreso consentimiento de la víctima a tal efecto, tomando en consideración las directrices contenidas en la normativa comunitaria y, más en peculiar, la pionera Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la antedicha Decisión, así como lo dispuesto en la Ley 4/2015, de 30 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

10. *Vid.*, sobre este particular, Iglesias Canle (2011: 161-164); y Kobilinsky, Liotti y Oeser-Sweat, 2005: 30-33).

11. *Cfr.*, en este sentido, principalmente, la Recomendación sobre la utilización de los análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco del sistema de justicia penal, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 10 de febrero de 1992, el Convenio de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008.

12. La LO 10/2007, de 8 de octubre, tampoco facilitó una solución sobre este particular, por cuanto su Disposición Adicional Tercera establece que «para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Asimismo, el indicado art. 3, concretamente, en su apartado 1 a) preconiza que «se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos: los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados».

13. La principal defensora de esta teoría es Huertas Martín (1999: 410 y ss.).
Este criterio ha venido siendo secundado, entre otras, por las SSTS 107/2003, de 4 de febrero; 151/2010, de 22 de febrero y 169/2015, de 13 de marzo

14. *Cfr.* aquí, entre otras sentencias que avalan esta solución, la STS 803/2003, de 4 de junio y, a modo de jurisprudencia menor, destaca también la SAP de Barcelona núm. 678/2004, (Sección 7ª), de 5 de julio. Esta posibilidad fue rechazada por la mayor parte de la doctrina, habida cuenta de su ineficacia y de la falta de garantías procesales de que adolece; además, podría generar, como efecto perverso, un favorecimiento o empuje para que el delincuente lograse la impunidad. *Vid.* aquí, entre otros autores, Abel Lluch (2011: 139 y 140); y Etxeberría Guridi (1999: 443 y ss.), quienes se muestran contrarios a esta posibilidad.

15. *Cfr.* sobre esta particular cuestión, entre otros muchos autores, González-Cuéllar Serrano (1990: 294-297); e Iglesias Canle (2003: 48). Debe reseñarse que la habilitación o mención legal necesaria a tal fin debía ser plasmada, en todo caso, habida cuenta de la injerencia que implica una medida de tales características en la esfera de los derechos fundamentales, en una norma con rango de ley orgánica.

16. *Vid.*, sustancialmente, en este sentido, el Convenio de Prüm y la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008.

17. Soleto Muñoz (2009: 128). Esta autora considera —como es además común en la *praxis*— que la diligencia de entrada y registro domiciliario o del lugar de trabajo del investigado practicada con la pretensión de obtener muestras o vestigios biológicos que sirvan para efectuar una prueba de ADN resulta apropiada y es lícita, siempre que la misma sea debidamente acordada por el juez con arreglo a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. En este sentido, además de la necesidad de concurrencia de gravedad delictiva en los hechos, así como de indicios suficientes de criminalidad en relación al investigado en cuestión, es preciso que la medida que se autorice judicialmente sea necesaria, idónea y proporcionada en sentido estricto. Sobre los presupuestos integrantes del principio de proporcionalidad, *vid.* entre otros autores, González-Cuéllar Serrano (1990: 305-310); e Iglesias Canle (2003: 89-101).

18. El art. 37 de dicho Convenio, que lleva por título «Registro y almacenamiento de datos nacionales sobre los delincuentes sexuales convictos», dispone, en su primer apartado, que «a efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el Derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio». Seguidamente, en su segundo apartado, precisa que «cada Parte, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, comunicará al Secretario General del Consejo de Europa el nombre y dirección de una sola autoridad nacional responsable a los efectos del apartado 1». Por último, en su tercer apartado, establece que «cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que la información a que hace referencia el apartado 1 pueda transmitirse a la autoridad competente de otra Parte, de conformidad con las condiciones establecidas en su Derecho interno y los instrumentos internacionales pertinentes».

19. Critica este extremo Etxeberría Guridi (2016: 623).

20. Estos particulares serán desarrollados directamente, dados los límites de extensión previstos para este trabajo, en el siguiente epígrafe, donde, como ya hemos avanzado en el resumen, trataremos de facilitar las claves prácticas básicas en materia de pruebas de ADN para el ejercicio de la abogacía.

21. Con la finalidad de abordar la reforma de las cuestiones más urgentes en el ámbito del proceso penal se han aprobado precisamente la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

22. *Vid.*, en relación con este particular, Álvarez de Neyra Kappler (2013: 5-20); y Moreno Verdejo (2014: 129-140).

23. En esta línea sobresalen las SSTS 940/2007, de 7 de junio (a pesar de que incoherentemente considera que no procede declarar ilícita la prueba aunque la toma de la muestra biológica indubitada se haya efectuado sin asesoramiento letrado), 685/2010, de 7 de julio y 353/2011, de 25 de octubre.

En sentido opuesto, destacaba el art. 265.2 del Anteproyecto de ley para un nuevo proceso penal de 2011 que preveía que si el imputado se hallase detenido podría prestar el consentimiento sin necesidad de asistencia letrada, siempre que no se utilizasen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal. Igualmente el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la organización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, de 5 de diciembre de 2014, propugnaba en la redacción propuesta como modificación del apartado 2 del art. 520 de la LECrim que «la asistencia letrada no será precisa para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN». Ello se contempló a pesar de que pocos meses antes se había dictado el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, mediante el cual se convino que «la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial». Con dicho Acuerdo se venía, al fin, a superar la anterior doctrina emanada del Acuerdo Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005, donde se había concluido que no era necesaria la información de derechos del art. 24 de la CE para extraer muestras biológicas a fin de realizar un análisis de ADN a una persona detenida.
Por su parte, la STS 709/2013, de 10 de octubre, se posicionó contra la preceptividad de asistencia letrada al considerar que «la toma de muestras de ADN solo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa la autorización judicial». Análogamente, algunos autores opinan que no debería exigirse la asistencia letrada, entre los que destaca Dolz Lago (2012: 5).

24. *Cfr.* López Ortega (2014: 106); e Iglesias Canle (2003: 79).

25. Esto se contempló a fin de acatar las exigencias marcadas por la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con un tercero y con autoridades consulares, cuyo plazo de transposición finalizaba 27 de noviembre de 2016.

26. En cambio, sí es cierto, por lo que se nos escapa en cierta medida cuál ha sido aquí la voluntad real del legislador, que el art. 520.6 c) de la LECrim, en su inciso segundo, al referir la posibilidad de recurrir a la *vis physica*, a diferencia de lo dispuesto en el art. 129 bis del Código Penal —que no especifica las medidas a realizar a tal fin—, lo hace ciñéndose, como ya hemos indicado *ut supra*, a la efectuación de un frotis bucal.

27. Si bien, lo cierto es que, por el momento —y a salvo de una futura interpretación jurisprudencial extensiva, teniendo en cuenta que el art. 129 bis no especifica el tipo de medida a utilizar respecto de las personas condenadas—, en el caso del art. 520.6 c), inciso segundo, de la LECrim única y exclusivamente se hace mención a la práctica de frotis bucal.

28. En efecto, lo más usual en la práctica es que la muestra biológica indubitada se obtenga a través de la realización de un frotis bucal, por la mínima injerencia física que implica esta medida y por la facilidad y simpleza con la que se practica. Ahora bien, a nuestro parecer, lo más aconsejable sería que en el marco de una regulación completa y acabada de las pruebas de ADN y las intervenciones corporales se recogiese el elenco de medidas que, en función del caso concreto, el juez podría autorizar, fundamentando siempre, como es obvio, su decisión y priorizando entre aquellas que —aun siendo leves— conlleven una menor injerencia física.

29. No debemos dejar al margen los requisitos que han de concurrir para proceder a practicar una detención de forma lícita y que se concretan esencialmente en los presupuestos relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*. *Vid.*, sobre este particular aspecto, Asencio Mellado (2015: 212-213).

30. Desconocemos si meditada y querida así de manera consciente por el legislador o si, por el contrario, se trata de un error fruto de las prisas con las que se implementaron las reformas del último tramo del año 2015.

31. Cfr. en lo que respecta a tal extremo, Richard González (2014: 5-6). Disponible en: <http://diariolaley.laley.es>. [Consulta: 29/05/2015]. Debemos explicitar aquí que, a pesar de que las consideraciones ofrecidas por este autor no se refieren exactamente a la redacción del art. 520. 6 c), párrafo segundo, de la LECrim, sí resultan plenamente extrapolables al mismo.

32. *Vid.*, en relación con esta cuestión lo comentado en el inciso final de la nota a pie de página núm. 17.

33. Si esta fue la única y verdadera intención de quienes legislaron, es diáfano que ignoraban las dificultades prácticas de proceder a la extracción de una muestra biológica indubitada de una persona que se opone radicalmente a facilitar la misma de manera voluntaria, llegando a oponer una resistencia física real, pues sino no se habrían ceñido a mencionar únicamente la utilización del frotis bucal, dadas las complicaciones que la práctica de esta medida suscita a la hora de ejecutarse coercitivamente si el sujeto en concreto se niega a abrir la boca. Además, pensaron en un momento muy concreto, «la detención policial», sin reparar en la posibilidad de que la práctica de la diligencia se efectúe en un momento posterior, al margen de lo establecido en el art. 129 bis del Código Penal.

34. Esta teoría parece venir a suscribirse precisamente por la STS 794/2015, de 3 de diciembre, en la que se declara que «[…] la conveniencia de que la falta de consentimiento, en su caso, conste de forma nítida, firme e innegable, se refuerza a la vista de la reforma introducida por la LO 13/2015, 5 de octubre, que ha dado nueva redacción al art. 520 de la LECrim […]». Asimismo, se añade que la lectura de este precepto «permite afirmar que el legislador ha considerado oportuno, en línea también con la jurisprudencia constitucional, someter a un juicio de proporcionalidad amparado en la garantía jurisdiccional, el sometimiento del investigado a los actos mínimos e indispensables de compulsión personal para la obtención de las muestras salivales que permitan la identificación genética. El mismo criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 bis del CP. De ahí que cobre especial importancia que la negativa del investigado o condenado a prestarse voluntariamente a esa diligencia, se exteriorice de tal forma que no admita interpretaciones sobrevenidas —cuando ya es inviable el contraste— basadas en la falta de aceptación de lo que, sin embargo, resultó finalmente aceptado. Sobre todo, si lo fue ante letrado que, en el legítimo ejercicio del derecho de asistencia letrada, no consideró oportuno reflejar una protesta formal en el acta mediante el que se documentó esa diligencia de investigación».

35. *Cfr.*, entre otras muchas, SSTS 1697/1994, 4 de octubre; 107/2003, de 4 de febrero y 151/2010, de 22 de febrero. Con otras palabras, pero con una repercusión similar, la STS 781/2016, de 19 de octubre concluye que «[…] la negativa del acusado a propiciar la realización de la pericia de ADN no integra una prueba de cargo contra él ni incrementa el acervo probatorio que lo incrimina, pero sí debilita la veracidad de sus alegaciones de descargo en vista de lo fácil que le era fundamentarlas y potenciarlas en una tesitura procesal en que todo el cuadro probatorio se mostraba contrario a sus alegaciones exculpatorias».

36. Si son negativos porque no se ha producido ninguna coincidencia tras la realización del cotejo de los perfiles genéticos, los mismos tendrán un carácter absoluto.

37. Sobre la eficacia y valoración de las pruebas de ADN en el seno del proceso penal, *vid.*, entre otros autores, Iglesias Canle (2003: 127-129).

38. *Vid.*, en relación con esta particular cuestión, De Urbano Castrillo (2012: 19).

39. *Cfr.*, aquí, entre otros muchos autores, Armenteros León (2007: 1892).

40. Lo que, a fin de cuentas, se desprende del contenido del art. 1 del Estatuto General de la Abogacía Española.

41. En efecto, en la práctica, «el principal problema es que la cancelación debiera ser de oficio y la misma no puede llevarse a cabo porque al ser un registro de carácter policial y no judicial desconoce el Ministerio del Interior cuando se produce la sentencia absolutoria o la cancelación del antecedente penal al no comunicársele. Y más complicado es que pueda entrar a valorar por sí solo si un hecho ha prescrito o no por ser plazo que puede interrumpirse por multitud de avatares materiales y procesales» (Frías Martínez, 2013: 1360-1361).

42. Sánchez Stewart (2012: 27).

43. En atención a los plazos previstos en el art. 9 de la L. O. 10/2007, de 8 de octubre.

44. No obstante, otros autores opinan que estaríamos ante un supuesto de ilicitud probatoria o que incluso sería de aplicación la teoría relativa al hallazgo casual. *Vid.*, en esta línea, Zafra Espinosa de los Monteros (2014: 1273).

