

Cómo y por qué legislar con
espíritu moralizador degrada
el ideal de la ley y los derechos
humanos



**PABLO
DE LORA**

Los derechos en broma

**LA MORALIZACIÓN
DE LA POLÍTICA EN LAS
DEMOCRACIAS LIBERALES**

DEUSTO

Índice

Portada

Sinopsis

Portadilla

Introducción. Una exposición de motivos

1. Las razones de la ley

2. Anatomía de un Estado parvulario: la burocracia del consuelo

3. El derecho y los derechos: un universo inflacionario

4. El peso de los derechos: ponderando la ponderación

5. Constitución, populismo y democracia

Epílogo. Las fronteras del derecho: tomarse la moral en serio

Bibliografía

Notas

Créditos

Gracias por adquirir este eBook

Visita [Planetadelibros.com](https://planetadelibros.com) y descubre una nueva forma de disfrutar de la lectura

¡Regístrate y accede a contenidos exclusivos!

Primeros capítulos

Fragmentos de próximas publicaciones

Clubs de lectura con los autores

Concursos, sorteos y promociones

Participa en presentaciones de libros

PlanetadeLibros

Comparte tu opinión en la ficha del libro
y en nuestras redes sociales:



Explora

Descubre

Comparte

Sinopsis

Este libro parte de la constatación de que la ley se ha pervertido de manera flagrante y demasiado frecuente. Basta con echar un vistazo a las exposiciones de motivos de muchos de nuestros textos legislativos para comprobar que se han convertido en manifiestos de propaganda política en los que volcar altisonantes compromisos ideológicos y partidistas.

Los excesos retóricos de los preámbulos al articulado apuntan a que el legislador concibe a los destinatarios de esas normas más como párvulos necesitados del «refuerzo positivo» que como agentes autónomos y racionales.

El catedrático Pablo de Lora argumenta en este incisivo ensayo que atravesamos una crisis del Estado liberal en la que su instrumento normativo nuclear, la ley, se ha corrompido gravemente. Estamos inmersos en un tipo de legislación «antilegalista» que ya no tiene el propósito originario de expresar la voluntad general y establecer derechos y deberes con pretensión de coherencia, abstracción y generalidad. Por el contrario, Los derechos en broma analiza cómo la degeneración de la ley corre paralela a otra patología jurídico-política: la incesante ampliación del catálogo de derechos humanos. Prácticamente todas las demandas sociales se convierten en la vindicación de la garantía de un derecho, con la consiguiente perversión del debate público, la deliberación colectiva y el diseño institucional.

De Lora demuestra que estos fenómenos son la derivada natural de una perversa moralización de la política que desconoce la diversidad y el pluralismo moral razonable que habita en nuestras sociedades. Ya no se presupone que los ciudadanos tienen que ser interpelados, persuadidos, sino educados. Un ejercicio infantilizado de la acción pública que aborda los problemas sociales a los que se enfrentan las sociedades contemporáneas de forma maniquea, emocional y simplista.

Este ensayo analiza las amenazas que atentan contra nuestros ideales ilustrados en un momento en que el exhibicionismo moral se está convirtiendo en el fin primordial de la política.

LOS DERECHOS EN BROMA

La moralización de la política en las democracias
liberales

Pablo de Lora



Introducción

Una exposición de motivos

Mediante Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 se aprobó en España la Ley de Enjuiciamiento Criminal enterrándose con ella el «proceso inquisitivo», el tipo de incivilizado procedimiento penal que había dominado en España y en otros países europeos durante siglos, y del que muchos estudiantes de Derecho tuvimos buena noticia gracias a la obra y al magisterio de Francisco Tomás y Valiente; y también por mor del célebre preámbulo que introduce el texto, una exposición de motivos que corrió a cargo del entonces ministro de Gracia y Justicia, Manuel Alonso Martínez. En dicha obra, con su proverbial precisión, economía y finura expositivas, Alonso Martínez da cuenta de las razones por las cuales la ley que instaaura en España el sistema acusatorio es un auténtico hito, pues a partir de su aprobación existirá una mayor paridad de armas entre el sospechoso y el juez encargado de la instrucción —que ya, en aras de su imparcialidad, nunca más será el mismo que juzgará en la llamada fase oral del proceso—. Y es que, al decir de Alonso Martínez:

En los pueblos verdaderamente libres, el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe, la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los

fueros de la inocencia, porque, al cabo, el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales [...]. Están enfrente uno de otro, el ciudadano y el Estado. Sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales.

El 7 de septiembre de 2022, el *Boletín Oficial del Estado* publicaba la Ley Orgánica 10/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual (conocida popularmente como ley del sólo sí es sí), una ley que, esencialmente, reformaba los delitos contra la libertad e indemnidad sexual para, por un lado, tipificar como «agresión sexual» todas las formas de ataque a dicha libertad (terminando así con la distinción entre «abuso» y «agresión» en función de si hubiera habido o no violencia o intimidación), y, por otro lado, proveer de una más precisa definición de *consentimiento* en materia sexual, para evitar así los supuestos impunes por falta de certeza sobre el consentimiento de la víctima.

Dichos cambios legislativos conllevaron una modificación en las horquillas punitivas (en los máximos y mínimos de duración de la privación de la libertad que cabía aplicar en función de las circunstancias), y algunos juristas alertaron sobre la posibilidad de que, en aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable (ex artículo 9.3 de la Constitución española), los tribunales se vieran forzados a revisar condenas firmes a la baja. Las autoridades gubernamentales insistieron en que tal cosa no iba a ocurrir, pero lo cierto es que, tras la entrada en vigor de la reforma (el 7 de octubre de 2022), no han cesado de producirse las anunciadas «rebajas», y de ello se ha derivado una agria polémica que ha gravitado sobre la torpeza del Ministerio de Igualdad, impulsor de la reforma, pero también sobre los cultivadores del derecho penal, del derecho constitucional, de los jueces y de otros operadores jurídicos, acerca del alcance y cabal comprensión del

principio y justificación de la aplicación más favorable de la ley penal.¹

Para los efectos que aquí interesan, a la vista del incesante goteo de revisiones y del hecho de que el propio Tribunal Supremo se sumaba a esas modificaciones, el gobierno y los partidos políticos parlamentarios que lo apoyaban empezaron a barajar la posibilidad de modificar la ley recién publicada —lo cual, de nuevo, en todo caso impediría el efecto retroactivo no favorable o menos favorable— o, alternatively, introducir una enmienda en la tramitación de una ley distinta² y en cuya exposición de motivos se daría a los jueces la pauta para no proceder a esas revisiones. Dicho, hecho y «legislado».³ La pregunta es, por supuesto, cuál es el valor jurídico de esa suerte de admoniciones, indicaciones o pautas que dan contenido a las «exposiciones de motivos».

Quizá por eso mismo, poco tiempo después, cuando este libro se culmina, se ha pasado de las musas de la exposición de motivos al teatro del articulado: la modificación del Código Penal que trajo aparejada la llamada ley del sólo sí es sí se ha vuelto a reformar para volver a endurecer las penas por los delitos por agresión sexual, aunque las consecuencias lenitivas sobre la duración de las condenas firmes debido a la retroacción que impone nuestro ordenamiento constitucional resultan ya inevitables, y permanece incólume una definición del consentimiento «afirmativo»⁴ que es lo que de manera más sustancial ha concitado la censura y los temores de no pocos juristas, pues, como expresivamente señala Javier Álvarez García, entre otros muchos, pone la libertad sexual en peligro.⁵

En *Leyes*, uno de los tratados fundacionales de la reflexión sobre la política y el derecho en Occidente, Platón defendía la necesidad de dotar de preámbulos a las leyes como forma de persuadir a los ciudadanos de la necesidad de su observancia y de hacerles «más dulce el yugo de la obediencia». El legislador operaría así como el buen médico que no prescribe remedios al enfermo «sino después de haberlo hecho decidirse con buenas razones a tomarlos». Los preámbulos, con todo, deben ser tasados, y no todas las leyes los precisan, de la misma manera que no se ponen a todos los cantos, ni a todos los discursos; insiste Platón: «[...] conviene dejar a la sagacidad del orador, del músico y del legislador el decidir cuándo o no hay necesidad de un preludio». ⁶ Los preámbulos, escribe Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, han pasado a tener auténtico «valor jurídico», ora como cláusulas interpretativas, ora como «auténticas normas», siempre que, eso sí, se utilicen invocando las disposiciones del texto que preludian. ⁷

Llevamos tiempo desoyendo las sabias recomendaciones de Platón. Escribiendo en 2001, y a propósito de la realidad jurídica canadiense, Kent Roach advertía de la creciente tendencia al uso de largos y sustantivos preámbulos en la legislación federal de Canadá ⁸ y de cómo, frente al ideal platónico, el preámbulo bien podría haber degenerado hacia una forma de propaganda política, una respuesta a los intereses particulares de ciertos grupos sociales, un espurio expediente para depurar los errores en la conformación de las leyes, como ha ocurrido recientemente con la ley del sólo sí es sí. En el peor de los casos: «[...] los preámbulos pueden hacer demandas extravagantes sobre lo que la legislación logra o espera lograr que no se fundamentan en el texto legislativo mismo». ⁹ Lo que valía para Canadá vale ciertamente para la legislación española tanto estatal como autonómica.

Si el legislador del País Vasco, por ejemplo, promulga una ley de apoyo a las «personas emprendedoras» —o sea: a los empresarios— y a la pequeña empresa del País Vasco,¹⁰ ¿es necesario afirmar en su exposición de motivos que: «Las personas emprendedoras han estado presentes en la historia del País Vasco desde que existe historiografía»? ¿Y añadir: «Desde la Edad Media, los vascos y vascas demostraron su espíritu emprendedor en sectores como las ferrerías, la mecánica y el comercio internacional, entre otros. En Bizkaia, con las forjas y los martinets, precursores de las potentes siderurgias del siglo XIX [...]»?

También el legislador vasco, que promulga la Ley 4/2019, de 21 de febrero, de Sostenibilidad Energética de la Comunidad Autónoma Vasca se ve compelido en la exposición de motivos a recordar que: «[...] la vida es posible porque el Sol emite energía que llega al planeta Tierra [...]» y que la satisfacción de nuestras necesidades energéticas ha sido una constante en el desarrollo humano «[...] desde la utilización de hogueras prehistóricas».¹¹

En la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética, que cuenta con 40 artículos, la exposición de motivos ocupa 13 páginas. Para añadir en un artículo del Estatuto de los Trabajadores un deber de información por parte del empleador sobre las entretelas de la asignación algorítmica de los encargos, así como la presunción de «laboralidad» de los «repartidores» contratados mediante plataformas, se incluye una exposición de motivos de 5 páginas, donde se recuerdan los hitos de la revolución digital.¹² En la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, mediante la que se reforma un precepto del Código Penal, el legislador aprovecha para enmendar severamente la plana al partido que había sustentado al gobierno en la legislatura anterior;¹³ y en la más reciente Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, el preámbulo

alcanza las 14 páginas, sintiéndose el legislador impelido a ejercer de juez-historiador, condensar logros históricos y condenas o loas sumarias al pasado.

No ha de extrañar que en los grandes episodios históricos, en los momentos constitucionales o fundacionales de la nación, los textos declarativos de derechos, las constituciones o las leyes como la de Enjuiciamiento Criminal de 1882 se trufen de grandilocuencia. «Nosotros proclamamos estas verdades como autoevidentes, que todos los hombres han sido creados iguales por Dios...», reza célebremente el comienzo de la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776. Los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional declararon en 1789 los derechos del hombre y del ciudadano bajo el entendimiento de que: «[...] la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos».