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier (2011): «Cuerpo del delito e identificación formal del delincuente. Especial consideración de la toma de muestras» en X. Abel Lluch y M. Richard González (dirs.), *Estudios sobre prueba penal. Actos de investiga-*

ción y medios de prueba: inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial, vol. II, Madrid: La Ley, 115-141.
ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana (2013): «El consentimiento informado en la toma de muestras genéticas a detenidos y la asistencia letrada», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* 102, 5-20.
ARMENTEROS LEÓN, Miguel (2007): «Perspectiva actual del ADN como medio de investigación y de prueba en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 6738, Año XXVIII, 19 junio 2007, D-144, 1882-1895.
ASENCIO MELLADO, José María (2015): *Derecho Procesal Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (2012): «La investigación en el futuro del proceso penal», *La ley penal: revista de derecho procesal, penal y penitenciario*, 93, mayo, 5-26.
DOLZ LAGO, Manuel Jesús (2012): «ADN y derechos fundamentales: breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN —frotis bucal— a detenidos e imputados», *Diario La ley*, núm. 7774, 12 de enero, 1-10.
ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco (1999): *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Madrid: Trivium.
— (2016): «Cuestiones vinculadas a las intervenciones corporales y a las bases de datos de ADN en las recientes reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en M. Jimeno Bulnes y J. Pérez Gil, J. (coords.), *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona: Bosch.
FRÍAS MARTÍNEZ, Emilio (2013): «ADN y privacidad en el proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 8159, 30 septiembre, D-329. 1354-1362.
GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (2014): «Los retos del proceso penal ante las nuevas pruebas que requieren tecnología avanzada: el análisis del ADN» en J. L. Gómez Colomer (coord.), *La prueba de ADN en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (1990): *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex.
HOMBREIRO NORIEGA, Luis Francisco (2013): *El ADN de Locard: genética forense y criminalística*, Madrid: Reus.
IGLESIAS CANLE, Inés Celia (2003): *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Madrid: Colex.
— (2006): «La nueva regulación de las medidas de intervención corporal en el art. 363.2 LECRIM.: la quiebra del principio de legalidad», *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid: Colex, 175-202.
— (2011): «La prueba en violencia sexual: especial referencia a la prueba de ADN» en M. Lameiras Fernández y I. C. Iglesias Canle (coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 161-204.
MARZILLI, Alan, *DNA Evidence*, Philadelphia: Chelsea House Publishers.
LÓPEZ ORTEGA, Juan José (2014): «La tutela de la intimidad genética en la investigación penal. A propósito de la STC 199/2013 y de la SAP Sevilla 650/2013», en M. Casado y M. Guillén, M. (coords.) con VV.AA., *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.
MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (2008): *Intervenciones corporales ilícitas: Tutela penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (2014): «Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia», *Diario La Ley*, 8445, 19 de diciembre, 1-16.
SÁNCHEZ STEWART, Nielson (2012): *Manual de deontología para abogados*, Madrid: Dikynson.
ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío (2014): «El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales», *Diario La Ley,* 8283, 1267-1277.

Fecha de recepción: 1 de junio de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

VARIA

La práctica del Derecho administrativo. Un comentario crítico de *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, de José María Rodríguez de Santiago
Lorena Ramírez Ludeña

De Roma a Roma. Un ensayo de sistematización de los crímenes de lesa majestad, nación y humanidad (Jesús Pérez Caballero). Granada: Comares, 2017
Jesús García Cívico

Revisión crítica y actualidad de *Tópica y Jurisprudencia* para la investigación jurídica
Francisco Javier Durán García

LA PRÁCTICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Un comentario crítico de *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, de José María Rodríguez de Santiago

Lorena Ramírez Ludeña
Universidad Pompeu Fabra*

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis crítico. 2.1. Cuestiones de «metodología». 2.2. Los hechos en el Derecho administrativo. 2.3. La interpretación del Derecho administrativo. 2.4. El Derecho administrativo y la ponderación. 2.5. La discrecionalidad administrativa. 3. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La teorías del Derecho con más aceptación no solo en España, sino también en países como Italia, Reino Unido, Argentina o Estados Unidos, centran su atención en la actuación de legisladores y los jueces[1]. La actividad de la Administración, así como las posibilidades de ejercer un control sobre ella, quedan relegadas a un segundo plano, si es que se las considera[2]. Parecería que quienes forman

* Agradezco a Josep M. Vilajosana, Diego M. Papayannis y Alberto Carrio sus comentarios a una versión previa de este trabajo. Quiero agradecer especialmente al Observatorio de la Evolución de las Instituciones-Grupo de investigación del Área de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra (OBSEI-UPF) la oportunidad de comentar el trabajo del profesor Rodríguez de Santiago en el seminario que tuvo lugar en la UPF el 16 de marzo de 2017. Y al profesor Rodríguez de Santiago, por sus ideas esclarecedoras y su extraordinaria predisposición al diálogo entre disciplinas.

parte de la Administración no constituyen ni el objeto de estudio ni un auditorio interesante al que dirigirse para los teóricos del Derecho. Sin embargo, creo que esta situación es difícil de justificar. La actuación de la Administración tiene una gran impacto en el Derecho, particularmente en el que afecta a la vida cotidiana de los ciudadanos, y no solo en aquellos ámbitos en que se confiere expresamente a la Administración un gran margen de discreción. Dado que muchos ciudadanos no elevan normalmente sus pretensiones a la justicia ordinaria —por falta de recursos o con base en otras consideraciones—, la respuesta administrativa agota su relación con el Derecho. La imagen que del Derecho tienen quienes forman parte de la Administración adquiere entonces una gran incidencia para los individuos. A mi juicio, ello amerita que la actuación administrativa constituya uno de los focos de atención principales de los teóricos del Derecho. A estos efectos, resulta muy conveniente tender puentes entre la teoría del Derecho y la dogmática administrativista para que la primera no aborde problemas que no son interesantes sin tomar en cuenta las fundamentales aportaciones de la segunda, y para que la segunda se sirva de las herramientas de la teoría del Derecho a efectos de ofrecer mejores respuestas a los diversos problemas. Considero que el libro del profesor José María Rodríguez de Santiago, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, publicado en el año 2016 por la editorial Marcial Pons, constituye una magnífica oportunidad para avanzar en esta dirección[3].

Este excelente libro del profesor Rodríguez de Santiago nos permite aproximarnos a la práctica del Derecho administrativo y contrastar lo que ocurre en otras ramas del Derecho con la dinámica característica del ámbito administrativo no solo en materia de prueba, sino también de interpretación y aplicación del Derecho. En este sentido, se destaca la discreción de la que dispone la Administración en la construcción de la norma de conducta que rige la actividad administrativa, que no solo depende de consideraciones jurídicas. Esta norma contrasta con la norma de control, esta sí jurídica, con la que los tribunales pueden a su vez controlar la actividad de la Administración.

Siguiendo el orden del libro del profesor Rodríguez de Santiago, analizaré lo que en él se expone no solo en lo que respecta a consideraciones metodológicas generales, sino también en lo que hace a la prueba, la interpretación y la ponderación. Me centraré, finalmente, en la asimetría de la discrecionalidad de Administración y jueces. Sobre cada una de las cuestiones anteriores, y con el objetivo de promover un debate provechoso entre la teoría del Derecho y la dogmática administrativista, describiré primero —de modo breve— qué sostiene el autor del libro, plantearé algunas críticas y señalaré de qué modo creo que la filosofía del Derecho puede ayudar a superar dichas críticas.

2. ANÁLISIS CRÍTICO

2.1. CUESTIONES DE «METODOLOGÍA»

Como se señala en la introducción del libro, este tiene por objeto —fundamentalmente— las reglas de racionalidad que tienen que observarse en el proceso de adopción de decisiones dirigidas por el Derecho por parte de la Administración. Y también se ocupa, aunque secundariamente, de la aplicación judicial del Derecho administrativo cuando el juez lleva a cabo su función de controlar la legalidad de la actuación administrativa. En esta medida, el autor señala que el libro versa sobre la metodología *aplicativa* del Derecho administrativo (14)[4].

Según se afirma (11 y ss.), el método es una forma rigurosa de proceder para llegar a un resultado que pueda presentarse como racional y, por lo tanto, como intersubjetivamente controlable; en particular, se señala que la metodología jurídica consiste en el discurso sobre las reglas de racionalidad

con las que debe trabajarse mediante el Derecho para llegar a resultados científicamente aceptables. Por otro lado, se apunta que el planteamiento de la cuestión tiene más una intención normativa (la identificación *ex ante* de esas reglas del trabajo racional para asegurar la calidad del resultado) que descriptiva (la reflexión *ex post* sobre lo que realmente sucede en el ámbito de las profesiones jurídicas). El libro se centra fundamentalmente en la metodología normativa y, en este ámbito, el profesor Rodríguez de Santiago sostiene que en ocasiones «la reflexión sobre lo que racionalmente debería suceder utiliza como punto de partida lo que en realidad sucede, y los resultados a los que se llega en esa reflexión sobre el "deber ser" del trabajo con el Derecho han de superar el contraste con lo que de hecho "puede ser" en la práctica» (11).

Lo primero que cabe observar de tales apelaciones al método y a la metodología es que, si bien pueden estar en alguna medida extendidas en el ámbito administrativo, parecen alejadas no solo del discurso iusfilosófico, sino también del uso generalizado, lo que puede dificultar que se genere un genuino diálogo entre las disciplinas. Así, el autor no traza un distinción entre los términos «método» y «metodología», y señala que la Administración y los jueces emplean un método o una metodología característica en sede administrativa, que es el objeto del trabajo. En cambio, fuera del ámbito administrativo parece más adecuado distinguir entre método y metodología; el primero se usa generalmente de un modo más amplio que el segundo.

Normalmente se emplea el término «método» para hacer referencia a un modo de hacer las cosas, sin que se exija que sea una forma rigurosa de proceder que pueda presentarse como racional. Por ello, la definición ofrecida por el autor parece demasiado exigente —y, de hecho, contraintuitiva—, dado que difícilmente podría hablarse entonces de *malos* métodos. Al mismo tiempo, la definición que el autor ofrece de «metodología» es poco exigente: se podría hablar de metodología en cualquier modo de proceder racional cuando en el uso ordinario y en las teorizaciones sobre metodología parece ligada fundamentalmente a estudios teóricos. De este modo, suele diferenciarse entre método y metodología y suele enfatizarse que la metodología es una toma de postura teórica y epistémica que determina una investigación de tipo científico o marca el rumbo de una exposición doctrinal[5].

Si se toma en cuenta lo anteriormente señalado y su incidencia en el ámbito jurídico, el libro no parece ser un libro de metodología, dado que parece difícil sostener que la Administración y los jueces emplean una metodología. Ahora bien, podría afirmarse que sí adoptan un método y que, por ello, al ser un estudio de ese método, el libro sí versa sobre metodología. Creo, no obstante, que adoptar esa posición resulta contraintuitivo, ya que llevaría a reconocer una cantidad ingente de libros de metodología: cualquier libro que, por ejemplo, versara sobre prueba o interpretación sería un libro de metodología.

Considerando todo lo dicho, y pese al título principal, estimo que este no es un libro que verse centralmente sobre metodología. Es un trabajo sobre las reglas de actuación de unos y otros, pero que adopta una interesante posición metodológica que es importante explicitar, y que, de hecho, se explicita en la introducción y en el primer capítulo: se trata de un estudio normativo que pone el énfasis, para entender el Derecho administrativo, en la construcción de la norma de conducta por la Administración, que en un sentido importante no es controlada por los jueces. En ello difiere del modo de proceder tradicional, que se centra en la aplicación judicial del Derecho. Dicho brevemente, aunque se adoptan interesantes decisiones metodológicas al comienzo del libro, el trabajo no es centralmente de metodología[6].

Finalmente, no parece haber una correlación entre lo normativo y lo *ex ante*, y lo descriptivo y lo *ex post*. En este sentido, los análisis de tipo normativo pueden llevarse a cabo *ex ante*, como señala el autor, y *ex post*, para evaluar lo ocurrido. Y puede hablarse de lo descriptivo tanto para hacer referencia a la descripción de lo ocurrido como a la predicción *ex ante* de lo que va a ocurrir. Ya he señalado

que el autor enfatiza que lo que debe ser conforme a una metodología normativa está con frecuencia condicionado por lo que puede ser. Aunque esto puede inducirnos a pensar en la distinción entre teorías ideales y no ideales de Rawls[7], en realidad creo que apunta a la diferencia existente entre dos sentidos de «normativo»: por un lado, lo normativo como lo que es correcto conforme al sistema normativo existente y, por otro lado, lo normativo como lo que viene dado por la mejor respuesta en términos valorativos o morales[8]. Como veremos al analizar ulteriores capítulos, esta distinción cobrará gran relevancia para tratar de esclarecer cuál es la posición del autor en distintos ámbitos, como por ejemplo el de la interpretación del Derecho administrativo.