Más recientemente, la Constitución Política de Bolivia arranca su preámbulo proclamando, de modo mucho más exuberante, que: «[...] en tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos y se formaron lagos [...]» (lo cierto es que cualquier punto del planeta Tierra es un accidente geológico por definición) y que, desde el principio, el pueblo boliviano comprendió la pluralidad y no así el racismo, por lo que, dejando atrás el Estado colonial, republicano y neoliberal, funda con «la fortaleza de nuestra Pachamama» un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario (amén de «libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías», de acuerdo con su artículo 1).

A menor escala, en España, los estatutos de autonomía han sido también un semillero de excesos retóricos apenas contenidos, de

recordatorios de gestas históricas, loas paisajísticas y autoadulación del carácter de sus habitantes. Reparemos, por ejemplo, en lo que se dice en el preámbulo del Estatuto de Autonomía de Andalucía: «Esta síntesis perfila una personalidad andaluza construida sobre valores universales, nunca excluyentes. Y es que Andalucía, asentada en el sur de la península Ibérica, es un territorio de gran diversidad paisajística, con importantes cadenas montañosas y con gran parte de su territorio articulado en torno y a lo largo del río Guadalquivir, que abierta al Mediterráneo y al Atlántico por una dilatada fachada marítima, constituye un nexo de unión entre Europa y el continente africano. Un espacio de frontera que ha facilitado contactos y diálogos entre norte y sur, entre los arcos mediterráneo y atlántico, y donde se ha configurado como hecho diferencial un sistema urbano medido en clave humana». ¹⁴

En el fondo, todo esto es normal. A los hablantes que damos cuenta de la realidad mediante proposiciones descriptivas («ahí hay un gato») se nos presupone una pretensión de «veracidad» que haría absolutamente desafortunado —por no decir un síntoma de trastorno mental— un enunciado como: «Ahí hay un gato, pero yo no lo creo». Del mismo modo, como señaló el jurista alemán Robert Alexy, al legislador o a la autoridad normativa se le debe presuponer una «pretensión de corrección» que anima a sus actos prescriptivos. ¹⁵ Sería igualmente contradictorio desde el punto de vista pragmático que una orden estableciera: «Se debe hacer X, que es injusto». Pues bien, en esa misma línea, es del todo plausible que, puestos a prologar algún estatuto de autonomía, y no digamos ya una Constitución política para el nuevo Estado, los constituyentes o legisladores se «pongan estupendos», es decir, alberguen una indisimulada «pretensión de grandiosidad»; no van a proclamar en su preámbulo, por un poner, que dictan esa norma para «este

territorio irrelevante y vulgar en el que mora un pueblo compuesto por individuos corrientes, poco fabriles y desnortados y que tampoco han pintado mucho en la historia».

A veces tal «pretensión de grandiosidad» se formula con obvios anhelos de secesión futura, como cuando de la descripción paisajística de ríos, valles y volcanes, de la radiografía de una especial fibra moral del pueblo que se gobierna o inaugura («Cataluña es un país rico en territorios y gentes, una diversidad que la define y la enriquece desde hace siglos y la fortalece para los tiempos venideros») ¹⁶ pasamos al más contundente expediente con el que señalar la singularidad irredimible y con vocación independentista irrefrenable: ser una nación. «El pueblo de Cataluña ha mantenido a lo largo de los siglos una vocación constante de autogobierno», se afirma en el preámbulo del Estatuto de Cataluña y se reitera en la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña por la que se aprueba la Declaración de soberanía y el derecho a decidir de Cataluña de 23 de enero de 2013. ¹⁷ Son ya conocidos los lodos..., lodos de los que no me ocuparé aquí.

Todo esto es, decía, esperable. También si se trata, incluso mediante ley, de fomentar, garantizar, promover (y cuantos infinitivos de parecido jaez se quiera) el folclore propio —como es el flamenco según el Proyecto de Ley Andaluza del Flamenco— ¹⁸ o de iniciar expedientes de declaración de bienes del patrimonio cultural inmaterial. Entonces, digo, es entendible la sublimación de las virtudes: el Real Decreto 269/2019 de 22 de abril por el que se declara el toque manual de campana como manifestación representativa del patrimonio cultural inmaterial insta a «poner en valor» y asegurar la continuidad de una tradición común; a proteger

los «sistemas locales de comunicación [...]» al borde de la extinción por la falta de campaneros y por la «falta de sensibilización hacia este fenómeno de comunicación [...] que tiene muchos y más variados significados que la simple llamada a misa» (imagino que es difícil competir con el 5G). Y si alguien se anima a leer la Resolución de 23 de abril de 2021 de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, por la que se incoa expediente para declarar bien de interés cultural inmaterial la «paella valenciana, el arte de unir y compartir», publicada en el BOE de 21 de mayo de 2021, encontrará una receta que ni en el recetario de Simone Ortega.

Sumemos a esto la ocasión del otorgamiento de algún mérito relevante, como la concesión de un título nobiliario. El rey lo suele hacer mostrando su «real aprecio» a quien resulta beneficiado, o bien destacando, por ejemplo, el haber añadido: «[...] a los valores populares de la guitarra un virtuosismo y un contenido intelectual con el que ha seducido a los más refinados auditorios del mundo entero» —como cuando concedió a Andrés Segovia el marquesado de Salobreña en 1981.¹⁹

Pero, aun viniendo del jefe del Estado, esas «motivaciones» resultan pacatas en comparación con las que podemos leer, por ejemplo, cuando se otorga al expresidente de Castilla-La Mancha, José Bono, la Medalla de Oro de esa comunidad. El entonces presidente, José María Barreda, encargado de concedérsela, señala, refiriéndose a aquél, lo siguiente: «Bono ha hecho realidad un sueño contando con todos. Con Don Quijote y Sancho. Con el cura y el barbero. Con el ventero y el cabrero. Con Dulcinea y la sobrina». ²⁰ O pensemos, por último, en la declaración del luto oficial por los fallecidos a causa de la pandemia por la COVID-19, cuando, con dudoso lirismo y más de un circunloquio, se afirma que: «[...] es proporcionado expresar el convencimiento de que la valoración de

los cuidados en las decisiones públicas es la apuesta más fecunda por el futuro». ²¹

Más difícil de entender resulta, en cambio, que ese gustarse de la autoridad normativa en las exposiciones de motivos o preámbulos de textos legislativos, órdenes o resoluciones acontezca también cuando, por ejemplo, se promulga una ley para la aplicación al municipio de Albacete del régimen de organización de los municipios de gran población (Ley 6/2004 de 21 de diciembre de las Cortes de Castilla-La Mancha, BOE de 16 de febrero de 2005). La exposición de motivos arranca así: «Éramos unos cuantos en la aldea, nos apañábamos con lo puesto, teníamos un buen pastizal para animales, agua abundante, uvas y hortalizas [...]», y así durante sus buenas dos páginas en las que el presidente José María Barreda traza la historia de la villa de Albacete con espíritu literario («Y en esto que vienen los franceses [...] y hasta viene Espartero, con un par, ya saben, el del caballo [...]»), para concluir el texto legislativo con sólo dos artículos de un fuste que, honestamente, no sobrecoge: el primero de ellos señala que será de aplicación al municipio de Albacete el régimen de organización de gran población de la Ley 7/1985, de 2 de abril; y el segundo, que será el pleno municipal de Albacete el que determine la aplicación de esta ley a su régimen de organización. Y la disposición final única advierte de que la entrada en vigor de la ley se producirá al día siguiente de su publicación en el BOE. Barreda, como ves, es reincidente e irreprimible.

Basta. Esta exposición de motivos se está desviando de su objetivo introductorio: dar cuenta de las razones que han animado la escritura de este libro y proporcionar un bosquejo de lo que el lector

se va a encontrar en las páginas que siguen si decide acompañarme; el noble y razonable propósito que, en definitiva, deberían albergar las exposiciones de motivos legislativas, como nos instruyó Platón. Se trata, se trataba y se debe tratar de referir los hechos conducentes a la legislación (la «historia legislativa» o los «antecedentes relevantes»), la deliberación habida y los propósitos perseguidos para que quienes han de observar la ley — sea como ciudadanos, sea como aplicadores del derecho— lo hagan en mejores condiciones.

Pues bien, la constatación de que todo ello se ha pervertido de manera flagrante y con demasiada frecuencia en la legislación que rutinariamente se promulga en España y en otros países, así como la comprobación de que, en muchos textos legislativos, las exposiciones de motivos que anteceden al articulado no son más que reservorios de manifiestos en los que volcar altisonantes compromisos ideológicos y normativos (de calidad variable), han sido, seguramente, mi primer acicate para escribir este ensayo; y de ello doy cuenta aquí, en esta misma «exposición de motivos».

Pero no son estas dos las más importante de mis razones. La ley misma, el instrumento jurídico por antonomasia, también se ha visto infectada por una parecida corrupción. Lo que en su momento fue la plasmación del ideal del gobierno de los hombres, el texto que articula un conjunto de normas que expresan la voluntad general, estipulan definicionalmente conceptos e imponen o eximen deberes, establecen derechos, prohibiciones o permisos con pretensión de coherencia, abstracción y generalidad sobre un ámbito particular de los asuntos humanos..., todo ello se ha tornado en algo muy distinto, como veremos con más detalle en el primer capítulo.

Sobre la crisis de la ley, y sobre cómo ha ido mutando el Estado liberal que hacía de ella su instrumento normativo nuclear, no faltan

los diagnósticos desde, al menos, la década de 1940, y es rica la panoplia de etiquetas para denominar a esos nuevos tipos de Estado surgidos como presuntas superaciones de una institucionalidad decimonónica.²² Pero en este libro me quiero ocupar de un tipo particular de legislación «antilegalista» —si el lector me permite este oxímoron—, que contribuye de manera esencial a conformar lo que yo también me animo a etiquetar como «Estado parvulario»: las «leyes santimonía».²³

Este tipo de leyes que albergan un propósito transparente de «señalamiento virtuoso»,²⁴ lo que los anglosajones caracterizan como *virtue-signaling*, son la derivada natural de un ejercicio infantilizado de la acción pública, una forma de hacer política que aborda los problemas a los que se enfrenta la sociedad contemporánea de manera maniquea, emocional, simplista, bajo la (también indisimulada) presuposición de que los ciudadanos tenemos que ser «educados, guiados, concienciados», y no así «persuadidos, interpelados o incluso molestados», es decir, tratados como adultos. Las exposiciones de motivos de esas piezas legislativas son un indicio elocuente de todo ello: majestuosidad programática en lenguaje de madera; y jabón, mucho jabón para los destinatarios de esas «normas», a quienes se concibe más como párvulos necesitados de «refuerzo positivo» (tan propio de las escuelas infantiles) que como agentes autónomos y racionales, anhelantes de ser «escultores de sí mismos» de acuerdo con la poderosa imagen de Pico della Mirandola en su *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Me detendré particularmente en este aspecto en el segundo capítulo describiendo los mecanismos de ese «Estado parvulario» que, mediante el «acompañamiento» o la certificación de la condición de víctima o de persona vulnerable ha instaurado una auténtica burocracia del consuelo.

A la configuración de esa «política parvularia» y su correspondiente expresión estatal se suma otro proceso de extraordinaria relevancia: la tumoración del ideal de los derechos humanos —es decir, la aparentemente incesante ampliación de su catálogo—. Se trata, nuevamente, de una patología jurídico-política advertida hace años pero que ha alcanzado una dimensión que difícilmente pudo ser atisbada. Con la conversión de prácticamente todas las demandas sociales en la vindicación de la efectiva garantía de un derecho humano se genera un odioso efecto de atoramiento de la deliberación pública, se profundiza en una simplista dialéctica «progreso-reacción» y se coadyuva también al efecto de ostensión moral como fin prioritario de la política y del derecho, como trataré de analizar con más detenimiento en el tercer capítulo.

El adelgazamiento del instrumento de la ley y de las virtudes que lo acompañan —la previsibilidad, señaladamente— se cataliza con la fabulosa expansión alcanzada por el «constitucionalismo enfático», en expresión de Francisco Laporta,²⁵ y el omnipresente patrocinio de los principios y de la ponderación en la argumentación de jueces y tribunales, como viene señalando desde hace años entre nosotros el filósofo del derecho Juan Antonio García Amado. Las constituciones, como advirtió tempranamente Hans Kelsen,²⁶ invitan a ese tipo de razonamiento en el que los jueces encargados de su aplicación apenas pueden obviar la resolución de dilemas difíciles, trágicos incluso, a la hora de hacer prevalecer unos derechos o principios frente a otros, o la atribución de significado a los valores mayestáticos de los que se preña a las cartas magnas y la implementación de los objetivos a lograr mediante las denominadas normas de fin.²⁷ Ese tipo de jurisprudencia constitucional activa y expansiva ha irradiado a la práctica de la

aplicación del derecho en su conjunto y a la misma comprensión y caracterización del fenómeno jurídico; hasta el punto de haber dado carta de naturaleza a toda una teoría del derecho: el «neoconstitucionalismo».²⁸ Los capítulos cuarto y quinto tienen la pretensión de dar cuenta de todo ello.

Sobre ninguno de esos temas, que darían cada uno de ellos para años de reflexión y estudio y para llenar miles de páginas, encontrará el lector un tratamiento ni exhaustivo ni concluyente. Ambiciono algo infinitamente más modesto: tratar de ilustrar cómo y por qué la insistencia en que, al respecto de todos esos retos, estamos ante una cuestión de «derechos humanos» (o básicos) moraliza perversamente la deliberación colectiva sobre cómo organizarnos socialmente, el más digno de los propósitos de la acción política, y cómo, con ello, degradamos no sólo la esfera pública, sino los ideales mismos de los derechos humanos, la ley y la democracia liberal.

El embrión de este libro es el primer ejercicio que presenté al concurso-oposición a una plaza de catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid el 16 de junio de 2021, y que llevaba por título «Nostalgia del Derecho: una memoria». Se trata de una prueba en la que, por fuerza de la tradición, el candidato presenta una «memoria» de la asignatura, su particular concepción de ésta y el modo de estudiarla. «Concepto, método y fuentes» solía ser la estructura de este género que desprende un cierto olor a naftalina. En mi caso, la propia idea de la «memoria» me incitó, por un lado, a repasar mi trayectoria investigadora, que se remonta a hace casi treinta años (desde cuando leí mi tesis doctoral sobre interpretación constitucional y la

difícil relación entre democracia y justicia constitucional), y, por otro lado, a profundizar sobre las discusiones persistentes en torno a la naturaleza del Derecho y de los derechos y a algunas otras preocupaciones y asombros ante la degeneración de la ley y de su imperio a la que asistimos en las últimas décadas.

Quienes compusieron la comisión que se encargó de juzgar mis méritos, los profesores Alfonso Ruiz Miguel, Juan Antonio García Amado, Marina Gascón, Marta Lorente y Juan Carlos Bayón, formularon en esa ocasión valiosas observaciones, críticas y sugerencias que confío en haber podido incorporar cabalmente y que, en todo caso, vuelvo a agradecer profundamente.

¿Empezamos? ²⁹

Las razones de la ley

«Será ley.» Lo habrás oído decenas de veces en los últimos tiempos en boca de quienes, por ejemplo mediante el Proyecto de Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (conocida popularmente como «ley trans»), han estado pugnando por la reforma de la legislación vigente en materia, entre otras, de rectificación registral de la mención del sexo.¹

Más de 400.000 normas fueron aprobadas desde 1979 y hasta 2021 por todas las Administraciones públicas españolas de acuerdo con el estudio de Juan S. Mora-Sanguinetti. Sólo en ese último año se dictaron 12.704, mientras que en el período anterior a la democracia el número de normas aprobadas ascendía a unas tres mil por año.² La complejidad relacional entre ellas ha aumentado sensiblemente y su carácter exponencialmente abstruso hace de su legibilidad e inteligencia todo un desafío.³ El Código Penal llamado «de la democracia», el texto aprobado en 1995, ha sido reformado desde entonces más de treinta veces, y no precisamente para ponérselo sencillo al aplicador del derecho, como indicaba antes a propósito de la ley del sólo sí es sí.

No todas aquellas normas establecidas «han sido ley», pues, como sabe cualquier estudiante de Derecho que da sus primeros pasos, la ley es una, pero no la única, de las fuentes del derecho,

esto es, de los modos de producción de normas.⁴ En ese conjunto de estándares normativos con los que organizamos la vida común y regulamos el comportamiento de los ciudadanos mediante el respaldo del uso monopolístico de la fuerza por parte del Estado, la ley es el «vehículo»⁵ en el que se insertan las normas jurídicas; la «forma» o «instrumento» prioritario, el dotado de mayor fuerza, tanto para *desplazar* a otras leyes previas —excepción hecha de la Constitución, como veremos— como para *resistir* en caso de que una norma con menos rango entre en conflicto con ella. Cuando afirmamos vivir en un Estado de derecho, o desear hacerlo, en el que «imperla la ley», lo que decimos es que ese «vehículo» (la ley) en el que se insertan las normas jurídicas es el que debe primar, abrirse paso en el tráfico jurídico con la preeminencia del coche de bomberos, la policía o la ambulancia.

Y ello porque la noción moderna de «ley» está férreamente vinculada a la voluntad popular (es su «expresión», dice la Declaración francesa de 1789 en su artículo 6), pero también a otros valores o ideales que nos son muy caros y que conforman el ideario de la Revolución francesa: la primacía de la libertad, es decir, que la ley sólo debe prohibir lo dañino para la sociedad; que lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y que no cabe imponer hacer lo que no es legalmente obligatorio [artículo 5]. De suerte tal que la ley establece ese perímetro que permite que la libertad de cada cual sea compatible con el ejercicio de los derechos naturales de los demás hombres [artículo 4], o, como dirá contemporáneamente el filósofo John Rawls, con un esquema general de libertades para todos.⁶

Bajo esos presupuestos, la ley, según condensa Francisco Laporta, «es una fuente de derecho creada deliberadamente por el poder representativo soberano que pone en vigor normas generales

y abstractas sobre la protección y [los] límites a la libertad y la propiedad de los ciudadanos». ⁷ Como ha recordado oportunamente Laporta, es difícil exagerar la influencia en el orden institucional de ese imaginario revolucionario que supuso la Declaración francesa. Su recepción universal fue temprana y llegó, ejemplifica Laporta, hasta la Constitución Imperial de Brasil de 1824. ⁸ No es un capricho afirmar «será ley» por estas y otras razones que analizaré, y sobre las que abundaré, enseguida.

La denuncia que hace Mora-Sanguinetti de lo contraproducente que resulta la exacerbada producción normativa (aspecto con el que abría este capítulo) no es nueva. Ya en 1995 habían saltado las alarmas, y una comisión de expertos llamaba la atención sobre la mala técnica legislativa que se gastaba en España; el proceso de rampante «decodificación» y la urgencia que ya había de proceder a una «recodificación». En parecidos términos se pronunciaba un informe del Círculo de Empresarios de 2018 sobre la mala calidad de las leyes. ⁹

A ello añádase el abuso de ese instrumento normativo, a caballo entre lo legislativo y lo ejecutivo, que es el decreto ley, previsto para situaciones de «extraordinaria y urgente necesidad» de acuerdo con lo que establece el artículo 86 de la Constitución española, pero que, al menos en los últimos años, se ha convertido en instrumento legislativo rutinario. En el año 2020, en el que hubo que afrontar la excepcionalidad de la pandemia de la COVID-19, fueron 39 los decretos leyes que se convalidaron, pero la tendencia ya era preocupante desde tiempo atrás. En 2012, en plena crisis económica de la llamada Gran Recesión, fueron 29, como en 1997. Ambas cifras se superaron en 2021 (31 decretos leyes), y en el año

2022, ya en plena «normalidad pospandemia» se alcanzaron los 20.¹⁰ Pero hay más: el propio gobierno español ya los anticipa como proyectos de ley. Así lo hace mediante el anuncio en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados de su Plan Anual Normativo para el año 2023, en el que ya prevé que, junto con tres leyes orgánicas y 33 leyes ordinarias, aprobará 81 decretos leyes. ¿Cabe mayor prueba de la degradación del presupuesto habilitante —la extraordinaria y urgente necesidad— de dicho instrumento normativo?¹¹

Con todo, una métrica más ajustada, como han señalado Eva Belmonte, David Cabo y Carmen Torrecillas, ofrece una mejor imagen del abuso. Así como durante los años 1996-2004 el número de páginas de decretos leyes fue de 63, desde 2018 esa cifra es de 918.¹² De la dimensión del fraude, y ya no del abuso, da buena cuenta el hecho de que, pese a la «extraordinaria y urgente necesidad», ha habido decretos leyes que, tras su convalidación parlamentaria, han tardado hasta 16 días en ser publicados en el BOE.¹³ Otros han establecido un período de *vacatio legis* (un interregno hasta la entrada en vigor de la norma) de hasta 8 meses.¹⁴ Urgencia, pero sin prisas. La exhumación de Franco en el Valle de los Caídos se dispuso por razones de extraordinaria y urgente necesidad, cuando habían transcurrido 43 años desde su enterramiento, dada la «[...] perentoria exigencia de dar cumplimiento a los reiterados requerimientos de Naciones Unidas que, en los últimos años, ha venido requiriendo al Estado español para que dé cuenta de las medidas adoptadas en materia de memoria histórica y regeneración democrática».¹⁵ Entre dichos requerimientos se mencionaba un informe de un grupo de trabajo de Naciones Unidas emitido cuatro años antes.

Otros decretos leyes se han justificado en que no cabía esperar más tiempo para resolver problemas como el de la brecha salarial de género o la infrarrepresentación de las mujeres en carreras CTIM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas), asuntos de enorme complejidad y que en buena medida permanecen irresueltos, por mucho que el gobierno dictara el Decreto Ley 6/2019 de «medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación» y que el Tribunal Constitucional haya avalado recientemente la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad de dicha norma.¹⁶

La mayoría de esos decretos leyes siguen, además, el pernicioso método de englobar materias inconexas,¹⁷ aprovechando la transposición de directivas europeas, algo que también se ha acostumbrado a hacer el legislador en las llamadas «leyes ómnibus»,¹⁸ o las leyes de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado, o pervirtiendo el proceso de enmiendas de normas que nada tienen que ver con el asunto que se somete a reforma —lo que se conoce como «enmiendas intrusas»—, con lo que se quiebra el principio de «homogeneidad», una garantía para que el proceso legislativo sea constitucionalmente aceptable, como ha destacado el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia consolidada.¹⁹

Todo lo anterior ha ocurrido hasta el extremo de que el Poder Ejecutivo impulse la modificación de la forma de elección de órganos constitucionales tan importantes como el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, aprovechando el trámite de enmiendas en una reforma del Código Penal espuriamente destinada al «caso» de los líderes del golpe de Estado en Cataluña,²⁰ una evidente «reforma de caso único», pero tramitada como una «exigencia de adaptación al derecho europeo»

mediante procedimiento de urgencia, hurtando con ello el imprescindible debate y el contraste sosegado entre los grupos parlamentarios sobre una decisión tan trascendental.²¹

A la luz de los férreos controles que han ejercido los gobiernos sobre los grupos parlamentarios que le dan apoyo, no debe extrañar que sólo cuatro decretos leyes hayan dejado de ser convalidados por el Parlamento en 26 años;²² ni es exagerado afirmar que del ideal deliberativo del órgano llamado a legislar, el Parlamento, apenas quedan trazas a poco que uno siga los debates parlamentarios, las dinámicas de los partidos y los resultados legislativos. En España, y en los días en los que se escriben estas páginas, el «legislador», ese que según John Locke, es el «alma que da forma, vida y unidad a la comunidad política»,²³ se encuentra en estado terminal.