2.2. LOS HECHOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El segundo capítulo se ocupa de las reglas racionales de elaboración de los hechos por la Administración. En este ámbito, y a diferencia de lo que ocurre con la prueba de hechos en la esfera penal, el autor enfatiza que nos situamos en un plano metodológico distinto al de la discusión sobre la capacidad del juez de acceder a la verdad sobre un hecho pasado. La actividad administrativa consiste en seleccionar, de entre el potencialmente ilimitado cúmulo de circunstancias con que puede describirse la realidad (hecho bruto), el concreto relato fáctico relevante (hecho neto) que se utilizará para adoptar la decisión administrativa, en la que frecuentemente tienen incidencia hechos complejos en los que intervienen múltiples agentes, así como hechos futuros y conocimientos técnicos y científicos que todavía no están consolidados. En esta medida, en el capítulo segundo se abordan cuestiones muy interesantes como la estrecha relación entre los hechos y las normas (35 y ss.), el estándar probabilístico que en general se adopta en el ámbito administrativo (38 y ss.), el principio de investigación de oficio (43 y ss.) o la cuestión de a quién perjudica que no se alcance el grado de certidumbre (45 y ss.).

Me centraré aquí en el análisis de un punto específico del capítulo que me parece particularmente problemático, ligado al estándar probabilístico característico del Derecho administrativo. En el texto se afirma que, con carácter general, el estándar probabilístico del Derecho administrativo exige simplemente que los hechos sean más probables que improbables, a diferencia del Derecho penal, en el que se exige que sean probables más allá de toda duda razonable. Las diferencias en las dinámicas probatorias en los distintos ámbitos jurídicos han llevado a discutir si los mismos hechos pueden existir y dejar de existir a efectos de la aplicación de diferentes normas. Contra lo que suele sostenerse, el autor señala que unos mismos hechos sí pueden existir y dejar de existir para la aplicación de normas distintas, especialmente si las reglas relativas a los grados de certidumbre exigidos al relato fáctico son distintas en uno y en otro (49 y ss.). Como ejemplos de lo anterior señala el estándar de prueba diferente para adoptar la decisión relativa a la prisión preventiva y el relativo al castigo efectivo. El profesor Rodríguez de Santiago sostiene que, desde la perspectiva de la sociología jurídica, no está claro que exista un consenso social sobre la disposición de la sociedad a asumir el riesgo de que, mientras se tramita el proceso, quien parece ser más culpable que inocente deba estar en libertad. El estándar de la presunción de inocencia puede, sin que exista anomalía alguna, obligar a declarar inocente al sujeto con respecto al cual se acordó correctamente una prisión preventiva porque para adoptar esa medida cautelar posiblemente no sea exigible el mismo grado de certidumbre que para condenar.

En segundo lugar, se refiere críticamente a la regulación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que vincula a la Administración sancionadora al relato fáctico declarado probado por resoluciones penales firmes. El autor sostiene que el hecho de que el órgano penal tenga que

pronunciarse antes que el administrativo no tiene que implicar que el segundo esté vinculado por el relato fáctico del primero.

Creo que los dos ejemplos anteriores pueden cuestionarse. El primero no constituye un ejemplo de que *los mismos hechos* son declarados existentes antes e inexistentes después. Una vez se constata la apariencia de buen Derecho, lo determinante a efectos de decretar la prisión preventiva es que se prueben (el estándar en este punto puede ser distinto que el de «más allá de toda duda razonable») *hechos distintos* de la propia culpabilidad del sujeto, como por ejemplo si hay riesgo de entorpecimiento de la investigación o riesgo de fuga. En esta medida, los hechos que se entienden probados son diferentes a los que después se prueban en el marco del procedimiento penal, por lo que difícilmente puede afirmarse que primero se considera probada la culpabilidad con un estándar menos exigente y luego se constata la inocencia con un estándar más exigente. De hecho, si fuera ese el caso, se estarían vulnerando garantías fundamentales del proceso penal prejuzgándose la inocencia del sujeto con un estándar poco exigente.

Porque pone claramente de manifiesto la existencia de dos estándares de prueba diferentes, es más interesante el segundo caso planteado por el autor, en el que en el ámbito penal se resuelve de un modo y en el ámbito administrativo sancionador debe asumirse —conforme a la normativa actual— la misma solución. Para el autor, precisamente, dado que rigen dos estándares de prueba diferentes, esto puede criticarse. Creo que existen desarrollos en filosofía del Derecho que nos permiten reconstruir de un modo más adecuado lo que ocurre y, en última instancia, entender por qué, contra lo que sostiene el autor, deben tomarse como probados los mismos hechos que han quedado probados en sede penal. En el ámbito penal, la sentencia que absuelve o condena al individuo puede ser interpretada de tres modos diferentes: se declara que el individuo es inocente, se declara que no ha quedado probado que es culpable, o que ha quedado probado que es culpable. Entonces, si con un estándar más exigente se declara probado que el individuo es inocente, o que es culpable, tiene pleno sentido que en sede de Derecho administrativo sancionador, en el que el estándar es menos exigente, se tomen como probados esos mismos hechos: si han quedado probados con un estándar mucho más exigente, ¿cómo no van a quedar probados con el estándar característico del Derecho administrativo? También puede ocurrir que en sede penal solo se declare no probada la culpabilidad, con lo que se absuelve al individuo, que después puede ser castigado en sede administrativa con un estándar menos exigente. No obstante, en este caso los hechos que se han declarado probados son distintos, y no existe una genuina contradicción: si en sede penal se afirma que no se ha probado la culpabilidad según el estándar «más allá de toda duda razonable», en sede administrativa se afirma que la hipótesis según la cual el individuo ha realizado los hechos que se le imputan es más probable que improbable. En todo caso, creo que la caracterización más adecuada de lo que ocurre no es que se está sosteniendo que el mismo hecho existe y no existe al mismo tiempo[9].

2.3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el tercer capítulo del volumen (57 y ss.) el autor señala que hay diferencias notables entre las reglas metodológicas que rigen la interpretación de la norma por los jueces civiles, por ejemplo, y la forma de proceder llamada «construcción de la norma de conducta aplicable» por la Administración, que debe adoptar una decisión dirigida por el Derecho. Si en el ámbito civil contamos con instrumentos para interpretar los textos jurídicos, ello resulta insuficiente para explicar la construcción de la norma aplicable en sede administrativa, en la que generalmente hay una consciente entrega a la Administración de un poder discrecional y existe una gran acumulación de normas de rango diverso que se presentan como una cascada de reglas de naturaleza variada de concreción

creciente en sentido descendiente. Con frecuencia, la norma que debe ser completada contiene solo directivas procedimentales y organizativas relativas a quién debe elaborar los criterios adicionales y cómo debe hacerlo, y no es extraño que todo termine concretándose a partir de materiales jurídicos que constituyen *soft law*.

Tras hacer referencia a la compleja interrelación entre los hechos y la construcción de la regla de conducta (63 y ss.), el autor señala que la construcción ha de realizarse en el espacio que permiten los límites que fija el marco semántico de la norma jurídica: lo creativo no puede suponer desvinculación de los límites que fija el Derecho positivo, que derivan, en último término, del poder comprometedor de la palabra y del lenguaje del que se vale la norma jurídica escrita (66).

El autor se refiere primero a la construcción de la norma con los criterios tradicionales de la interpretación jurídica, con un análisis exhaustivo, interesante y rico en ejemplos (70 y ss.)[10]. A continuación analiza con la misma profundidad los criterios adicionales para la construcción de la norma de conducta en el marco de una metodología específicamente jurídico administrativa (110 y ss.)[11]. Una cuestión central que se plantea el autor es la de si hay reglas de precedencia entre los diversos instrumentos, jurídicos y de oportunidad, cuestión a la que se refiere al final del capítulo (124 y ss.). Entre los criterios jurídicos (que, según el autor, prevalecen sobre los de oportunidad) destaca la precedencia de la interpretación teleológica-objetiva. Según Rodríguez de Santiago, descubrir lo que la norma quiere decir es el fin de la tarea hermenéutica; otras formas a las que se recurre para completar el margen de indeterminación del texto no son más que instrumentos al servicio del objetivo de determinar cuál es la intención regulativa del precepto de que se trata (98).

Pese a lo destacable del análisis anterior para aproximarse a la compleja cuestión de la construcción de la norma de conducta por parte de la Administración, considero que, de la lectura del texto, no resulta clara cuál es la relación que según el autor existe entre el criterio teleológico y las palabras de la normativa. Ya hemos visto que confiere precedencia al criterio teleológico, pero al mismo tiempo defiende que las palabras operan como límite. Para ilustrar el problema que quiero señalar, me serviré de un ejemplo que emplea el autor, relativo a la evaluación de los sexenios de los profesores universitarios (65). La normativa señala que la Administración podrá servirse de evaluadores distintos a los del Comité cuando no haya en este expertos del área de conocimiento del solicitante. De acuerdo con el profesor Rodríguez de Santiago, el precepto puede ser entendido en el sentido de que impone una obligación si tenemos en cuenta que el Estado no puede interferir en el desarrollo de la ciencia según la libertad científica prevista en la Constitución. Pero, atendiendo a consideraciones de eficiencia, puede sostenerse que solo resulta conveniente añadir el informe de un especialista externo en ciertos casos en que haya mucha distancia entre las disciplinas del evaluado y de los miembros del Comité. Tras hacer un balance entre libertad de investigación científica y eficiencia, el autor considera preferible la primera interpretación. Pero entonces, ¿en qué medida podemos afirmar que el lenguaje establece un límite? «Podrá» no significa «deberá» en ninguna de sus acepciones. De acuerdo con lo señalado, y conforme al énfasis que el autor pone en el criterio teleológico, hay que ponderar los distintos fines que puede haber detrás de la norma. No obstante, si este es el caso, en esta construcción la letra de la normativa no parece constituir un límite infranqueable[12].

Otro aspecto problemático de la reconstrucción del autor está relacionado con la cuestión metodológica a la que me referí al comienzo de este trabajo. A lo largo del capítulo, en ocasiones el autor hace referencia a consideraciones de tipo descriptivo (cómo operan en la práctica ciertos instrumentos interpretativos): a veces se refiere, por ejemplo, a consideraciones democráticas o de previsibilidad, con lo que su análisis parece ser normativo en el sentido de que invoca valores morales; en otras ocasiones, Rodríguez de Santiago parece apuntar a qué respuesta es la correcta dadas las normas existentes, pese a que estas puedan conducir a soluciones moralmente incorrectas. En

definitiva, no termina de quedar claro qué tipo de análisis lleva a cabo el autor. Esto puede también apreciarse al final de capítulo, donde señala que, cuando hay conflicto entre criterios, hay que conformarse con una modesta regla que remite a la posibilidad de control intersubjetivo: es defendible aquella solución con respecto a la que no se puede demostrar, con otros argumentos convincentes y con carácter general, que una solución alternativa sea mejor que aquella. Pero, ¿«mejor» en qué sentido? ¿Este criterio para definir lo que es mejor se desprende de lo que ocurre en la práctica o de un juicio de corrección moral?

Pese a que, a lo largo del capítulo, el autor parece mostrarse contrario al realismo interpretativo, creo que su posición puede ser esclarecida y ganar en solidez si se la aproxima a lo que sostienen realistas sofisticados como Riccardo Guastini[13]. Guastini hace referencia a la existencia de un marco de interpretaciones posibles que vienen dadas por la existencia de instrumentos interpretativos y elaboraciones dogmáticas, un marco fuera del cual el juez crea Derecho en lugar de interpretarlo. De este modo, siguiendo a Guastini, el profesor Rodríguez de Santiago podría preservar la relevancia de los distintos instrumentos al tiempo que sostiene que no todo tiene cabida en el ámbito interpretativo. A la tesis anterior, el autor añade a lo largo del capítulo otras tesis que no me parecen incompatibles con las de Guastini porque se hallan en un plano diferente de análisis o porque son perfectamente coherentes con su posición. Así, el profesor Rodríguez de Santiago introduce una tesis normativa sobre el instrumento que le parece mejor: el teleológico. Por otro lado, una cuestión diferente del reconocimiento del marco de posibilidades interpretativas es si el juez toma la decisión y luego la justifica (algo a lo que se opone el autor) o a la inversa (operando los criterios adicionales para completar la norma como genuinos criterios)[14]. Y asunto todavía distinto es la necesidad de motivar a la que se refiere el profesor Rodríguez de Santiago: el realista podría entender que toma la decisión sobre los casos y luego la justifica, reconociendo la relevancia de la motivación.