Hay otras dimensiones en la erosión del ideal de la legalidad en las que conviene detenerse. Por un lado está la profusión de formas de normatividad ambiguas —lo que se viene conociendo como *soft law*—, y por otra parte tenemos el uso bastardo de la ley, el abuso y el fraude de ese instrumento normativo, una consecuencia que quizá resulta inevitable por el desbordamiento de funciones exigidas al Estado moderno (prestacional, distribuidor, social...), pero que en los últimos tiempos se ha exacerbado de una manera colosal y apenas entrevista.

«¿Qué tienen aún de común con el concepto clásico de ley [...] las leyes de ayuda a la inversión, los preceptos sobre el fomento de la industria pesquera del arenque a través de la entrega de combustible diésel rebajado y, sobre todo, las numerosas subvenciones legales a determinadas ramas de la

economía?»),²⁴ se preguntaba el jurista alemán Otto Bachoff hace más de sesenta años, un asunto sobre el que también más recientemente ha reflexionado el renombrado jurista italiano Luigi Ferrajoli.²⁵

Y añadía Bachoff: «Tales leyes son actos de dirección política [...]. Lamentarse de esta evolución es inútil, porque es algo inevitable, adecuado al Estado moderno y, finalmente, porque no se puede impedir».²⁶ La ley, en ese sentido clásico al que aludía Bachoff, era, en sus propias palabras, el «escudo de la libertad y del derecho»; la «Carta Magna de la Libertad».²⁷

Llevamos casi un siglo conviviendo con la diversificación que supone la existencia de leyes-edicto, leyes-programa, leyes-medida, leyes-fotografía, o leyes «puramente retóricas» como las describió Liborio Hierro,²⁸ o, más recientemente, «leyes volitivas», al decir de Eloy García.²⁹ En ese género figura también lo que me atrevo a denominar como «leyes santimonia». Se trata de normas cuyo contenido prescriptivo es escaso, y flota, un tanto indecorosamente, en un mar de proclamas ideológicas variopintas; de buenos propósitos; de descripciones necesariamente sumarias, y muchas veces falseadas, de los estados de la ciencia; de supuestas exigencias del «derecho internacional» y de los «organismos internacionales de derechos humanos»; y de repasos históricos innecesariamente prolijos e inmensamente superficiales —como he tenido ocasión de ejemplificar en la exposición de motivos de este ensayo—. De las normas que componen la «legislación santimonia», más que decir que «establecen», «disponen» o «prescriben», se debe decir que «rezan», ha dicho con suma pertinencia Benito Arruñada.

En la legislación santimonia, el legislador aprovecha para imponer un cierto relato, como ha destacado el constitucionalista

Andrés Betancor.³⁰ La retórica del relato se traslada de la exposición de motivos —frecuentemente profusa y gratuitamente extensa como sabemos— a un articulado en el que se expresa más que se prescribe; se anuncia más que se ordena; se desea más que se regula. Y todo con el afán, apenas disimulado, de mostrar músculo moral. Cuando este libro termina de escribirse, la Comunidad Autónoma de Aragón ha promulgado una «Ley de Cultura de la Paz en Aragón».³¹ En su exposición de motivos (ocupa la mitad de una ley que cuenta con nueve artículos), el legislador aragonés da cuenta de que «antropólogos e historiadores han demostrado que los seres humanos están programados para la cooperación y la ayuda mutua» y que «en Aragón, la cultura de la paz tiene un fuerte arraigo, vinculado con la fuerza del pacto como tradición». El legislador aragonés se remonta a las «asambleas de paz y tregua», del siglo XII, o al Compromiso de Caspe, de 1412. Mejor no remontarse a julio de 1938 cuando empezó a librarse la batalla del Ebro.

Refiriéndose a la legislación abolicionista en materia de prostitución, Daniel Gascón, un aragonés ilustre a fuer de universal, ha sintetizado felizmente la piedra angular sobre la que se asienta la política legislativa santimonía: «[...] en la lucha contra el mal lo que importa es sentirse bien».³² Y sobre todo parecerlo, añadido yo: en la Ley de Cultura de la Paz en Aragón, la comunidad autónoma se propone hacer lo que no puede dejar de hacer —que se cumplan los compromisos internacionales de España, proteger a las víctimas de violencia— o promover aquellos fines sobre los que nadie sensatamente podría estar en desacuerdo: fomentar la paz, investigar sobre la paz y educar en ella, divulgar su importancia, promover el diálogo...

En la legislación santimonia predominan los anuncios, como decía, así como los prolijos listados de intenciones u objetivos que muchas veces serán las tareas que de ordinario tienen encomendadas las Administraciones públicas sin necesidad de que se reiteren; o lo que va de suyo que puede hacer el Gobierno sin necesidad de anunciarlo ni de establecer permiso alguno, y, al fin, un elenco de principios «rectores» cuya mención huelga puesto que, o bien no podrían dejar de regir sobre esa regulación, o bien ya se encuentran constitucionalmente consagrados.

El caso de la alusión al principio de igualdad y no discriminación es paradigmático. Por ejemplo, el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación establece que el «Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación» se rige por los principios de «calidad, coordinación, cooperación, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, internacionalización, apertura de la investigación científica, evaluación de resultados, igualdad de trato y oportunidades, inclusión y rendición de cuentas». Añadiendo: «Estos principios deben estar en consonancia con los fundamentos de una investigación abierta, inclusiva y responsable». ³³

En la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, una ley destinada a, entre otras metas, «descarbonizar la economía española» y alcanzar, en un plazo determinado de tiempo, la reducción de gases de efecto invernadero, la generación de electricidad a partir de energías de origen renovable y la «neutralidad climática», se establece, entre otros principios rectores, el de igualdad entre hombres y mujeres [artículo 2 i)]. ³⁴

La Ley 16/2012, de 28 de junio, de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco ³⁵ dispone

en su artículo 15 que: «Las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dentro de su respectivo ámbito de competencia, adoptarán los oportunos programas y actuaciones de apoyo a la actividad emprendedora en orden a la consecución de los objetivos señalados en el artículo anterior». ¿Acaso no podían hacerlo? ¿Hace falta decirlo?

La disposición adicional centésimo trigésima («Creación de la Agencia de Supervisión de Inteligencia Artificial») de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 dispone que: «Se autoriza al gobierno a impulsar una ley [...]». ³⁶ El gobierno ya cuenta con dicho permiso establecido constitucionalmente sin necesidad alguna de que otra ley «lo autorice». El subconsciente gubernamental traiciona: se trata de exhibir que el gobierno está atento, es consciente y está dispuesto a «impulsar», a «adoptar oportunos programas y actuaciones...».

De las 20 páginas que ocupa el Proyecto de la Ley de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario, 12 de ellas se dedican a la exposición de motivos. El proyecto cuenta con 19 artículos, entre los que destaca el deber de los «agentes de la cadena alimentaria» de jerarquizar las prioridades en cuanto a las pérdidas y al desperdicio alimentario de acuerdo con una lista de posibles destinos en la que, en primer lugar, figura la donación de alimentos. Así, de acuerdo con el artículo 5, la prioridad es donar los alimentos, un objetivo sin duda loable pero sometido a grandes incertidumbres en cuanto a su efectiva aplicación. De hecho, no está prohibido no donar, sino más bien *no justificar debidamente no hacerlo*, pues ello resulta finalmente posible de acuerdo con ese mismo artículo. ¿Las consecuencias de la infracción de esa «indebida justificación»? La comisión de una «infracción leve» que se puede multar hasta con 2.000 euros, lo cual bien podría entenderse como «el precio a pagar

por no atender a la jerarquía de prioridades» al haber decidido, en primer término, no dar sino atender a otros usos. La técnica de «multar por la indebida justificación de una no-priorización» haría las delicias de cualquier gobernante o cacique del Antiguo Régimen por el amplísimo margen que atribuye a la administración en el ejercicio de su poder sancionatorio.

La ley también es profusa en proclamar propósitos de sensibilización y formación para que los agentes «actúen de forma activa en la prevención y reducción de las pérdidas y [del] desperdicio alimentario» y para «implicarlos» —de nuevo «no obligarlos»— en esta acción [artículo 11 e)]. Con respecto al pequeño comercio, se adoptarán medidas para que dispongan de líneas de venta de productos «feos», «imperfectos» o «poco estéticos» [artículo 11 d)]. Las vaguedades e inconcreciones son razonablemente intranquilizadoras para los agentes que participan en la distribución y comercialización de alimentos, y probablemente acaben tirando por la calle de en medio despojándose de más de lo razonable. De nuevo, la seguridad jurídica para los destinatarios de las normas se presenta en bancarrota.

La Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de Igualdad de trato y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Cataluña lista en su exposición de motivos un total de 33 razones de discriminación prohibidas,³⁷ y el objetivo de erradicar: «[...] el racismo y la xenofobia; el antisemitismo, la islamofobia, la arabofobia, la cristianofobia, la judeofobia o el antigitanismo; la aporofobia y la exclusión social; el capacitismo; la anormalofobia; el sexismo; la homofobia o la lesbofobia, la gayfobia, la transfobia, la bifobia, la intersexofobia o la LGBTIfobia, y cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas».

Impulsar, implicar, sensibilizar, concienciar, promover, seguir, implementar, informar, inspeccionar, evaluar, educar, orientar, supervisar, acompañar, armonizar, fomentar, vigilar..., éstos son, entre otros, los infinitos infinitivos que colonizan la legislación santimonia.

«Será ley», pero será ley «integral», otra seña de identidad de la legislación hodierna. Se trata de un adjetivo que figura con profusión en la legislación santimonia y que seguramente tuvo, en la popularmente conocida como «ley de violencia de género»,³⁸ su bautismo más célebre. Las leyes de carácter «integral» epitomizan el afán de abarcar el carácter multifactorial en el origen y devenir de los conflictos sociales que se pretenden reglar. Esto es muestra, nuevamente, de exhibición virtuosa, de un legislador que no está dispuesto a dar puntada sin hilo ni dejar títere con cabeza en la erradicación del «mal». Y ello aunque ni disponga de los recursos suficientes para proceder a ese «abordaje integral», ni pueda, en esas leyes, más que anunciar propósitos, deseos, buenas intenciones o disposiciones de conducta de la administración, una administración que en ningún caso va a poder abarcar todas las encomiendas en todos y cada uno de los sectores donde el Estado quiere estar presente, y que por eso mismo justificará aún mayor presencia, intervención, formación y presupuesto.

La pregunta es si debemos resignarnos; si no cabe ya reivindicar las genuinas y buenas razones que anidan tras el uso de la ley y su primacía como instrumento regulador con el sentido y propósito originarios y no en los modos perversos y fraudulentos que he ejemplificado en los anteriores párrafos. Mi respuesta es afirmativa,

pero antes conviene volver sobre los pasos de aquellas razones, las razones del ideal de la «legalidad».

He aludido anteriormente a la legalidad como una «forma», ésa de la que el gran jurista alemán Rudolf von Ihering (o Jhering) afirmó en *El espíritu del derecho romano* que era «enemiga de la arbitrariedad [...], hermana gemela de la libertad [...], el freno que detiene a los que quieren convertir la libertad en licencia, la que contiene y protege. El pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo, sino el guardián de su libertad».

Contemporáneamente, Paolo Flores d'Arcais se ha pronunciado en parecidos términos en su libro *El individuo libertario*: «Hoy, la legalidad tomada en serio, la legalidad como estrategia y práctica coherente, constituye más que nunca el poder de los sin poder [...]. Una política de legalidad es hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables». ³⁹

Con todo, «forma» puede ser pura «formalidad», la que, como bien explicó Carl Schmitt, permitió a la burocracia alemana durante el III Reich cumplir cualesquiera órdenes, por inhumanas que fueran. ⁴⁰ Así, la Ley de Salud Marital, de octubre de 1935, una de las conocidas como «leyes de Núremberg», que prohibía las uniones entre «saludables por herencia» y las personas consideradas «genéticamente ineptas», formaba parte del derecho alemán y era aplicable por los jueces, como bien ilustra la recreación cinematográfica *Judgment at Nuremberg* (1961). ⁴¹ Y es que una determinada forma jurídica es lo que meramente, sin mayores introspecciones, permite en la comunidad jurídica de referencia identificar el rango normativo que tienen los preceptos que emanan de un concreto órgano cuando ha seguido un concreto

procedimiento y así actuar en consecuencia, es decir, aplicando la consecuencia jurídica prevista.

Pero más allá del «revestimiento», de esa «forma», hay un sentido «material» de la ley que apela a su contenido necesario y exclusivo —los aspectos más relevantes o decisivos de la convivencia— y al modo en el que se produce esa disciplina de la conducta de los ciudadanos y de quienes participan en el tráfico jurídico. Así, y teniendo el método de la ciencia empírica como espejo y la explicación nomológico-deductiva como el ideal ilustrado de la racionalidad jurídica, el legislador del Estado liberal, hoy tenido como antigualla, anhelaba regular el comportamiento con carácter general y abstracto, es decir, imputar consecuencias jurídicas a clases de acciones o sujetos; y hacerlo de manera sistemática y coherente. Lo explica Fernanda Pirie en su monumental *Ordenar el mundo: cómo 4.000 años de leyes dieron forma a la civilización*:

Los gobernantes recurren a las leyes porque clasifican en categorías y clases a las personas y a las cosas, así como a sus actividades, y especifican las relaciones entre ellas, lo que hace posible un gobierno más exhaustivo y eficaz. Usan las leyes para definir qué es delito y cuál es la pena adecuada; especifican cómo se pueden vender, alquilar y heredar las propiedades; definen las condiciones para un contrato vinculante o un matrimonio válido [...]. De este modo, las leyes apuntalan regímenes de disciplina, jerarquía y control centralizado. ⁴²

Esa aspiración habría cristalizado en su mejor expresión durante el período llamado de la «codificación», el desiderátum del iusnaturalismo racionalista: a partir de ciertos axiomas, como, por ejemplo, «la cosa pertenece al dueño», cabría derivar todo un conjunto de reglas como teoremas. Por ejemplo, la propiedad por «accesión» que establece el artículo 353 del Código Civil, que da derecho «a todo lo que ellos [los bienes] producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente». La escuela que predominó en la

«ciencia jurídica» durante el siglo XIX en Europa, conocida como «jurisprudencia de conceptos» y capitaneada por Ihering, ve en el jurista a un químico, y contempla el derecho como una tabla periódica de elementos combinables al modo del hidrógeno y el oxígeno para conformar la molécula del agua. El derecho, proclamó Ihering en esa etapa, es «el organismo objetivo de la libertad humana». ⁴³

En 1811, Jeremy Bentham, el insigne representante del reformismo británico y artífice del utilitarismo moderno, escribía a John Adams, entonces presidente de Estados Unidos, para que, del mismo modo que acaecía en Europa, codificara el *common law*, o «derecho común» de creación eminentemente judicial, un simulacro jurídico (*mock law*), según Bentham, cuyos frutos son la incertidumbre y la imposibilidad de conocer el derecho. Le interpelaba en los siguientes términos:

[...] en su país (por no decir en el nuestro), ¿sobre qué base descansan los más importantes y caros intereses de los individuos? ¿O más bien fluctúan? En alguna decisión aleatoria, o en una cadena de decisiones frecuentemente contradictorias, pronunciadas en esta o aquella época bárbara, casi siempre sin razón inteligible que la respalde, bajo el impulso de algún interés privado y siniestro, perceptible o no, sin haberse pensado, o sin posibilidad de haberse pensado [...]. ⁴⁴

No es casualidad que el derecho penal, el derecho codificado por antonomasia, no siga el modelo mosaico, la admonición del tipo «no matarás», sino el que le asemeja al razonamiento de la lógica de predicados: «para todo x, si x es un y entonces z». Lo explicaba el ilustrado Giuseppe Beccaria en 1764, en una de las obras cumbres del pensamiento jurídico: *De los delitos y de las penas*. En su prólogo señalaba:

Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, recopiladas por orden de un príncipe que hace doce siglos reinaba en Constantinopla,

mixturadas después con ritos longobardos y envueltas en farragosos volúmenes de privados y oscuros intérpretes, forman aquella tradición de opiniones que en gran parte de Europa tiene todavía el nombre de leyes.⁴⁵

Y más adelante:

[...] las penas deben establecerse por la ley, no por los jueces, cuyos decretos siempre se oponen a la libertad política cuando no son proposiciones particulares de una máxima general existente en el código [...]. Un malvado [...] puede ser temido, y por tanto desterrado y excluido, en virtud de la fuerza superior de la sociedad; pero no castigado con la formalidad de las leyes, que son vengadoras de los pactos, no de la malicia intrínseca de las acciones.

El vigente artículo 138 del Código Penal español reza: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años». El antiquísimo equivalente del primer Código Penal español, el de 1822, establecía: «Los que maten a otra persona voluntariamente, con premeditación, y con intención de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima, sufrirán la pena de muerte». Compárense ambos preceptos con el arbitrio judicial al que invitaba el derecho del III Reich cuando, en leyes como la de 28 de junio de 1935, se establecía que: «Todo aquel que cometa un acto que la ley declare castigable o que *merezca una pena de acuerdo con las concepciones fundamentales del derecho penal y del cabal sentimiento popular, será castigado*» (las cursivas son mías).

O contrástese con las infracciones establecidas en un decreto del Ministerio de Justicia publicado en la *Gaceta de Madrid* el 13 de agosto de 1936, ya en plena Guerra Civil, en el que se clausuraban todos los establecimientos de las órdenes y congregaciones religiosas que «*de algún modo* hubieran intervenido en el presente movimiento insurreccional», y se calificaba como uno de esos posibles modos de intervención insurreccional el hecho de que alguno de sus miembros hubiera «hecho votos o elevado preces por

el triunfo de la rebelión» [artículo 2.3; las cursivas son mías]. He aquí el acto de íntima convicción que supone el ruego, o la súplica expresada en una oración, elevados a la categoría de infracción jurídica punible. De «*algún modo...*», reza —con perdón— el precepto. Hoy, las leyes que «rezan» no ha mucho tiempo castigaban rezar, contravenían ese brocardo romano de acuerdo con el cual: *cogitationis poenam nemo patitur*. ‘El pensamiento no delinque’, asumen hogaño los penalistas liberales.

Y en el otro bando, otro tanto. Y me refiero concretamente al Bando de 28 de julio de 1936 en el que el presidente de la Junta de Defensa Nacional de España (el general Miguel Cabanellas) había «hecho saber» que las circunstancias que atravesaba España exigían de todo ciudadano el «cumplimiento estricto de las leyes». Es una declaración que sorprende, pues va de suyo que los ciudadanos —y no digamos ya las autoridades públicas— deben cumplir las leyes. La realidad era que mediante ese bando se profundizaba en el uso ilegal de la fuerza, en la subversión del orden jurídico, extendiendo a todo el territorio nacional el estado de guerra, calificando como delitos la falta de auxilio o desobediencia de los funcionarios y otros servidores públicos a la autoridad sublevada; ampliando la competencia de la jurisdicción militar a los delitos de rebelión (y conexos), a los de atentado, a los cometidos contra las personas o la propiedad por motivos políticos o sociales y extendiendo la tipificación de la rebeldía. Así, se incluía en la calificación de «rebeldes» a quienes, por ejemplo, celebrasen y asistiesen a «cualquier reunión, conferencia o manifestación pública sin previo permiso de la Autoridad». Y todo lo anterior, como se señalaba en el preámbulo del bando: «[...] por si alguno [de los ciudadanos], cegado por un sectarismo incomprensible, cometiera actos u omisiones que causaren perjuicio a los fines que persigue

este movimiento redentor de nuestra Patria». ⁴⁶ He aquí a los rebeldes, en definitiva, calificando y juzgando como rebeldía la conducta de quienes defendían el orden jurídico vigente...; he aquí el derecho como pura forma hueca.

Y así fue durante la guerra y a su conclusión. Por poner un ejemplo célebre y trágico, a Julián Besteiro, el dirigente socialista y presidente de las Cortes, se le procesó, juzgó y condenó a cadena perpetua (pena sustituida por treinta años de reclusión mayor) en julio de 1939 por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión militar establecido en los artículos 237 y 238 del Código de Justicia Militar en vigor desde 1890. El artículo 238 incluía entre las conductas tipificables como «adhesión» la de quienes: «[...] valiéndose del servicio oficial que desempeñen, propalen noticias o ejecuten actos que puedan contribuir a favorecerla [la rebelión]». Es decir, Julián Besteiro, y no quienes le juzgaban, que fueron los que se rebelaron, se había adherido a la rebelión con una conducta consistente en intentar frenar la rebelión. ¿Y qué había hecho Julián Besteiro para «adherirse» y ser condenado por ello? Asistir en mayo de 1937 a los actos de coronación de Jorge VI en representación del presidente de la República española. ⁴⁷

Cuando ya el avance de las tropas franquistas presagiaba su victoria, allá por 1938, Ramón Serrano Súñer, que sería ministro del Interior al concluir la guerra, encargó a una comisión de 22 juristas (catedráticos de universidad, jueces y políticos) presidida por Ildefonso Bellón, magistrado del Tribunal Supremo, la redacción de un dictamen sobre la legitimidad del alzamiento. ⁴⁸ Se trataba, se dice en la exposición de motivos de dicha orden, de «demostrar al mundo, en forma incontrovertible y documentada, nuestra tesis acusatoria contra los sedicentes poderes ilegítimos [...] que al alzarse contra ellos el Ejército y el pueblo, no realizaron ningún acto

de rebelión contra la autoridad ni contra la ley». El informe, el «Dictamen de la Comisión sobre la ilegitimidad de los poderes actuantes en 18 de julio de 1936» (conocido como «Informe Bellón»), fue presentado en febrero de 1939 y sirvió de base para la promulgación de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939. Se trata de una «ley» dictada por Franco mismo por mor de sus autoatribuidas competencias para establecer normas de carácter general mediante la Ley de 30 de enero de 1938 [artículo 17],⁴⁹ una ley esta última dictada por... ¿lo adivinas?..., en efecto, por ese mismo «dictador».

En 1934, Carl Schmitt afirmaba:

En un Estado dirigido por un solo líder en el que el cuerpo legislativo, el gobierno y la justicia no se vigilan con recelo, como sucede en el Estado de derecho liberal, lo que normalmente se consideraría justo para un «acto de gobierno» tiene que serlo en una medida muchísimo mayor al tratarse de un acto por medio del cual el *Führer* probó su liderazgo y judicatura supremos. *El Führer mismo determina el contenido y los alcances de su proceder.*⁵⁰

Como Franco hizo... Parafraseando a Carl Schmitt, la legalidad franquista fue una inequívoca expresión del *Francoprinsip*.