Antes de pasar al siguiente capítulo, quiero referirme a un ejemplo que me parece particularmente problemático, pero del que el autor se sirve en diversas ocasiones para mostrar la dinámica característica del Derecho administrativo. Se trata de las acreditaciones del profesorado para ser contratado doctor, con respecto a los cuales la ley solo establece que se otorga una evaluación positiva a quienes aporten méritos docentes e investigadores que cumplan con estándares de calidad suficientes (59 y ss.). Señala el profesor Rodríguez de Santiago que los criterios adicionales que la Administración debe configurar haciendo uso de la discrecionalidad que se le confiere se integran directamente en la norma de conducta que dirige la actividad de la Administración, pero solo indirectamente en la norma de control judicial que se utilizará en un eventual proceso contencioso administrativo en el que se impugne, por ejemplo, la denegación de una acreditación. El incumplimiento en una determinada resolución administrativa de uno de los criterios que ha terminado concretando la ANECA no determina por sí solo la invalidez de la resolución, aunque sí indirectamente si se invoca la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley o de interdicción de la arbitrariedad si la Administración no justifica bien por qué el caso no fue tratado conforme a los criterios generalmente utilizados[15]. Sin embargo, creo que puede reconocerse la discrecionalidad de la Administración a efectos de concretar los criterios —en este caso, con la intervención de expertos—, concreción que puede llevar a cabo de distintos modos, al mismo tiempo que se sostiene que, una vez se ha optado por unos criterios —que además son públicos, preservan la seguridad y la igualdad y no parecen suponer un problema en términos de democracia—, los jueces pueden controlar la efectiva aplicación de ellos. Es decir, no es que los jueces tengan que controlar si los criterios adicionales de que se dota la Administración son adecuados, algo que queda en manos de la propia Administración, pero sí su efectiva aplicación una vez que la Administración se ha dotado de ellos. En esta medida, creo que lo más adecuado es sostener que la norma de conducta de la que se dota la Administración sí termina integrando la norma de control por parte de los jueces. Dicho

brevemente: si, como señala el autor al comienzo de su trabajo, estamos en el plano normativo, relativo a cómo deben ser las cosas, creo que lo mejor es reconocer discrecionalidad a la Administración en la configuración de la norma, pero no en su aplicación ulterior. Por lo menos, creo que hace falta un argumento adicional para pasar de sostener que la Administración tiene discreción —y puede dotarse de diferentes criterios— a defender que la aplicación de esos criterios, una vez concretados, no puede ser controlada.

2.4. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA PONDERACIÓN

En lo que respecta al momento mismo de la decisión, el profesor Rodríguez de Santiago sostiene que hay que distinguir entre la dirección de la actividad administrativa a través de programas condicionales —a los que se venía refiriendo en el anterior capítulo, en el que en última instancia se subsume el caso en la norma de conducta—, y a través de programas finales, es decir, de mandatos de optimización que imponen una estructura argumentativa decisoria específica: la ponderación. Pese a la distinción, el autor señala que ambos no se excluyen necesariamente. Ello es así, por ejemplo, cuando en los programas condicionales se recurre a términos con una indeterminación tal que es necesaria la ponderación para su precisión (131 y 132); o, como señala el autor, cuando el paso previo de toda ponderación es constatar que, en el caso examinado, resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna, con lo que se necesita subsumir en el sentido de constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de dos principios que son relevantes para resolver el caso (135 y 136).

En cuanto a las decisiones de la Administración programadas en términos finalistas y a la ponderación, se enfatiza (134 y ss.) la exigencia de adoptar la decisión sobre planificación después de identificar los intereses en juego, de atribuirles la importancia que les corresponde y de establecer prevalencias entre ellos para la más correcta satisfacción de metas o fines. Esta es, según el profesor Rodríguez de Santiago, una forma de imponer racionalidad en el ejercicio de la libertad conformadora y, al mismo tiempo, la vía más adecuada que la hace compatible con el control de dicha actividad administrativa y la protección jurídica del ciudadano. Siguiendo a Alexy, el autor señala que en la tercera fase de la ponderación hay que cumplir con la ley de ponderación (el perjuicio a un principio está justificado por la importancia de dar cumplimiento al otro principio); y que del resultado de la ponderación puede obtenerse una regla de prevalencia condicionada que expresa las condiciones bajo las cuales un principio prevalece sobre el otro y puede ser aplicable a eventuales casos futuros que se planteen en los mismo términos (138).

En la última parte del capítulo, el autor defiende la utilización de los instrumentos del análisis económico del Derecho a efectos de llevar a cabo la ponderación y poder controlarla (139 y ss.): donde resulta imposible atender ilimitada y simultáneamente las exigencias de todos los mandatos de optimización en conflicto, la decisión ponderada es aquella que, tras el análisis de los costes y beneficios que para los principios en pugna se derivan de las soluciones alternativas, encuentra justamente la que presenta un mejor balance. Lo relevante es, sobre todo, la posibilidad que entonces se ofrece de utilizar en ese procedimiento decisorio las herramientas con las que ha trabajado tradicionalmente la economía: las matemáticas y los métodos empíricos de la obtención de datos o información a través de la observación y la experimentación (140).

Considero que las anteriores referencias al análisis económico del Derecho son cuestionables. Así, creo que, aunque las consideraciones de eficiencia son y deben ser importantes en la actuación administrativa, la relevancia que les confiere el autor es excesiva. Además, y poniendo esto en conexión con lo anteriormente señalado a propósito del capítulo relativo a la interpretación, si la

preeminencia del criterio teleológico nos lleva a ponderar diferentes fines en todo caso, y entonces entra en juego el análisis económico, este cobra siempre un papel central en la aplicación del Derecho administrativo. Además de parecerme cuestionable desde el punto de vista de lo que debe ser, considero que esta tesis adolece de problemas de coherencia con el énfasis que el autor pone en los instrumentos interpretativos jurídicos frente a las consideraciones de oportunidad.

Por otro lado, aunque el profesor Rodríguez de Santiago se refiere con frecuencia a los principios como mandatos de optimización, también apunta a otros modos de diferenciarlos de las reglas; por ejemplo, cuando destaca que son normas sin estructura condicional. En la literatura iusfilosófica se hace referencia a distintos criterios para diferenciar reglas y principios, todos ellos problemáticos[16]:

1) Según el nivel de abstracción, generalidad o vaguedad de la norma. Pero establecer de este modo la diferencia conduciría a que la diferencia entre reglas y principios fuera solo gradual.

2) Según el grado de importancia. No obstante, este criterio conduce a que la diferencia sea solo gradual.

3) Según el carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación: se afirma que si en las reglas hay condiciones que deben darse para aplicar la norma, en los principios se ofrecen solo razones *prima facie* a favor de una determinada solución. Sin embargo, este modo de clasificar reglas y principios también plantea problemas, dado que hay reglas con condiciones de aplicación abiertas y que pueden ser derrotadas. Y, como se admite que un principio puede constituir una excepción a una regla, y los principios, por definición, tienen sus condiciones de aplicación abiertas, entonces también puede afirmarse que las reglas tienen las condiciones de aplicación abiertas.

4) Como normas categóricas o hipotéticas, en función de si sus condiciones de aplicación derivan exclusivamente del contenido de la prescripción o si incluyen alguna otra condición adicional. Aquí sí habría una diferencia de categoría, pero entonces habría que enfrentar el problema de que hay principios que tienen estructura de regla hipotética, como el de inviolabilidad del domicilio.

5) Como mandatos de optimización. Así, mientras que las reglas serían normas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas, los principios son susceptibles de una aplicación o cumplimiento gradual. Esta distinción parece funcionar bien con directrices que exigen ser concretadas en medidas legislativas específicas y pueden ser satisfechas en distinto grado. Sin embargo, no parece dar cuenta de los derechos fundamentales, en los que la consecuencia es totalmente específica porque si un comportamiento concreto atenta contra el derecho, ese comportamiento —por ejemplo, con respecto al honor y la intimidad— no es aceptado.

Obviamente, si todos los criterios plantean ciertos problemas, no puede exigirse que el autor nos provea de una solución carente de ellos. No obstante, sí considero que sería conveniente una mayor explicitación de la opción escogida, así como una justificación de la elección.

2.5. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Como él mismo enfatiza, en el último capítulo Rodríguez de Santiago hace un esfuerzo de construcción sistemática para integrar la teoría de la ponderación en una teoría general de la discrecionalidad administrativa. De nuevo, resulta crucial a efectos de entender su postura la diferencia entre norma de conducta adoptada por la Administración y de control judicial.

La discrecionalidad administrativa consiste en la facultad atribuida por la norma a la Administración para que complete o integre (conforme a criterios o parámetros decididos o encontrados por ella misma) el supuesto de hecho normativo imperfecto o, en el caso extremo, de crear un supuesto

de hecho normativo inexistente (también conforme a esos criterios) determinante de la aplicación en cada caso de una consecuencia jurídica prevista normativamente. Esto es así tanto cuando, en el supuesto de hecho de la norma que debe aplicar la Administración, esta utiliza conceptos normativos indeterminados como cuando la norma confiere a la Administración discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica, y también en los casos que se han denominado de discrecionalidad planificadora, en los que la actuación administrativa está dirigida por programas finales y no por normas condicionales.

El profesor Rodríguez de Santiago señala que no hay discrecionalidad en la actuación reglada, ya que en estos casos la actuación administrativa está completamente programada por la norma y, por eso, el control del órgano judicial puede ser positivo (170 y ss.). En otros casos, en cambio, se otorga a la Administración discrecionalidad derivada de la utilización de conceptos normativos indeterminados o de discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica. En el caso de la discrecionalidad planificadora, se adoptan decisiones a través de juicios de ponderación entre los mandatos de optimización que dirigen su actividad de forma finalista. La regla de prevalencia condicionada en la que se expresan los requisitos para que prevalezca un principio sobre otro constituye el supuesto de hecho al que se vincula una consecuencia jurídica adecuada al principio que se ha considerado prevalente. En el supuesto de decisiones planificadoras que tienen meramente carácter aplicativo o ejecutivo, la consecuencia jurídica está ya completamente creada por la legislación. Pero en el caso de decisiones de carácter normativo, la consecuencia jurídica es también creada por la Administración en el marco de las consecuencias jurídicas solo genéricamente programadas por la legislación (172 y ss.).

En Derecho administrativo quien toma la primera decisión —conforme a sus propias normas de procedimiento y sus estructuras organizativas, con sus propios canales de obtención de legitimidad democrática y en una situación habitual no de independencia, sino de dirección por el Gobierno, etc.— es el órgano administrativo. El órgano judicial, generalmente a *posteriori*, solo controla conforme a criterios estrictamente jurídicos la actuación administrativa cuando esta se impugna. En este ámbito, el profesor Rodríguez de Santiago enfatiza la diferencia que existe entre la adopción de una decisión y el control de la legalidad de esa decisión (184 y ss.). Así, el órgano judicial *nunca* aplica las normas de conducta dirigidas a la Administración como si él fuera la Administración. Ni siquiera en el caso de que una norma de conducta programe de forma completa materialmente una decisión administrativa (actuación reglada de la Administración) se puede decir que el órgano judicial controla la legalidad de la decisión administrativa adoptando él mismo la decisión y anulando la decisión administrativa si no es igual que la suya. La Administración aplica las normas de conducta directamente; en cambio, los órganos judiciales las aplican indirectamente, en el sentido de que la norma de control siempre impone al órgano judicial realizar un juicio de contraste entre la decisión adoptada por la Administración y la norma de conducta de la que esa decisión es aplicación. Por tanto, la aplicación de la norma de conducta por parte del órgano judicial es siempre indirecta, a través de ese juicio de contraste.

En todo caso, la asimetría entre la norma de conducta y la norma de control se pone claramente de manifiesto en el caso de decisiones discrecionales y, por tanto, de control judicial (generalmente) negativo. En este sentido, el juez puede eliminar la decisión contraria a Derecho, pero no decidir qué es conforme a Derecho. En principio, la norma de conducta ya completada con los criterios adicionales determinados por la Administración se dirige a la obtención de una decisión óptima. Y la norma de control solo permite al órgano judicial eliminar la decisión cuando esta no cumple con un mínimo. Así, Rodríguez de Santiago señala que actualmente la norma de control más habitual es algo similar a «si la decisión administrativa x puede calificarse de inaceptable (por inmotivada

o irracional en el sentido del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE) como aplicación de la norma A (supuesto de hecho de la norma de control), debe declararse su invalidez (consecuencia jurídica)». El control, en este caso, es negativo: el juez no cuenta con parámetros para imponer a la Administración una concreta decisión como la exigida por el Derecho. Excepcionalmente, sin embargo, puede ocurrir que, a partir de la aplicación de los propios criterios que la Administración ha ido explicitando a lo largo del procedimiento (y de los que queda constancia en el expediente) y de su interacción con las circunstancias fácticas del caso, el margen de discrecionalidad de la Administración se cierre (reducción de la discrecionalidad a cero), de forma que solo una de las decisiones posibles sea aceptable. En estos supuestos, el órgano judicial sí puede imponer esa única solución aceptable a la Administración sin vulnerar la prohibición dirigida al órgano judicial de determinar el contenido discrecional de los actos anulados (sobre todas estas cuestiones, *vid*. 165 y ss.).

A juicio del autor, el control debería ser mayor, utilizando un específico método de control de la ponderación. En los supuestos de discrecionalidad planificadora-aplicativa, debería usarse una norma de control que quede formulada conforme a la regla: «si la decisión a no es ponderada como aplicación de los principios A y B se declara invalidez». Y, para la discrecionalidad planificadora-normativa, la regla: «si la norma N no es ponderada como desarrollo de los principios A y B, se declara la invalidez». El autor describe el paso del control de la arbitrariedad en el resultado de la decisión (situación 1) al control de la arbitrariedad como simple ausencia de motivación (situación 2), y el progresivo avance hacia el control de la ponderación de la decisión (situación 3). Estamos transitando (y, según el autor del libro, es bueno que así sea) de la situación 1 a la 2, con una tendencia hacia la 3. Paso a describir estas situaciones con mayor detenimiento, siguiendo lo señalado por el profesor Rodríguez de Santiago (184 y ss.).

En la situación 1, la carga argumentativa y probatoria de la arbitrariedad recae sobre el recurrente; la irracionalidad o arbitrariedad sobre la que el recurrente ha de argumentar es la que se refiere al resultado de la decisión sobre el planeamiento

Como el debate se centra en la arbitrariedad o irracionalidad del resultado, se dispensa *de facto* a la Administración de explicitar a lo largo del procedimiento los criterios que justifican las decisiones urbanísticas planificadoras y se hace irrelevante la circunstancia de que en el expediente no se encuentre la motivación de esas decisiones; en sus alegaciones en el proceso impugnatorio, se permite a la Administración justificar *ex post* la razonabilidad de decisiones cuya motivación no se encuentra en el procedimiento administrativo; y se acepta que el órgano judicial pueda suplir a la Administración en su función de argumentar que una determinada decisión no es irracional o es racional, de forma tal que el juez reconstruye la motivación originariamente inexistente en el expediente administrativo.

En la situación 2 no recae sobre el recurrente la carga de la argumentación y la prueba de la arbitrariedad de la decisión, sino que es la propia Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme a criterios que se encuentran en el expediente. Si no consta expresamente que, a lo largo del procedimiento, la decisión administrativa se ha ido concretando conforme a razones y criterios convincentes, esta simple circunstancia es suficiente para que la decisión se declare inválida y se devuelva a la Administración. Y no es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso una motivación con la que no se trabajó en el expediente ni corresponde al órgano judicial reconstruir la decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedimiento.

Actualmente, estamos orientándonos (y es bueno que así sea) hacia la situación 3, en la que hay una mayor simetría entre la norma de conducta y de control. Lo que examina el juez no es, en general, si consta en la decisión justificación de los criterios con los que la Administración ha integrado

el supuesto de hecho normativo incompleto, sino, más específicamente, si el supuesto de hecho ha sido creado a través de un juicio de ponderación convincente que vincula al caso (o crea, también, para él) la consecuencia jurídica más adecuada al principio prevalente. Según el Rodríguez de Santiago, no cabe duda de que un control de este tipo es de legalidad, no de oportunidad. Lo que se controla es que los principios con los que se dirige la actividad de la Administración no retrocedan y se desplacen más de lo que quede justificado por un adecuado juicio de ponderación con principios contrapuestos. Si no se admitiera que este control es de carácter jurídico, habría que aceptar que los altos tribunales que actualmente se sirven de la ponderación para controlar la actividad pública hasta del legislador están utilizando criterios políticos en el ejercicio de sus funciones de control.

Creo que, a efectos de clarificar lo que plantea el autor y hacer un análisis crítico, es importante diferenciar, siguiendo a Dworkin[17], tres sentidos de discreción, dos débiles (uno según el cual se exige discernimiento y otro según el cual es una decisión final, no controlable) y uno fuerte (la ausencia de respuesta correcta). Tomando en consideración estos diferentes sentidos de «discreción», y aunque parece claro que el autor considera que en general la Administración tiene discreción en el primer sentido débil —dado que su actuación es muy compleja y en ningún caso mecánica—, no resulta tan claro qué apunta con respecto a los otros sentidos. Con respecto al segundo sentido débil, sí parece señalar —aunque a veces de un modo un tanto dubitativo— que, como cuestión descriptiva, hay un mayor control de la actuación de la Administración y que es bueno que así sea. En cambio, con respecto a la discreción en sentido fuerte, no queda claro si el autor sostiene que hay un único modo de ponderar adecuado —y, en este sentido, la Administración no tiene discreción en sentido fuerte— ni qué elementos (jurídicos y de oportunidad) serían determinantes a efectos de identificar esa respuesta correcta. En este punto, cobran de nuevo importancia las distinciones a las que me referí al comienzo de este trabajo entre el plano descriptivo y los dos planos normativos que diferencié, ya que podrían ayudar a precisar la postura del autor con respecto a la discrecionalidad judicial en el ámbito administrativo.

3. CONCLUSIONES

El libro del profesor Rodríguez de Santiago constituye un instrumento excepcional para adentrarse en la práctica del Derecho administrativo. En él se muestra con gran claridad y agudeza qué tiene de peculiar la dinámica administrativa tanto por lo que respecta a los hechos como a la interpretación y ponderación y, finalmente, a la discrecionalidad administrativa. Por ello, las objeciones expuestas en este trabajo deben ser leídas como consideraciones menores sobre algunos puntos en los que creo que la filosofía del Derecho puede ser útil para clarificar los argumentos el libro. En esta medida, mis comentarios son solo una muestra de lo sugerente que su lectura resulta para un filósofo del Derecho. En todo caso, lo que he señalado no pone en cuestión la trascendencia del análisis llevado a cabo en el libro, que es sin duda una pieza clave para la progresiva aproximación entre la dogmática administrativista y la teoría del Derecho.

NOTAS

1. Por poner solo algunos ejemplos, *vid.* Dworkin (1986); Guastini (2012); o Hart ([2]1994).

2. A esto mismo apunta Vermeule (2016) en su crítica a concepciones como la de Dworkin.

3. Rodríguez de Santiago (2016). A lo largo de este trabajo, las referencias al libro objeto de análisis aparecerán entre paréntesis en el texto principal.

4. De acuerdo con el autor, esta es diferenciable de la académica y la dogmática, de las que no se ocupa el libro (14).

5. Señala por ejemplo, la RAE que el método es un modo de decir o hacer con orden, o un modo de obrar o proceder, hábito o costumbre que cada uno tiene y observa (primera y segunda acepciones). En cambio, la metodología es la ciencia del método, o el conjunto de métodos que se siguen en una investigación científica o en una exposición doctrinal (primera y segunda acepciones).

6. Como se expone en los sucesivos capítulos del libro, esta metodología típicamente administrativa tiene repercusiones relativas a cuestiones de prueba de los hechos, a la interpretación y a la decisión. Es importante advertir que en el primer capítulo se analizan una serie de binomios instrumentales, de gran utilidad en el análisis posterior: a) norma de conducta y norma de control; b) dirección de la actividad administrativa a través de programas condicionales y a través de programas finales; y c) dirección de la actividad administrativa a través de programas materiales y a través de la organización y el procedimiento. Sobre las cuestiones relacionadas con el método y la metodología, *vid.* Cabanchik (2010).

7. Rawls (1971: 9 y 245).

8. La distinción anterior no supone obviar que hay posiciones que, como la de Dworkin, vinculan ambos sentidos de «normativo». *Vid.*, en este punto, Dworkin (1986).

9. A estos efectos, resultan particularmente esclarecedoras las apreciaciones de Ferrer Beltrán (2005) y su distinción entre probado que p, probado que no p, y no probado que p, y de Larry Laudan (2009) y su diferenciación entre ser declarado inocente y no culpable.

10. Aunque no me detendré en esta cuestión, el profesor Rodríguez de Santiago distingue: a) El art. 3.1. C.C. como mandato dirigido a la Administración; b) La construcción de la norma empieza por su texto; c) La interpretación sistemática y los mandatos de interpretación conforme con normas dotadas de supremacía jerárquica o primacía aplicativa; d) La interpretación de la ley (y el reglamento) conforme a la Constitución; e) La interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión Europea; f) La interpretación del Derecho interno conforme al Derecho internacional y la interpretación del Derecho internacional; g) La interpretación en relación con los antecedentes históricos y legislativos; h) La interpretación en relación con la realidad social del momento; i) El fin de la interpretación: el espíritu y finalidad de las leyes; j) Criterios específicos para la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales; y k) El precedente (70 y ss.).

11. En este punto diferencia: a) La genérica referencia a «criterios de oportunidad» (como contrapunto de los de «legalidad») para construir la norma de conducta administrativa ya no es suficientemente expresiva; b) El *soft law* como conjunto de criterios de actuación que se integran directamente en la norma de conducta y solo indirectamente en la norma de control; c) Los criterios de la *lex artis*; y d) Los criterios de la eficacia y la eficiencia (110 y ss.).

12. Para una crítica a la apelación a las razones subyacentes a las normas, *vid.* Schauer (1993). Por otro lado, y como se verá, el autor contrasta la interpretación con la ponderación, en la que se centra en el próximo capítulo. Sin embargo, si la interpretación consiste en ponderar los diversos fines en juego, no se ve en qué medida son dos actividades cualitativamente diferentes.

13. *Vid.*, por ejemplo, Guastini (2012).

14. Un aspecto en el que no me detendré, aunque me parece problemático, es si su posición en este punto es compatible con lo que señala sobre la interrelación entre hechos y Derecho en la construcción de la norma de conducta, ya que aquí parece asumir una clara diferenciación entre los dos ámbitos.

15. El caso muestra, además, que en el ámbito del Derecho administrativo la norma que tiene que ser completada contiene a veces directivas procedimentales y organizativas relativas a quién y cómo debe elaborarlos criterios adicionales para la construcción de la regla aplicable (62).

16. Por ejemplo, Martínez (2010: cap. 4).

17. Dworkin (1989: 83 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

CABANCHIK, Samuel Manuel (2010): «La cuestión del método en filosofía», en Ó. Nudler (ed.), *Filosofía de la filosofía*, Madrid: Trotta, 255-281.
DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel.
— (1986): *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing.
FERRER BELTRÁN, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
GUASTINI, Riccardo (2012): «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones*, 27-57.
HART, Herbert L. A. ([2]1994): *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
LAUDAN, Larry (2009): *Need verdicts come in pairs?*, SSRN.
MARTÍNEZ, David (2010): *Metodología jurídica y argumentación*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
RODRÍGUEZ de SANTIAGO, José María (2015): *Metodología del Derecho administrativo*, Barcelona-Madrid: Marcial Pons.
SCHAUER, Frederick (1993): *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon Press.
VERMEULE, Adrian (2016): *Law's Abnegation*, Cambridge: Harvard University Press.

Fecha de recepción: 9 de noviembre de 2017
Fecha de aceptación: 13 de noviembre de 2017

De Roma a Roma. Un ensayo de sistematización de los crímenes de lesa majestad, nación y humanidad (Jesús Pérez Caballero). Granada: Comares, 2017, 120 pp.