Pero conviene recordar todo el rizo: el 1 de octubre de 1936, el general Franco había sido nombrado jefe del gobierno del Estado español y generalísimo de las fuerzas nacionales de tierra, mar y aire, es decir, investido de «todos los poderes del nuevo Estado», de acuerdo con un «decreto» de una «Junta de Defensa Nacional» de 29 de septiembre de 1936 (el número 138). Pero resulta que, un par de meses antes, el día 21 de julio, y mediante Decreto del Ministro de Guerra (Luis Castelló Pantoja) aprobado por el Consejo de Ministros y publicado por la *Gaceta de Madrid* el 22 de julio, Franco había «causado baja definitiva en el Ejército».⁵¹ ¿De qué ejército era entonces el generalísimo Francisco Franco el 29 de septiembre

de 1936? ¿Acaso no era, parafraseando a san Agustín, el jefe de una «banda de piratas»? ⁵²

Imperaba e imperó la ley del más fuerte, y así fue como se promulgó y resultó efectiva la Ley de Responsabilidades Políticas mediante la cual se hacía culpables de delitos e infracciones diversas precisamente a quienes se resistieron al cambio, por medio de las armas, de la legalidad republicana vigente. Se les hacía responsables de forjar la «subversión roja», por acción u omisión, y mantenerla viva «durante más de dos años» (desde el 1 de octubre de 1934 hasta el 18 de julio de 1936) entorpeciendo el triunfo providencial del Movimiento Nacional, una victoria que se describía como «históricamente ineludible» en la exposición de motivos de la Ley de Responsabilidades Políticas. Una norma a la que el propio Serrano Súñer tildó de «justicia al revés» en sus memorias.

Un botón de muestra bastará. En el estudio del penalista Ignacio Berdugo sobre la represión franquista de la primera hora tras la finalización de la contienda, se da cuenta de las conductas que pudieron ser juzgadas como «adhesión a la rebelión militar». Así, en una sentencia de 11 de marzo de 1941 se castiga por ello a una mujer «[...] de mala conducta e ideas comunistas» por excitar a los milicianos al vandalismo y por incautarse «[...] de víveres y objetos y ropas de la Iglesia para confeccionar vestidos a un hijo suyo que apodaba “Lenin”». ⁵³

A esa forma de «justicia al revés», y «de parte», debe añadirse la que supuso la Ley de 23 de septiembre de 1939 considerando no delictivos determinados hechos de actuación político-social cometidos desde el 14 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936. En aplicación de dicha ley, no se trataba de indultar a quienes hubieran cometido delitos calificados contra la Constitución, el orden público, los homicidios, lesiones, daños... durante ese período

«[...] por personas respecto de las que conste de modo cierto su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre de aquellos hechos que por su motivación político-social pudieran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno que con su conducta justificaron el Alzamiento» [artículo 1]. Reparemos en ello: no se trataba de aplicar medidas de gracia, se trataba de «destipificar retroactivamente», entender aquellos hechos como «no delictivos». No ya de «perdonar», sino de, directamente y al cabo, «borrar» como si nunca se hubieran dado aquellas fechorías a manos de quienes finalmente resultaron «vencedores», de los «hunos» frente a los «hotros», en célebre expresión de Unamuno.⁵⁴

¿Y en el otro bando? El 7 de mayo de 1937, el presidente de la República Manuel Azaña y el ministro de Justicia Juan García Oliver firman un decreto en Valencia mediante el que se crea la Justicia Penal Popular y los denominados «Jurados de Urgencia», «[...] para conocer y sancionar los actos de hostilidad y desafección al régimen que no sean constitutivos de los delitos previstos y sancionados en el Código Penal común y en las leyes penales especiales».⁵⁵ El artículo 55 c), por ejemplo, sanciona la observación de una «conducta que, sin ser constitutiva de delito, demuestre, por sus antecedentes y móviles, que quien la practica es persona desafecta al régimen». Y también: «Cualquier otro hecho que, por sus circunstancias y consecuencias, deba estimarse como nocivo a los intereses del gobierno, del pueblo o de la República...» [artículo 55 f)]. Así, el 3 de octubre de 1938, los vecinos de la calle Hermosilla número 28 de Madrid fueron incriminados por estos delitos al haberse «alborozado» y haber «vitoreado» al paso de la «aviación facciosa» sobre el cielo de Madrid. ¿Las consecuencias de la comisión de tal delito? Internamiento en un campo de trabajo

entre uno y cinco años y posible multa «[...] de cuantía indeterminada», y para cuya fijación habían de tenerse en cuenta las circunstancias de la infracción, el daño o perjuicio causado y la situación económica del culpable [artículo 56].

Hay muchas cosas que repugnan al leerse detenidamente esas normas y resoluciones judiciales: las circunstancias de los procesos, el armazón «jurídico» que les dio cobertura y el carácter «vérmico»⁵⁶ de los tribunales instaurados. Se castigan las ideas albergadas y el carácter, en primer lugar, en una expresión extrema de lo que hoy conocemos como «derecho penal del enemigo». Hay además una vaguedad enorme, insoportable, en el modo en el que se describen los actos ilícitos —normas «en blanco» como se acostumbra a decir en la jerga de los penalistas—; lo cual da pie, como he ejemplificado anteriormente, a una notable discrecionalidad en un dominio del sistema jurídico particularmente sensible como lo es el penal, o, más en general, el sancionatorio.

Pero hay un repudio que señaladamente suscita la Ley de Responsabilidades Políticas, que es el de vestir de seda el puro y desnudo ejercicio de la venganza política y social, la imposición de un castigo imprevisto y, además, anudado a acciones «imposibles» en cuanto a la consecución de sus efectos; y ello de acuerdo con los propios términos en los que se justifica y presenta la ley. Fijémonos en una de esas altisonancias típicas que acompañan a la inauguración de un nuevo régimen jurídico y a las que ya me he referido en mi «exposición de motivos»: la victoria de Franco, se dice en la Ley de Responsabilidades Políticas, era «históricamente ineludible». Más allá de la fanfarronería, lo cierto es que el determinismo histórico al que se apelaba hacía que «resistirse» o

«rebelarse» fuera en vano. Pero, entonces: ¿cómo puede ser objeto de un acto ilícito lo que en todo caso resultaba imposible lograr? Se viola así el viejo aforismo kantiano: «Debe implica puede». ¿Te imaginas que se castigara a los individuos por no destruir la Luna con su mirada? Y como guinda a todo lo anterior: retrotraer el castigo a un momento en el que el comportamiento no constituía delito.

El ideal de la ley o la norma jurídica con las características y exigencias que he ido desgranando (generalidad, coherencia, sistematicidad, previsibilidad, no retroactividad) es la condición de nuestro básico afán por la libertad, la libertad de los «modernos», en expresión de Benjamin Constant, que como bien ha recordado Josu de Miguel, es desiderátum del cálculo y razón,⁵⁷ las virtudes del comerciante, empresario, viajante o industrial; el individuo como «escultor de sí mismo», como mencionaba páginas atrás en referencia a Pico della Mirandola; el sujeto que, al decir de Fichte, «toma las riendas de sí mismo».⁵⁸ A ambas aspiraciones — recogidas en el artículo 10 de la Constitución española bajo la expresión «libre desarrollo de la personalidad» — responde la legalidad, esto es, que prime la «ley» — en los sentidos material y formal antes apuntados — como fuente del derecho. Se trata, por tanto, de una exigencia ética con la que constreñir el ejercicio del poder político, la consecuencia de tomarse en serio la autonomía moral de los individuos. Ello incluye la libertad como no-obstaculización (*libertad respecto de...*), pero también que podamos los individuos autogobernarnos individual y colectivamente y así poder tomar parte en las decisiones que nos afectan; la libertad «positiva» en los términos de Isaiah Berlin, siquiera sea de manera

mediata, por representación política (*libertad para...*). Se trata, a la postre, también del ideal rousseauniano de ser la ley expresión de la voluntad general, de la composición de los intereses de los ciudadanos.⁵⁹ «La Nación española —se lee en el preámbulo de la Constitución— proclama su voluntad de consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley *como expresión de la voluntad popular*» (el énfasis es mío).

Francisco Laporta ha sintetizado y explicado las razones de esa primacía con suma claridad: «[...] los postulados éticos que tratan de imbuir el sistema jurídico de las exigencias de la autonomía personal forzándolo a expresarse en forma de “reglas” y los postulados políticos que demandan que sea la voluntad general la que establezca esas pautas en forma de reglas por las que se ha de regir la comunidad conducen inexorablemente a la primacía de la ley como fuente del derecho».⁶⁰ Con esa primacía se incrementa la capacidad de saber a qué podemos atenernos, una vinculación ésta entre posibilidades de acción y «seguridad jurídica» que, como nos recuerda también Francisco Laporta, se encuentra ya diáfananamente defendida por Thomas Hobbes,⁶¹ y de la que también el Tribunal Constitucional español se ha hecho eco: «[...] toda restricción a la libertad ha de ser cierta y previsible, pues en otro caso la ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental».⁶²

Pero no es sólo que el despliegue de esa autonomía informe o justifique la legalidad; es que esta misma, la ley, es condición de posibilidad de la libertad en primer término. El Tribunal Constitucional español ha reiterado que la libertad a la que se refiere el artículo 17 de la Constitución española, que consagra el derecho a la «libertad y a la seguridad», se refiere a la «libertad física». En su sentido más primario o inmediato, cabe aludir a los movimientos corporales, a desplazar nuestro cuerpo. Claro que, al hacerlo, uno

mismo puede ser la interferencia de la libertad de otros, o la causa inmediata de la afectación de sus bienes más básicos. ¿Cómo no impedir que un adulto salte encima de un grupo de niños pequeños que se echan la siesta sobre el césped? ¿O que mueva mi puño en la dirección de la cara ajena, de quien no me ataca?

Es por ello por lo que, en una genealogía que puede trazarse desde Cicerón —*Legum servi sumus ut liberi esse possimus* ('Somos esclavos de las leyes para poder ser libres')—⁶³ hasta el jurista italiano Piero Calamandrei, pasando por John Locke y John Adams, en ausencia de leyes, en estado de naturaleza, no hay libertades sino primado de la ley del más fuerte.⁶⁴

Claro que cualquier ley en sentido formal y material, dictada por el órgano correspondiente, ordenada, sistemática y con los rasgos de la generalidad y la abstracción puede ser terriblemente opresiva para el despliegue de la autonomía moral de los seres humanos. En un Estado que se toma en serio dicho valor, a la primacía de la ley se acompaña la condición kantiana de tener como único límite de la libertad individual la libertad ajena, es decir, todo individuo debe tener el mismo derecho a las más extensas libertades básicas compatibles con las similares libertades ajenas, de acuerdo con la formulación del primer principio de justicia de John Rawls.⁶⁵

En definitiva, tras las razones de la ley estarían también las razones de los derechos y su garantía. A ello iremos, pero antes se impone una parada previa.

2

Anatomía de un Estado parvulario: la burocracia del consuelo

Al seguidor atento a la realidad política e institucional en democracias constitucionales como la nuestra, le habrá llamado la atención la proliferación en los últimos tiempos de «testimonios de menores» en Parlamentos u otras instituciones políticas, así como en foros internacionales o de discusión pública; incluso cuando el objeto de la deliberación (lo que está en juego) es de una extraordinaria complejidad, como es el caso de la llamada «transición ecológica» derivada de la emergencia o cambio climático. Quizá sea Greta Thunberg la que mejor epitomiza ese fenómeno, una preadolescente de repercusión «global», premiada múltiples veces, con legiones de seguidores, menores y adultos, ciudadanos de a pie y responsables públicos a los que confronta, afrenta y riñe para solaz de buena parte del respetable, y a la que ahora se ha sumado el menor colombiano de nombre Francisco Vera Manzanares, que con once años de edad alecciona a los diputados colombianos, y al mundo en general, sobre la necesidad del «decrecimiento» para así lograr la sostenibilidad.¹ La ONU cuenta con el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), formado por 195 países y que, con el concurso de miles de científicos del más alto nivel, especializados

en distintos aspectos de la evolución del clima, elabora sesudos informes sobre el desarrollo de la descarbonización de la economía y la mejor manera de reducir el impacto antropogénico en el planeta. Frente a ello, las intuiciones, miedos y esperanzas de Francisco Vera y Greta Thunberg deberían ser anecdóticas, pero orientan la discusión pública, abren telediarios y ocupan primeras páginas en la prensa.