Jesús García Cívico
Profesor titular de Filosofía del Derecho
Universitat Jaume I de Castellón

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI), adoptado en 1998 y en vigor desde el año 2002, definió como «crimen de lesa humanidad» una serie de actos cometidos en forma de ataques generalizados o sistemáticos contra población civil: entre otros, el exterminio, la desaparición forzada, la esclavitud, la tortura, el *apartheid* y una extensa nómina de «actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

La persistencia de este tipo de actos terribles como parte de esa «conciencia afónica de la historia» de la que hablara el gran escritor y atónito paseante W. G. Sebald es tal que, por referirnos solo a algunas de las noticias que leemos en las fechas en las que terminamos esta reseña de *De Roma a Roma. Un ensayo de sistematización de los crímenes de lesa majestad, nación y humanidad* (Comares, 2017), libro de Jesús Pérez Caballero, nos siguen llegando datos aterradores tanto de la guerra de Siria como de la dramática situación de los refugiados ante las inaccesibles puertas de la Unión Europea, y cifras espeluznantes del conflicto entre las fuerzas armadas y el grupo Boko Haram (una crisis humanitaria que afecta a más de 14 millones de personas). Una comisión de la ONU informaba de la comisión de crímenes de lesa humanidad en Burundi (centenares de ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, tortura, violencia sexual, etc.) desde abril de 2015 y solicitaba a la Corte Penal Internacional la apertura de una investigación. Si el siglo XX se caracterizó por la comisión de una serie de crímenes de masas que, por su desmesura (cuantitativa y cualitativa), eran refractarios tanto al enjuiciamiento en clave individual como a la comprensión de esa forma de mal que Hannah Arendt situó más allá de las pasiones humanas, nada indica que el siglo XXI vaya a suponer la interrupción definitiva de la secuencia de masacres en la historia de la humanidad.

Pero el libro que nos ocupa —un excelente y enormemente sugerente esfuerzo de integración de perspectivas propias de la filosofía jurídica y política, el Derecho internacional, la antropología cultural y la historia de las ideas— va más allá de la dogmática y de las calificaciones iuspositivas

del delito de «lesa humanidad» e indaga en el material ontológico (y metafísico) y en el significado último de lo que el autor engloba bajo el rótulo de «crímenes de lesa». Jesús Pérez Caballero (Gandía, 1981) es doctor en Seguridad Internacional por el Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de la UNED (Madrid), licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia y en Periodismo por la Universidad Carlos III de Madrid, reside en Guadalajara (Jalisco, México), donde es investigador independiente sobre temas de crimen organizado, narcotráfico y Derecho penal en Latinoamérica. Ha dedicado, además, numerosos trabajos de investigación a ese tipo de cuestiones, que siguen arrojando una luz negrísima en el ámbito de la efectividad (de la inefectividad) de los derechos humanos.

Creo que la primera consideración que cabe retener tanto del libro *De Roma a Roma. Un ensayo de sistematización de los crímenes de lesa majestad, nación y humanidad* como de la intención de su autor es que se trata de un excelente y arriesgado (o excelente por arriesgado) trabajo que certifica las mejores posibilidades de la tan traída cuestión de la interdisciplinariedad académica en una época en la que prácticamente cualquier texto que mezcle perspectivas académicas se arroga la etiqueta de marras cuando, en el mejor de los casos, apenas introduce líneas y conceptos multidisciplinares.

No es el caso del libro de Pérez Caballero, una auténtica (y, en muchos momentos, muy inspirada y gozosa) apuesta por apurar las posibilidades de un enfoque inteligente y perspicaz capaz de integrar ideas propias de la antropología, la historia o la sociología de los derechos humanos. El autor adopta un enfoque que remarca esos aspectos que habitualmente pasan desapercibidos para las dimensiones típicas del fenómeno jurídico (científica, empírica y valorativa), pero que se revelan esenciales para la comprensión de una materia que tiene unos mimbres culturales casi siempre aplazados o no tratados.

El punto de partida de Pérez Caballero es una consideración amplia, tanto conceptual como temática, del objeto «crímenes de lesa». Superadas ciertas reticencias, que es posible acudan de inmediato al lector, ante la expresión más recurrente en este libro (en realidad, «de lesa» apunta a la idea de daño, de *agravio,* en las fronteras que la política marca alrededor de lo «intolerable»), pronto se perfila la idea de que no solo es posible, sino ta´mbi´én resulta necesario para la comprensión de su naturaleza e implicaciones atender a las distintas manifestaciones de la expresión «crímenes de lesa» para plasmar tres conceptos con base en la legislación penal de tres épocas distintas, pero conectadas por la línea que traza la historia: lesa majestad (dividida, a su vez, en humana y en divina), lesa nación y lesa humanidad.

Como destaca pronto el autor, la idea de los «crímenes de lesa» nace de una certeza: los crímenes contra la humanidad —de acuerdo con el listado con la que comenzaba esta recensión— no pueden haber partido de cero: «[…] de ir contra este planteamiento surge la tesis principal de este libro: la misma existencia de unos crímenes de lesa. Ese crimen sería el sustrato penal que quedó tras el Imperio Romano, la Edad Media y la consolidación del Estado nación para regular situaciones excepcionales. Un sustrato que, con la Revolución francesa primero, y con la Revolución soviética y el nazismo después, se perfiló para adquirir rasgos específicos (el crimen de lesa nación), pero que también propició una reacción limitadora como ha sido el crimen de lesa humanidad» (p. 2).

Efectivamente, los crímenes de lesa humanidad no han partido de cero ni suponen la culminación de un debate, más o menos reciente, nacido del horror (de los horrores) del siglo XX y de los distintos episodios de la «humanidad del hombre contra el hombre», por decirlo con la expresión de Richard Claude, sino que significan la evolución de un concepto más amplio. Así, de acuerdo con la hipótesis de Pérez Cabello, la manera en que los crímenes de lesa se han manifestado en distintas épocas ha dependido básicamente de la naturaleza del orden político que quería protegerse. En ocasiones, el crimen podía dañar u ofender, *lesionar* al emperador o al rey, mientras que otras veces,

lo dañado era la divinidad. Posteriormente, la nación recogió ese testigo. Y en la actualidad, es la humanidad la que da nombre a ese crimen.

Los cambios, en cualquier caso, no son lineales ni nítidos, y a las mutuas influencias ideológicas de sus manifestaciones, así como a las variables históricas, dedica el autor poco más de un centenar de páginas muy bien hiladas, muy bien justificadas (y muy bien escritas) que avanzan desde una distinción operativa entre «lo estatal fuerte» y «lo estatal débil» hasta los crímenes de lesa humanidad del siglo XXI. Así, el libro se compone de una introducción, un apartado dedicado a aclarar las bases teóricas y tres partes.

En el primer capítulo, «Presupuestos teóricos: La dialéctica universal-estatal y lo político en los crímenes de lesa», además de introducir ese doble concepto en el que lo estatal débil apunta a corporaciones territoriales complejas anteriores al Estado nación, y lo estatal fuerte o el Estado nación, el autor plantea una dialéctica entre lo estatal y lo universal y unas breves consideraciones sobre lo político a fin de explicar las fuerzas que delimitan los distintos crímenes de lesa y entrar en el análisis de la forma en que lo político sostiene el entramado conceptual de estos crímenes hasta la actualidad.

Pérez Caballero dedica el segundo capítulo, «Desenterrando el concepto de lesa majestad», a describir el concepto (el «crimen de lesa») en su funcionalidad y en todas sus posibilidades y vectores expansivos, sus orígenes romanos (de ahí el primer sintagma del título, *De Roma a Roma*), su desarrollo en los poderes regio y papal, la separación entre sagrado político y sagrado religioso, los peligros del desdoblamiento y la más importante aportación medieval, en el camino objeto del libro: el crimen de lesa majestad divina, un crimen que muestra matices universales y que aventura, de forma afín a las ideas antiguo-modernas de las que hablara Otto Gierke, los rasgos del capítulo o del estadio actual.

Crímenes, primero, de lesa majestad (humana y divina), considerados crímenes contra el que gobierna (reyes, imperios) o tiene los medios reales para gobernar (papado) enuncia pronto los márgenes de la afrenta tolerable, qué es indiscutible o qué es lo sagrado para el orden político o religioso; lo plasman en conductas a las que dotan de motivación política precisamente para reforzar su legitimación. Además, ese crimen, como vemos a través de ejemplos de historiografía y crónicas de época, protege el cuerpo de un individuo real (rey, emperador) o su representación (en Roma sus estatuas; sus representantes públicos; o en el caso de la lesa majestad divina, la comunidad religiosa o cuerpo de Cristo). Acuden aquí las reflexiones de Herman Kantorowicz sobre el concepto de Estado, pero también la formulación política originaria del *homo sacer* de Giorgio Agamben y, en seguida, con no pocos argumentos extraídos de la dialéctica «amigo-enemigo» y de la relación entre teología y religión en la política moderna de la obra de Carl Schmitt, se recupera, al objeto de dotar de nitidez al actual crimen de lesa humanidad, el precedente romano bajo la forma de crímenes concretos como el de perduelión y otras formas de deserción de un marco dominante acerca de lo que no se puede transgredir. Se excava, de esa manera, en el terreno sobre el que la aportación medieval construye, a partir del crimen de lesa majestad, un objeto inviolable a la vez que erige las posibilidades (más universales) de la lesa majestad divina, en la defensa de la ortodoxia católica y la reformulación de lo sagrado religioso.

Con resonancias, quizás no conscientes, del tratado de historia alternativa o «negativa» de Greil Marcus (*Rastros de carmín*) en torno a las formas de provocación radical, el autor se adentra en el concepto de herejía a fin de continuar enlazando eslabones de una cadena teórica, la enormidad y la atrocidad, y la forma, luego, en que la lesa majestad divina retoma lo religioso (aunque su contexto le impida desligarse de lo político); el crimen de lesa majestad regia en tanto que signo de la consolidación del Estado nación, la «herejía de Estado», las paradojas de la soberanía y el «resorte estructurante» de lo sagrado (en expresión de René Girard), la definición de crimen de lesa majestad:

«Por último, y esta es la división esencial, se trata de un crimen que puede ser adoptado tanto para defender un orden social como para promover una ortodoxia ideológica. La defensa de un orden social, como la majestad romana o regia, se utilizó para la consolidación estatal o el apuntalamiento de un ordenamiento jurídico de fronteras para adentro. La promoción de una ortodoxia ideológica supuso la utilización por el papado para construir un concepto jurídico que ayudara a la expansión universal de la fe católica, universalidad que lleva implícita una idea de género humano» (p. 55).

La segunda parte del libro (capítulos 4 a 6) constata cómo la lesa majestad mutó con la consolidación del Estado nación; el hito de la Revolución francesa se analiza como la base pionera para su desarrollo, que dejó sistematizados los rasgos principales de aquella mutación. La estatalización del crimen de lesa por la que se sustituye el objeto lesionado (la majestad por la nación) no es una traslación automática, y aquí el autor describe las oscilaciones entre la seguridad nacional (sedición, rebelión, etc.) y el terrorismo. Cabe destacar el cuadro que resulta de la aclimatación de la categoría sobre la que pivota el libro al nuevo calendario revolucionario y al apogeo del Terror, el viaje a los procesos de lesa majestad regia en México o en Perú, la ampliación del cuerpo ofendido (del rey a Dios o a la justicia) que padecieron los «enemigos de la revolución», la reflexión sobre la virtud y el destino de la parte menos desarrollada jurídicamente en la tríada revolucionaria (la fraternidad o su cara secularizada: la solidaridad). Lo «sagrado político» aparece como la sombra de las luces de clásicos del pensamiento como Hobbes y Rousseau.

A partir de ahí es donde se inserta la forma especial, pero no sustancialmente distinta de los «delitos de lesa», que tanto en el comunismo como el nazismo introdujeron (ampliando el campo) a través de los crímenes de lesa nación económico y de lesa nación étnico respectivamente. El estudio sobre el concepto de enemigo de la URSS, tanto en el Código Penal de la República Socialista Federativa Soviética como en la teoría del Derecho de Evgeni Pasunakis, desemboca en unas líneas muy inspiradas sobre uno de los regímenes más terroríficos y asfixiantes de la historia, las especies enemigas o *Artfremde* y los denominados «extraños a la comunidad» (*Gemeinschaftsfremde*) en el III Reich. Y termina con la tesis sobre el terrorismo como enemigo de la democracia en un adelanto de un estado de cosas más actual, en el que cabe retener la idea de un nuevo tipo de subjetividad vinculada a la sacralización política del yo y la extensión del concepto de seguridad interior y exterior.

En un difícil pero bien resuelto esfuerzo de síntesis, el séptimo capítulo describe la construcción del actual del concepto de crimen de lesa humanidad; el lector ya puede asentir ante los múltiples paralelismos con la lesa majestad divina. Se ha terminado de ver aquí la distinción del terror del terrorismo (como una especie de aquel), las posibilidades que ofrece el juego con este concepto, tan distinto en las potencias hegemónicas (paradigmáticamente EE. UU.) y los países del llamado «Tercer Mundo», así como el marco de un mundo dividido en Estados como condición, aparentemente paradójica, de la existencia del propio delito de lesa humanidad (un concepto definitivamente escindible de la violación de derechos humanos). El artículo 7 del ERCPI como síntesis de la dialéctica entre lo estatal y lo universal. Los contextos de lesa humanidad son los conflictos armados, las dictaduras o los gobiernos autoritarios, los ataques selectivos violentos y aquellos en los que se utiliza una maquinaria estatal o paraestatal para atacar a la población. En cambio, las violaciones de derechos humanos pueden producirse en cualquier entorno, incluido uno perfectamente democrático.

Como señala Pérez Caballero, los elementos expansivos de todo crimen de lesa y el específico componente maximalista de los crímenes de lesa humanidad auguran posteriores giros que tendrá que ver con el abandono de lo político como categoría básica de ese crimen y la nueva relevancia de factores relacionados con la voluntad individual.

De Roma a Roma es una reflexión sobre el presente, pero también sobre el pasado, en la que quizás se echa en falta una ponderación específica del significado antropológico y jurídico del totalita-

rismo y, en particular, de la centralidad del genocidio nazi y de la *Shoa* como desafío a las tipologías penales conocidas. Escribió Lichtenberg, en todo caso, que sería ciertamente muy útil presentar al mundo los escritores que, aun conociendo a otros antes que ellos, se han inspirado en sí mismos: «Únicamente de ellos se aprende, y son sin duda muy pocos, por lo que cualquiera podría leerlos fácilmente. Los otros acuñan con troqueles ya hechos y, en sentido estricto, son monederos falsos».

Ecos que siguen suscitando debates, descarte de intuiciones y de lugares comunes, divulgación de las implicaciones, herramientas conceptuales muy pulidas, metáforas que iluminan (en lugar de oscurecer) la realidad jurídica, pero también la realidad extrajurídica. Libro sobre los límites del Derecho, conceptos también al límite, nuevas perspectivas, taxonomía de una figura jurídica básica del pensamiento occidental todavía fértil para exploraciones originales como la que hemos tenido oportunidad de disfrutar.

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2017
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

REVISIÓN CRÍTICA Y ACTUALIDAD DE *TÓPICA Y JURISPRUDENCIA* PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

CRITICAL REVIEW AND PRESENT OF *TÓPICA Y JURISPRUDENCIA* FOR LEGAL RESEARCH

Francisco Javier Durán García

Letrado Asesor del Ayuntamiento de Villafranca de los Barros

RESUMEN

El presente artículo ofrece una revisión crítica del libro *Tópica y Jurisprudencia*, la obra más notable del Filósofo Theodor VIEHWEB. En una primera parte se disecciona el esquema de esta monografía, una exposición clara de la tópica como técnica jurídica, su evolución dentro de la Historia del Pensamiento Jurídico, a través de ejemplos escogidos de las obras más importantes de los grandes pensadores, y su aplicación a la Jurisprudencia. En una segunda parte, se analizan las aportaciones metodológicas más relevantes tanto en la esfera de la investigación jurídica como en el campo de la práctica forense actual.

PALABRAS CLAVE

Tópica, jurisprudencia, investigación jurídica, argumentación jurídica.

ABSTRACT

The present paper offers a critical review of the book *Topics and Law*, the most remarkable work of the philosopher Theodor VIEHWEB. In the first part, the outline of this monograph is dissected, a clear exposition of the topics as a legal technique, its evolution within the History of Legal Thought, through selected examples of the most important works of the great thinkers, and its application to the jurisprudence. In the second part, the most relevant methodological contributions are analyzed both in the field of legal research and in the field of current forensic practice.

KEYWORDS

Topics, jurisprudence, research in law, legal arguments.

REVISIÓN CRÍTICA Y ACTUALIDAD DE *TÓPICA Y JURISPRUDENCIA* PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Francisco Javier Durán García
Letrado Asesor del Ayuntamiento de Villafranca de los Barros

Sumario: 1. Informe crítico sobre la obra. 2. Contribución a la investigación jurídica como guía metodológica.

1. INFORME CRÍTICO SOBRE LA OBRA

En el año 1952 se publicó la primera edición en alemán de *Tópica y Jurisprudencia*, un trabajo científico que otorgó a su autor la *venia docendi* en la Universidad de Múnich y a la filosofía del Derecho una alternativa de pensamiento jurídico frente al modelo apodíctico, descriptivo y sistematizante que dominaba en Alemania desde la irrupción del racionalismo moderno en la teoría jurídica. Esta obra, la más importante del autor, supuso un avance del conocimiento en el ámbito cada vez más complejo de la Ciencia del Derecho.

El libro que analizamos contiene la 2ª edición* de esta brillante monografía redactada por el filósofo del Derecho Theodor Viehweg (1907-1988), en la fiel traducción al español realizada por D. Luis Díez-Picazo y acompañada de los prólogos elaborados por D. Eduardo García de Enterría para las ediciones castellanas de 1964 y 2007. Un trío de juristas difícilmente superable. Es en el prólogo primero donde se adelanta la importancia de esta obra al considerarla «una de las aportaciones más trascendentales de los últimos tiempos a la teoría de la ciencia jurídica», en concreto, una de las obras que más ha contribuido en los últimos cincuenta años al desarrollo de la Jurisprudencia como ciencia desde la dirección marcada por la tópica, entendida por el autor como «*techné* del pensamiento de problemas» y «teoría de la práctica».

* VIEHWEG, T: *Tópica y Jurisprudencia*, 2ª edición, Thomson-Civitas, noviembre de 2007. ISBN: 978-84-470-2869-6.

Su contenido se estructura a lo largo de ocho capítulos en los que el autor estudia los fundamentos de la tópica, precedidos de una breve introducción donde el insigne filósofo expone la intención, el hilo argumental del contenido y los resultados más importantes del trabajo. A lo largo de la exposición, incluso a la vista del propio esquema de la obra, el lector encontrará una exposición clara de la evolución de la tópica dentro de la historia del pensamiento jurídico a través de ejemplos escogidos de las obras más importantes de los grandes pensadores. Todo un ejercicio de síntesis que, a pesar de la insistencia del autor en la necesidad de profundizar, suponen una muestra significativa que bien fundamentan la tesis perseguida.

El capítulo primero de la obra apunta los aspectos fundamentales del método de estudios elaborado por Gian Battista Vico en su obra *De nostri temporis studiorum ratione*. El autor analiza la comparación que Vico hace entre el nuevo método científico (Descartes) y el viejo método retórico-tópico (Cicerón), y su repercusión en la jurisprudencia que se ajusta desde la antigüedad a la estructura de la tópica. Con gran inteligencia, el ensayista presenta como capítulo inicial el estudio de la obra que dio origen a su interés y que motivó su posterior investigación. En el intento de Vico de poner en valor el método científico a costa del viejo método ciceroniano, el autor encuentra el tópico que le permitirá deducir la importancia de la tópica; así, en la alusión a Vico se concentra el embrión de toda la posterior exposición.

Tras una aproximación inicial, en el capítulo segundo el autor plantea el análisis pormenorizado de los orígenes de la tópica en la historia del pensamiento. La parte primera la dedica a la *Topeka* de Aristóteles (pp. 37 y ss.), obra que da nombre al método que defiende Viehweg. El capítulo contiene una exposición detallada de esta obra que estudia «el viejo arte de disputar», que se basa en la dialéctica y en sus procedimientos instrumentales. Es de destacar la acuñación que se hace de la expresión *topoi* como origen de los posteriores tópicos, y la definición que formula el autor de los mismos, a saber «puntos de vista utilizables, y aceptables universalmente, que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad» (p. 44). La parte segunda de este capítulo se dedica a la *Tópica* de Cicerón (pp. 46 y ss.), cuya influencia histórica el autor la considera mayor, pero con un nivel académico inferior a la aristotélica. Al igual que en la primera parte, procede a desgranar el contenido de la obra, destacando la clasificación que se hace de los tópicos y que fue la concepción que predominó al final de la Antigüedad y en la Edad Media. A nuestro juicio, este es uno de los aspectos más meritorios de la monografía, la capacidad que desarrolla el autor para identificar, dentro de la complejidad de los textos antiguos, la fundamentación de su método presentando una lectura sencilla y directa de las fuentes.

Expuesto el origen, el científico considera preciso introducir un capítulo, el capítulo tercero, donde se analiza la tópica como «técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema». Este es el lugar de la obra donde el autor, previa exposición suficiente de las nociones de acercamiento a la tesis, considera adecuado entrar a exponer con detalle los elementos fundamentales del método que propugna. En concreto, a través de siete apartados se van examinando los aspectos capitales del método, que de manera concisa serían: la dualidad problema-sistema y las limitaciones que establece a la búsqueda de soluciones (I, pp. 55 a 61); la elaboración de catálogos de tópicos para todos los problemas pensables como aspiración inacabada en la Ciencia del Derecho (II, pp. 61 a 64); la función de los tópicos como medios auxiliares para la discusión de problemas (III, pp. 65 a 67); la búsqueda de premisas en cuanto meditación prelógica en la búsqueda del material para pensar (IV, pp. 67 a 69); el vínculo lógico, corto y esquivo, pero necesario, para mostrar la dimensión en la que se mueve el jurista (V, pp. 69 a 73); la legitimación de los tópicos desde la aceptación del interlocutor y la calificación como procedimiento indirecto de conocer (VI, pp. 72 a 73); y la difícil fundamentación frente al sistema deductivo (VII, pp. 73 a 75).

Al compás de este análisis, más o menos detallado, de los elementos expuestos, el filósofo va realizando las justas contraposiciones con el método sistemático a fin de proponer argumentos contrarios a la doctrina imperante en Alemania, y por extensión en gran parte del mundo jurídico occidental, que desde la Edad Moderna había desdeñado la tesis que ahora el autor se propone rehabilitar. No obstante lo anterior, en nuestra opinión la innovación que aporta Viehweg a la construcción doctrinal de la tópica, además de recuperarla nuevamente como cuestión de debate en el foro de las ideas jurídicas, es que, desde el reconocimiento y descripción que hace de las limitaciones de la tópica en la demostración lógica de sus proposiciones, la tópica constituye un valor seguro como meditación prelógica y, consecuentemente, fundamental en la base del razonamiento, también en el jurídico.

Una vez expuesto el grueso de la teoría, Viehweg pasa a examinar en el capítulo cuarto la estructura del *ius civile*. Ahora el lector, tras el alto en el camino, ya dispone de todo el conocimiento necesario para enfrentarse al desarrollo que ha sufrido el método en la historia del Derecho y su implicación en la práctica jurídica. Toca analizar en este capítulo el estilo de los juristas romanos, principalmente a través del análisis de los *Digestos* de Juliano, que en esencia coincide con la postura fundamental de la tópica. En palabras de Viehweg: «plantea un problema y trata de encontrar argumentos […] Presupone irreflexivamente un nexo que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve» (p. 83) y «permite a los juristas entender el Derecho no como algo que se limitan a aceptar, sino como algo que ellos construyen de una manera responsable» (p. 86). Con estas reflexiones sobre los *Digestos* y algunas otras obras cuya referencia omitimos por elementales razones de economía, el autor reconoce en el *ius civile* el objetivo compartido de establecer colecciones de proposiciones directivas, colecciones de *regulae*, fenómeno que originó la jurisprudencia regular donde domina el modo de pensar tópico que se estudia en la obra.

El proceso medieval es descrito en el capítulo quinto mediante el estudio que hace el filósofo alemán de los elementos del *mos italicus* como «esquema de pensamiento tópico, (que) conservó largamente el estilo jurídico llamado magistraliter y constituye en cierto modo el cierre de toda evolución». En este caso, además de exponer la importancia estructural de la retórica (tópica) en la jurisprudencia medieval, se analiza el principal reproche que comparten: la falta de sistemática, a pesar de los intentos de organización práctica que aparecen en la búsqueda de generalizaciones y en los *loci ordinarri* de la jurisprudencia. Al igual que en el *ius civile*, el autor reconoce las limitaciones de la tópica medieval en el sistema deductivo y, tras exponer las similitudes metodológicas con la escolástica, muestra la utilidad de este estilo como medio auxiliar en la exégesis, elemento fundamental en la jurisprudencia. Todo lo anterior permite a Viehweg perfilar nuevamente la conclusión de la obra y justificar, a través del estudio de los postglosadores, la necesaria utilidad de la tópica en el pensamiento jurídico.