El 27 de octubre de 2021, mediante generación de imágenes por ordenador (CGI), una suerte de holograma de *T. rex* se dirigía a una Asamblea General de Naciones Unidas repleta de diplomáticos y representantes gubernamentales para instar a los gobiernos del mundo a dejar de subvencionar a las compañías generadoras de energía a partir de combustibles fósiles.² «No escojan extinguirse», decía el simpático dinosaurio. «Lo nuestro fue por un meteorito.»

En fechas cercanas a las que el niño colombiano Francisco Vera se dirigía a los senadores de su país, Elsa, una niña trans extremeña, lo hacía en el Parlamento de Extremadura, donde, ante un auditorio conmovido, reclamaba a los representantes que «no permitan que nadie nos arrebatte la felicidad». Elsa había dado, según titulaba la noticia el periódico digital *El confidencial*, «una lección a los políticos».³ La felicidad es precisamente aquello que no pocos adultos que «detransicionan» consideran que les fue arrebatado cuando sus representantes permitieron que aceptaran tratamientos farmacológicos o cirugías para así resolver una transexualidad que era sólo aparente.⁴

En ocasiones son los adultos quienes infantilizan hasta el extremo su comportamiento en los foros políticos. Y lo hacen incluso en circunstancias tan solemnes, decisivas y críticas como lo puede ser un proceso constituyente, y hasta el punto de acudir disfrazados a la sede de los debates. Así ocurrió el 29 de julio de 2021 cuando

los constituyentes chilenos electos Cristóbal Andrade y Giovanna Grandón asistieron a la sesión de la Convención Constitucional disfrazados de dinosaurio azul y de Pikachu respectivamente. (Grandón, de hecho, había convertido el disfraz en su seña de identidad durante la campaña para la elección de la Convención Constitucional, lo cual le granjeó una enorme popularidad y su elección como constituyente.) Su afán, dijeron en ese momento, era simbolizar que «el pueblo y el 18 de octubre están dentro de la Convención».⁵ El constituyente Nicolás Núñez, por su parte, con la pretensión de «desformalizar los espacios de poder», subió a la tribuna guitarra en ristre el 26 de octubre de 2021, y se dirigió a la Convención cantando una canción entre cuyas estrofas se incluía la siguiente: «Yo soy un constituyente, chileno afrodescendiente, yo soy un constituyente [...], el delincuente es el presidente».⁶ En la sesión de 3 de mayo de 2022, Núñez intentó ejercer su derecho a voto telemáticamente, a viva voz, mientras se estaba duchando.⁷

A finales de septiembre de 2021, el gobierno español anunciaba la creación de una suerte de «Consejo de Ministros» infantil y adolescente, el Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia (CEPIA),⁸ que, tras una convocatoria discreta en sus resultados (se recibieron 136 solicitudes de toda España para elegir a 34 miembros de entre diez y diecisiete años) se reunió por primera y única vez el 9 de diciembre de 2021.⁹ Desde entonces no se tiene noticia del contenido concreto de las iniciativas, propuestas o recomendaciones que los niños hayan podido hacer a las administraciones, una de sus funciones más importantes de acuerdo con la Orden DSA que regula su creación y funcionamiento, ni tampoco hay constancia de la memoria sobre sus actividades que, de acuerdo con dicha normativa, debe elaborar dentro del primer semestre de cada año. Pero, de nuevo, ocupó unas cuantas

aperturas de noticiarios, *flashes* en las redes sociales y más de una tertulia radiofónica.

Ese enaltecimiento de la infancia en el foro público, de su capacidad para influir en la acción política, contrasta esquizofrénicamente con el modo en que también han sido y son tratados los niños por las instituciones. Así, la juez de familia argentina Mariana Josefina Rey Galindo, que tuvo que resolver una disputa sobre el derecho de paternidad sobre una menor en el Estado de Tucumán, allá por febrero de 2020, no sólo amparó la posibilidad jurídicamente inédita de que la menor contara con dos padres así registrados, sino que incluyó en su sentencia algunos párrafos en forma de «misiva» a la menor, una suerte de metanarrativa, para lo cual cambió además el tipo de fuente tipográfica buscando mayor complicidad y cercanía de la niña. Se dirigió a ella en los siguientes términos:

Juli, tenés razón cuando decís «que no querés elegir entre tus dos papás». Tenés derecho a conservar a los dos, al papá Roberto y al papito Jorge. También tenés razón al no permitir a los grandes —y admiro tanta valentía— que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no tenés que elegir entre Jorge y Roberto. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo, eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia.

La juez se «despedía» de Juli invitándola a «charlar» con ella: «Para eso podés venir al juzgado, aquí en Monteros, cualquier día por la mañana, o si vos querés me avisás y yo voy hasta Amaicha, así te explico todo lo que aquí está escrito, y vos me cuentas qué te parece [...]. Otra opción es que podés llamarme a mi teléfono celular, aquí te lo paso». ¹⁰

En circunstancias todavía más dramáticas, las que justificaban el estado de alarma decretado en España en 2020 y la imposición del confinamiento general a la población para hacer frente a la

pandemia de la COVID-19, Pablo Iglesias, entonces vicepresidente del gobierno, comparecía en rueda de prensa para explicar las restricciones impuestas a los menores: «[...] se permite correr, saltar, hacer ejercicio a los niños [...], podrán salir con sus propios juguetes, con una pelota, con un patinete, pero no podrán hacer uso de espacios comunes para evitar que el virus se pudiera propagar». ¹¹ Si no era en «espacios comunes»..., ¿adónde cabía salir para montar en patinete o jugar a la pelota? Con el tiempo hemos sabido lo muy dañinas que han sido esas restricciones para la infancia española, sin apenas parangón en el mundo, pero entonces también intuimos y confirmamos la extraordinaria dificultad de sobrellevar mandatos del gobierno inmediatamente contradictorios.

La infancia puede anticipar su madurez a la hora de ser escuchada y atendida sobre asuntos importantes y complejos, pero, al mismo tiempo, la edad de juventud puede ser «estirada» para que los jóvenes puedan beneficiarse de los recursos del Estado social y democrático de derecho: por ejemplo, de un campamento «del gobierno», «gratuito», para «jóvenes trans» subvencionado por el Instituto de la Juventud (Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030), en el que se contempla «un programa de actividades diseñado para combatir la introversión, la timidez y la inseguridad, y fomentar el desarrollo de habilidades sociales mediante la comunicación, la interacción y el empoderamiento. Todo ello será posible mediante conferencias, talleres, dinámicas, proyecciones de documentales, juegos y exposiciones», y en el que se permite la inscripción a individuos de... ¡hasta treinta años! ¹² También hasta los treinta años podrán los jóvenes españoles hacer uso del pase Interrail subvencionado al 50 por ciento para viajar en tren por toda Europa, de acuerdo con el anuncio hecho por el presidente del

gobierno en plena precampaña electoral de las elecciones municipales del 28 de mayo de 2023.¹³

Añádase a todo el anterior elenco de brotes de esquizofrenia institucional y política el tratamiento jurídico que impera en relación con las otrora denominadas «personas con discapacidad mental» o «discapacitados mentales», hoy «neurodiversos», a quienes ya no se puede, salvo en contadísimas excepciones, incapacitar judicialmente de manera absoluta, por mor de la revolucionaria reforma en la legislación civil y procesal que ha supuesto la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad;¹⁴ la consagración jurídica del llamado «modelo social de la discapacidad», un paradigma que vendría a desplazar al conocido como «modelo médico».

Algunos estudiosos han destacado que el modelo social constituye una de las derivadas del triunfo cosechado por el movimiento en favor de los derechos civiles de las mujeres y de las minorías raciales que emergió a finales de la década de 1950. Esa suerte de onda expansiva habría alcanzado a las personas con discapacidad del siguiente modo: las dificultades que afrontan para desarrollarse como agentes morales, su «diferencia», se vincula más al diseño institucional o social que a la existencia de una «anomalía», «tara» o «enfermedad» que los individuos padezcan.¹⁵ Sobre ese cimiento teórico se asienta el modelo social.

En el ámbito de la salud psíquica, la Proposición de Ley General de Salud Mental, que fue presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común el 10 de septiembre de 2021, ahonda en ese paradigma apuntando al «modelo de sociedad» como uno de los determinantes de la

discapacidad o enfermedad mental. La retórica de la exposición de motivos de la proposición de ley no puede ser más ilustrativa: «[...] la difusión de discursos individualistas que ponen el foco en la autoexigencia y en la hiperresponsabilización individual, obviando las causas y estructuras sociales, contribuyen a perfilar una sociedad del cansancio en la que las personas tornan en empresarias de sí mismas, como han diagnosticado algunos filósofos contemporáneos. Se configura así un contexto de malestar social que favorece la prevalencia de problemas de salud mental». La proposición de ley profundiza también en el «antibiologicismo» y en la necesidad de incorporar «la *investigación en primera persona* y la producción del *conocimiento situado con base en la experiencia de las personas usuarias* de los servicios de salud mental». ¹⁶

Para profundizar en las implicaciones del modelo social de la discapacidad tomemos el caso de la discapacidad física, y específicamente el hecho de estar ciego, sordo o limitado en la bipedestación por una paraplejia. La imposibilidad de ver, oír o andar merma la satisfacción de intereses o necesidades de un individuo, y no *porque padezca una minusvalía o discapacidad*, sino *porque la vida social está diseñada* de modo tal que formas alternativas y no mayoritarias de vivir sensorialmente o de moverse en el espacio no resultan posibles. De acuerdo con dicho modelo social, y si ponemos como referencia al célebre músico Stevie Wonder, que padece una ceguera congénita, no deberíamos afirmar que «no puede conducir *porque está ciego*», sino que «no puede conducir *porque la circulación viaria en vehículo de motor no está adaptada* a las personas como él». Así, la «normalidad» de que los ordenadores tengan pantalla o de que existan orquestas sinfónicas tiene que ver con la estadística, sostendrían los partidarios del modelo social, pues la mayoría podemos ver y oír con los sentidos

de la vista y del oído, respectivamente. En palabras de Agustina Palacios y Javier Romañach (en *El modelo de la diversidad*), que vale la pena transcribir en su integridad:

Las mujeres y [los] hombres con diversidad funcional tienen que ver con sociedades que, siendo intrínsecamente imperfectas, han establecido un modelo de perfección al que ningún miembro concreto de ellas tiene acceso, y que definen la manera de ser física, sensorial o psicológicamente, y las reglas de funcionamiento social. Y [...] este modelo está relacionado con las ideas de perfección y «normalidad» establecidas por un amplio sector que tiene poder y por el concepto de mayorías meramente cuantitativas.¹⁷

En esa medida, Stevie Wonder y todos aquellos que se reclaman «diversos funcionales» estarían discriminados, y de lo que se trataría es de acabar con el «capacitismo» —la preferencia por quienes no sufren de una discapacidad— que impera en nuestras sociedades.¹⁸ Quienes abogan por el «modelo social» reivindican, además, el capital social que atesoran los discapacitados por su condición «diversa» y un modelo de «vida independiente» que abjura del paternalismo con el que el clásico *welfare state* había abordado la «minusvalía» o «discapacidad».¹⁹ Ejemplos heroicos como los del pionero estudiante de Berkeley Ed Roberts (el primer alumno estadounidense que fue capaz de egresarse superando las dificultades de moverse por el campus en una silla de ruedas) o experiencias como las del «Camp Jened», donde jóvenes estadounidenses discapacitados e institucionalizados coincidían durante los veranos del principio de la década de 1970,²⁰ son frecuentemente invocadas por quienes defienden dicho modelo social y el conjunto de cambios institucionales y socioeconómicos que entraña abrazar tal paradigma; cambios —llamados «ajustes razonables» en la jerga que se ha consolidado en este sector del ordenamiento jurídico— que también alcanzan, y de manera muy

principal, al derecho a la educación mediante la apuesta por la llamada «educación inclusiva». Comprobémoslo...