El capítulo sexto recoge el intento que, por medio de su *ars combinatoria,* hizo Leibniz de construir una tópica matemática de la jurisprudencia. Partiendo de la base de que la tópica Leibniz hace que la jurisprudencia no pueda convertirse en método porque carece de sistemática deductiva, ensaya matematizar la tópica jurídica con la tentativa de construir una casuística jurídica general que fracasa debido la «multivocidad del lenguaje espontáneo». El científico del Derecho, lejos de utilizar la referencia para criticar el método sistemático, honra los intentos que realizó el *ars combinatoria* para conseguir adaptar el viejo método de la tópica a las nuevas exigencias de la ciencia moderna, y apunta una reflexión sobre la influencia primitiva de la tópica en los grandes matemáticos y pensadores de la Edad Moderna, a pesar de que posteriormente contribuirían a su descalificación como ciencia.

A continuación, en el capítulo séptimo se contraponen la tópica y la axiomática en la óptica del intento moderno por concebir la jurisprudencia como ciencia de la sistematización jurídica que produce, en palabras del autor, «unívocas decisiones de conflictos por la vía de la deducción» (p. 131). En este sentido, el autor señala que, a pesar de los intentos, todavía no se ha logrado construir un sistema jurídico en sentido lógico, y que los fundamentos de la ciencia del Derecho se encuentran en una indefinida pluralidad de sistemas con un alcance diverso que no puede reducirse todavía a un sistema unitario. Esta conclusión sirve al autor para demostrar la necesidad de la tópica dentro del sistema objetivo jurídico en virtud de los siguientes motivos fundamentales: en primer lugar «el pensamiento interpretativo tiene que moverse dentro del estilo de la tópica» (p. 139); en segundo lugar, la tópica «ofrece amplios auxilios en la aplicación del Derecho» (p. 141); en tercer lugar, la tópica supone un auxilio frente «al uso del lenguaje espontáneo» que varía continuamente (p. 141); y finalmente, el cuarto motivo, la tópica ayuda en «la interpretación del simple estado de las cosas» (p. 142) con el fin de conducirlo posteriormente al sistema jurídico. No obstante lo anterior, nótese que Viehweg no niega la importancia y la utilidad de la lógica en la construcción jurídica, y siempre la reconoce como elemento indispensable para poder formular una teoría del Derecho, aunque esta luego se muestre insuficiente en el momento de la interpretación, y necesite estar precedida de la tópica, que el autor acaba definiendo como teoría de la práctica jurisprudencia y del *ars inveniendi*.

Finalmente, asumidas las ideas hasta aquí expuestas, en el capítulo octavo se estudian los postulados de la tópica como técnica de discusión de problemas aplicada a la jurisprudencia, y que claramente evidencian la influencia de este método en la doctrina civilista moderna. Muy interesante resulta en esta sede el análisis crítico que realiza el autor, a través de ejemplos, de los siguientes presupuestos (p. 152): «1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema»; esta premisa es demostrada por el autor apoyándose en las ideas fundamentales de Fritz von Hippel. «2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y solo pueden ser comprendidas desde él.»; aquí Viehweg opta por apoyar la afirmación en los ejemplos obtenidos de los trabajos de Josef Esser. «3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia solo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema.»; este último presupuesto queda expuesto minuciosamente a través de los ejemplos proporcionados por Walter Wilburg, que trabaja la tesis de que el Derecho civil está petrificado en un sistema rígido y necesita hacerse flexible. En definitiva, a través del análisis de estos ejemplos en la doctrina civilista, el autor culmina su reflexión sobre la actualidad de la tópica que, a pesar de las limitaciones, se convierte en herramienta imprescindible cuando es preciso buscar respuestas con un planteamiento nuevo a los problemas, la mentalidad lógica queda perturbada en su deducción y necesitará de la invención de la tópica ante los nuevos planteamientos, de ahí la afirmación del autor de que «la jurisprudencia ha de ser concebida como una permanente discusión de problemas».

En conclusión, nos encontramos ante un trabajo de investigación sugestivo en el que el autor cumple con brillantez el objetivo perseguido de recuperar la tópica como técnica para debatir problemas en el ámbito de la ciencia del Derecho. A través de un esquema histórico y gracias a su claridad expositiva, Viehweg ofrece su visión de la jurisprudencia, como procedimiento de discusión de problemas, conectada con la tópica, con exactitud y bajo una sólida fundamentación. En nuestra opinión, *Tópica y Jurisprudencia* es una obra rigurosa que, a pesar de los años, sigue cuestionando al jurista en sus planteamientos dogmáticos y prácticos, y, por lo tanto, continúa siendo una obra de referencia y de necesaria lectura para el investigador del Derecho.

2. CONTRIBUCIÓN A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA COMO GUÍA METODOLÓGICA

Afrontamos la valoración crítica de una obra de la envergadura de *Tópica y Jurisprudencia* partiendo del reconocimiento personal hacia la figura magistral de Theodor Viehweg como filósofo del Derecho contemporáneo. Así las cosas, el objeto primero de nuestro análisis quedará centrado en dos aspectos. Primeramente, intentaremos reseñar las aportaciones metodológicas más importantes que se pueden extraer del método propugnado por el autor. En segundo lugar, analizaremos el método desde el prisma que ofrece la sociedad actual como laboratorio de análisis para un científico del Derecho.

En primer lugar, es de rigor reconocer el atrevimiento que supuso recuperar la tópica como técnica jurídica tras varios siglos de destierro desde la sistemática predominante. Es más, a la luz del tiempo presente, la obra de Viehweg ha conseguido situar a la tópica, como técnica del pensamiento problemático, en la esfera de discusión de la ciencia jurídica, hecho que es un logro en sí mismo. Así, consideramos positiva y acertada la elección del objeto de la monografía porque supuso una aportación más al inconcluso proceso de construcción de la teoría del Derecho. El autor, sin negar el papel de la lógica en la elaboración de las teorías, redescubre la tópica y sus limitaciones, como método que auxilia al científico en el enfoque de los problemas. En este sentido, previamente ayuda a desentrañar, a través de los tópicos, el irregular horizonte intelectual que ofrece la realidad hasta conseguir un acercamiento entre los hechos y el ordenamiento jurídico. Por otra parte, en el momento final, la flexibilidad de esta técnica favorece la labor interpretativa y la posterior aplicación del Derecho. Conforme a lo anterior, los paralelismos con la jurisprudencia, acertadamente traídos por Viehweg en el desarrollo de su estudio, son obligados en cuanto que requiere de los tópicos y de la invención para afrontar la discusión y la solución de los problemas.

Hemos afirmado que la presente monografía es una obra de referencia; y entendemos que esta posición se debe tanto a su aportación a la Ciencia del Derecho como a su posible aplicación metodológica en la actualidad, no solo en la esfera de la investigación, sino también en el campo de la práctica forense. La sociedad actual es fuente incesante de situaciones nuevas que plantean retos al sistema jurídico de tal forma que se obliga estar en continua renovación. Es más, a pesar de las incesantes adaptaciones normativas, la realidad supera a la norma en muchos de los casos. Ante esta situación, la tópica se presenta como una herramienta eficaz para establecer el planteamiento de los problemas y para colaborar en los esfuerzos interpretativos que requiere la solución. Donde el funcionarismo y las herramientas sistemáticas ofrecen solo rigidez e inmovilidad, el *ars inveniendi* permite acercar el sistema a la realidad. A propósito del valor práctico de la tópica, son apropiadas las palabras que García de Enterría recoge en su prólogo: «el jurista experimentado (y mucho más seguramente el jurista práctico, o a lo menos el jurista teórico que no confunda la ciencia con la clasificación o la ordenación seudológica o didáctica del material normativo o doctrinal) siente su trabajo inmediatamente reconocido en esa descripción (la de la técnica del pensamiento tópico)» (p. 16). En virtud de lo expuesto, queda demostrada la validez y la oportunidad de *Tópica y Jurisprudencia* como guía metodológica para la elaboración de obras de investigación jurídica. Las herramientas que aporta la tópica serán de gran utilidad para delimitar el objeto en el proceso de elaboración de cada una de las partes de la tesis. Es más, ante la profusión de recursos que cohabitan al alcance de cualquier estudioso, la tópica será una técnica muy válida para discriminar el material más apropiado para afrontar y fundamentar la investigación.

No obstante lo anterior, compartimos la idea de que estamos ante un método muy válido pero que sigue siendo auxiliar y que, por lo tanto, será una herramienta más dentro del método sincré-

tico, planteamiento mayoritario en la actual ciencia jurídica, que huye de posturas extremas y propugna la combinación de técnicas, fuentes y procedimientos en la investigación. En cierto modo, Viehweg ya intuía esta idea al justificar la necesidad de combinar la lógica y la tópica, la deducción y la invención, con el fin de poder construir una teoría de las ideas jurídicas.

Por otra parte, el libro es un acertado prototipo de la literatura jurídica y, consecuentemente, también es ejemplo fiel del estilo que necesariamente debe recoger un trabajo de investigación en este campo. En este sentido, debe ser destacado el ritmo que consigue marcar el autor a su obra a través de la estructura. Los capítulos fundamentales están distribuidos a lo largo de toda la obra (en nuestro análisis serían los capítulos tercero y séptimo) y están precedidos de otros capítulos más descriptivos que adelantan algunos conceptos a través de ejemplos. Así. el autor consigue una combinación más armónica que no cansa al lector y que le ayuda a comprender mejor lo importante de la obra.

Dentro de una técnica expositiva ordenada, cada idea es contrastada con teorías contrarias y es desarrollada, en muchos casos, a través de ejemplos tanto de la historia de la filosofía del Derecho como de instituciones jurídicas, de tal suerte que no solo fundamenta su posición, sino que permite al jurista formarse una opinión sólida y nada simplista del asunto. En la misma línea, el autor utiliza un lenguaje claro, dentro, obviamente, de la jerga científica que exige el rigor de la obra, donde se describen los conceptos y las categorías con exactitud. Todo lo anterior refuerza nuestra idea de que esta publicación no es solo una obra de referencia por el método que propugna, sino también por el estilo en su construcción y en su técnica expositiva. A pesar de los años transcurridos y de las tendencias estéticas, esta monografía presenta un estilo literario propio, es riguroso y científico a la vez que armónico en su construcción.

Terminamos nuestra valoración reconociendo, una vez más, el acierto de Viehweg al recuperar la tópica como puesta en valor de la técnica jurídica concreta. A lo anterior solo cabe comentar la reflexión final que recoge el prólogo de García de Enterría: «En la sociedad nueva en incesante transformación y penetrada de problemas jurídicos inéditos, tener plena conciencia de esta enseñanza es, sin duda, el mejor servicio que pueda prestarse a las posibilidades reales de la Justicia» (p. 22). En este sentido, ante el ritmo de los cambios y los retos actuales, el jurista, lejos de encerrarse en la sistemática, deberá optar por ampliar su horizonte, aun desde el reconocimiento de sus limitaciones, sabiendo que con ello contribuye al desarrollo de la ciencia jurídica, ya sea desde la práctica, ya desde la investigación, y con el fin de dar continuidad al orden jurídico que sustenta nuestras relaciones sociales.

Fecha de recepción: 28 de julio de 2107
Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

http://teoriayderecho.tirant.com

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2…).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden enviarse por correo electrónico a esta dirección: teoria.derecho@uv.es. También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ^{2}2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

• Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula solo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (^{2}2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

• Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

• Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

• Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antibambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios)
Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es
ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.
https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762
Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.
CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).
Incluida en revistas jurídicas interdisciplinares. La mejor valorada por los expertos
http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to mantain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in *n* sections, from 1 to *n*; each subsection can also be divided from 1 to *n*, and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1…) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2…).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requeriments mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropiate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

The original texts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Also, the original manuscript and a digital copy can be sent to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ^{2}2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferible to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (^{2}2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compilator…, preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availabilty, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <http://www.arxivers.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the qualitiy criteria established by the "Comité 9 CNEAI" (six-year terms)
Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es
ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal Teoría & Derecho has been indexed in February 2017.
https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762
Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.
CARHUS PLUS : Position A
RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.
http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)
http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.
ISOC: Abstracts in Law
CIRC: Position B

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

http://teoriayderecho.tirant.com

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los prinicipios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los edtiores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractacion o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsabilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit orginals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develope the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the revieweres to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor´s own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the oppotunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication fromt the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*

www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- Biblioteca Virtual
- Herramientas Salariales
- Calculadoras de tasas y pensiones
- Tirant TV
- Personalización
- Foros y Consultoría
- Revistas Jurídicas
- Gestión de despachos
- Biblioteca GPS
- Ayudas y subvenciones
- Novedades

* Según ranking del CSIC

96 369 17 28

96 369 41 51

atencionalcliente@tirantonline.com

www.tirantonline.com