El día 26 de febrero de 2019, el profesor Ignacio Calderón Almendros comparecía en su condición de experto pedagogo en la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados para hablar sobre educación inclusiva. Así la definía:

Lo que se ha llamado educación inclusiva es la educación pero para todos. Y la educación es un derecho humano fundamental que desde la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2008 tiene que ser para todo el alumnado. Es decir, la educación, obviando ahora el adjetivo de *inclusiva*, está obligada a afrontar el reto de cuestionar el modelo escolar que está negando sistemáticamente derechos humanos a toda nuestra infancia. Y he dicho a toda: a quienes son excluidos de la educación común y también al resto que aprende a ser excluyente. Les tengo que insistir: de lo que hablamos es de derechos humanos con mayúsculas que siguen siendo vulnerados y que deben ser respetados por obligación moral y por imperativo legal.²¹

Yo también insisto: a juicio del profesor Calderón, se violan masivamente los derechos humanos en todo aquel sistema educativo en el que, como ocurre en España, a partir de un determinado momento en el que el menor, por su condición, no es capaz de seguir la actividad curricular regular y programada de acuerdo con la legislación educativa vigente y es segregado para que se ocupen de él de manera más personalizada en otro centro. El «ajuste razonable» —se estima— consiste precisamente en esa escolarización en un centro de educación especial. «Lo que llamamos discapacidad —dijo ya Calderón en 2018—, es un asunto de poder [y por tanto social] aunque en las escuelas se sigue afrontando como una realidad biológica e individual».²² Para el resto

de los niños, los «capaces», la inclusión tiene, además, según señala Calderón, el valioso efecto educativo de convivir con la diversidad. E insiste: «Con lo que estamos lidiando es con los derechos humanos, el derecho universal a la educación proclamado en el artículo 26 de la Declaración de los Derechos Humanos y que España viola casi setenta años después. Se ha hecho una lectura restrictiva de la declaración de acuerdo con la cual algunos niños no encajan. O, dicho de otra manera: a un grupo social se le deniega su inclusión en la categoría humana. Y, puesto que estamos ante una cuestión de derechos humanos, tenemos la obligación moral y el imperativo jurídico de asegurar que todas nuestras escuelas se diseñan para todos los estudiantes». ²³

Esa segregación, sin embargo, es algo con lo que miles de padres de niños con «diversidad funcional», que atestiguan de primera mano la realidad biológica de su hijo, están de acuerdo. Entre otras cosas porque son los primeros en asumir y comprobar que sus hijos no pertenecen a «grupo social alguno»; asumen que un niño sordo, ciego o con síndrome de Williams tiene unas necesidades educativas que difieren completamente de las atenciones, los estímulos y los cuidados que necesita Paulina, la hija del célebre escritor Paco Bescós, ²⁴ o de los que precisa la niña Ashley, con la «edad mental» de una bebé de tres meses y que nació en 1997, y cuyo «tratamiento» generó una espectacular controversia en la comunidad científica y bioética estadounidense. ²⁵ En resumen, la inclusión que propugna Calderón puede constituir un muy «irrazonable ajuste».

Sin embargo, esa segregación que podría justificarse porque una educación más especializada es la mejor garantía del «derecho humano a la educación» de quienes, por causas objetivamente diagnosticables de «disfuncionalidad», la necesitan, ²⁶ pudiera tener

los días contados. La Ley Orgánica 3/2020 de 29 de diciembre por la que se modifica la ley 2/2006 de 3 de mayo de educación, la popularmente conocida como LOMLOE, insiste en su exposición de motivos en el derecho a la educación inclusiva como un derecho humano y prevé un horizonte de diez años en el que la «educación especial» acabará siendo residual.²⁷

Estas previsiones institucionales no sólo ejemplifican una de esas patologías del racionalismo simplista que el filósofo Gustavo Bueno etiquetó como «pensamiento Alicia»,²⁸ sino que, además, pudieran ir en contra de los intereses y necesidades de los afectados, cuyos derechos humanos se invocan y se pretenden salvaguardar con las mencionadas previsiones institucionales.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada en Nueva York en 2006, así como la observación general número 1 que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dictó en 2014 son los más relevantes instrumentos jurídicos en los que se plasma esa concepción «social» o «constructivista» de la discapacidad. Así, el artículo 9 de la Convención establece la obligación de la accesibilidad para que las personas con discapacidad puedan gozar de una vida independiente y plenamente participativa, y el artículo 12 obliga a los Estados a reconocer que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», así como a garantizar su derecho a «ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [a velar] por que las personas con

discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria», y también a que, en el momento de prestar los «apoyos» para la toma de decisiones a las personas con discapacidad se «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona», que no haya conflicto de intereses ni «influencia indebida» y que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Esta provisión ha invitado a una lectura maximalista de acuerdo con la cual quedaba desterrada toda posibilidad de sustituir en la toma de decisiones a quienes sufren discapacidades cognitivas o mentales muy severas. La ancestral distinción del derecho civil entre capacidad jurídica —la que tiene todo aquel sujeto de derechos por la sola condición de reunir las condiciones para ser «persona»— y la capacidad de obrar —poder actuar por uno mismo en el tráfico jurídico, es decir, ejercer los derechos— pasaba a la historia: la tradicional tutela y la representación en función de los intereses objetivos del representado han sido prácticamente sustituidas por un régimen de «apoyos» que pivota sobre la institución de la «curatela». ²⁹ Es por ello por lo que países como Australia, Noruega, Países Bajos y Canadá, no ayunos de credenciales solventes en el respeto a los derechos humanos, formularon reservas expresas al artículo 12 cuando ratificaron la Convención. No así España, donde ha hecho fortuna la idea de que de lo que se trata en todo caso es de respetar la «voluntad» de la persona discapacitada, quien, por lo general, habrá de ser quien tome sus «propias decisiones». Nuevamente, «una cuestión de derechos humanos», se dice en el preámbulo de la Ley 8/2021. ³⁰

Y, por si quedaba alguna duda, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad dictó en 2014 la mencionada observación general número 1, con la que se pretende dilucidar el espíritu del referido artículo 12. De la lectura de ese texto resulta

que las reservas y los «temores» de los países antes mencionados no eran infundados: el Comité ha abrazado sin apenas reticencias el modelo social de la discapacidad cuando ésta se refiere también a lo psíquico o mental, una aplicación del principio de «unidad en la concepción de la discapacidad» que genera severas objeciones;³¹ hasta el punto de que, como han señalado profesionales de la salud mental tan acreditados como Paul Appelbaum, la implementación de la observación número 1 puede acabar dañando precisamente a quienes pretende proteger.³²

Lo que podríamos calificar como «intervención tradicional» sobre la persona con discapacidad, ahora finiquitada, se apoyaría en tres pilares: privación o limitación jurídica de su capacidad de obrar mediante la monitorización judicial, representación sustitutiva de la voluntad del representado e interés superior del individuo como criterio para el sometimiento a tal intervención. Se trata, como ha expuesto Macario Alemany, de un modo de paternalismo justificado, en nada distinto del que se ejerce con los menores de edad.³³ De hecho, resulta muy difícil entender que menores con competencia y capacidades intelectivas evidentemente muy superiores a las de las personas adultas que sufren severas discapacidades cognitivas sigan careciendo de las posibilidades de éstos o estén sometidos a formas de tutela que en la práctica anulan o limitan significativamente su voluntad. Pensemos, por poner sólo un ejemplo, que, mediante la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General —ley que no cosechó ni un solo voto en contra en el Parlamento español—, se garantiza el sufragio activo a toda persona mayor de dieciocho años, independientemente de su discapacidad e incluyendo a quienes hubieran sido previamente privados del ejercicio del derecho de voto por sentencia judicial de

incapacitación. En las elecciones generales celebradas el 28 de abril de 2019, más de cien mil personas que se encontraban bajo esa situación de incapacitación pudieron votar. Pues bien, en las elecciones municipales que se desarrollaron muy poco tiempo después, el 26 de mayo de 2019, una mujer a la que los medios de comunicación se refirieron como Sonsoles resultó elegida como vocal titular de mesa electoral. Sonsoles tiene una discapacidad diagnosticada del 90 por ciento, no habla y es incapaz de relacionarse. Los padres que la cuidan y acudieron con ella al colegio electoral para excusarse, esperaban angustiados que la Junta Electoral Central no le impusiese una sanción.³⁴ Sonsoles puede votar y ser vocal de mesa, pero los menores que nos instruyen sobre la transición ecológica, a quienes «acompañamos» en su decisión de administrarse bloqueadores puberales y hormonas en procesos de cambio de sexo, o aquellos que son convocados al Consejo Estatal de Participación de la Infancia y de la Adolescencia carecen de todo derecho de sufragio.

El modelo social no puede, a mi juicio, reemplazar la caracterización clínica o médica de la discapacidad; o no lo puede hacer si no es a costa de sacrificar un buen número de intuiciones, instituciones y prácticas bien consolidadas que presuponen que la discapacidad es un infortunio, una indeseable condición intrínseca que empeora la calidad de vida de los individuos. Y es que las discapacidades pueden ser entendidas como formas de «cronificada pérdida de salud», y pocos dudan de que debemos luchar contra la enfermedad y en favor de la restauración de la salud; hasta el punto de que los medios para atajarla —la asistencia sanitaria, señaladamente— forman parte de un derecho subjetivo tenido por fundamental o

humano. Se emplean recursos clínicos de todo tipo para intentar que una persona que ha sufrido un accidente recupere su movilidad; se administra pilocarpina a quienes sufren glaucoma para evitar su ceguera, y a quien cursa una otitis se le recetan antibióticos para que no se produzca una perforación del tímpano que le deje sordo. Se permite abortar cuando se detecta una malformación en el feto, lo cual evidencia que dicha anomalía no es una «forma distinta de ser», cosa que sí decimos de la etnia o la condición sexual. ¿Qué sentido tiene el diagnóstico genético preimplantacional bajo el «modelo social de la discapacidad»? ¿Acaso la inmensa mayoría de los ciudadanos e instituciones incurrimos en el error colectivo de celebrar, apoyar y sufragar la investigación básica que ayude a eliminar enfermedades congénitas como la espina bífida, la fibrosis quística, la corea de Huntington y todas las patologías mentales de base genética, como la esquizofrenia misma?

Y pensemos, por último, en los presupuestos de la práctica de la eutanasia, lo que ahora en España no sólo se permite y garantiza como una prestación sanitaria al amparo de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (LORE),³⁵ sino que se ha consagrado como un «derecho fundamental».³⁶ Así, el artículo 5.2 de la LORE dispone que no será exigible el consentimiento del paciente en aquellos supuestos en los que el médico certifique que no se encuentra «en pleno uso de sus facultades» y cuente con un «documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento». Es más, el artículo 9 establece que, en esos supuestos, «el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o

documento equivalente». Hemos de suponer que se hará incluso contra su voluntad actual de seguir viviendo.

Las voluntades anticipadas, por lo tanto, presuponen que los individuos se atan al mástil, como Ulises en la *Odisea* de Homero, ordenando a sus tripulantes (de tales ofician los médicos en el futuro) que no hagan caso a sus ruegos posteriores de ser desatados. En nuestro caso, quien anticipa su voluntad eutanásica ordena que no se atiendan sus deseos futuros de vivir porque no lo hace en condiciones de capacidad plena. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional al validar la constitucionalidad de la LORE definiendo el documento de voluntades anticipadas como «[...] el instrumento dirigido a garantizar el respeto a la autonomía de las personas, al permitir al paciente influir en las futuras decisiones médico-asistenciales y facilitar a los profesionales de la salud la adopción de la alternativa *más respetuosa con su voluntad cuando no tenga capacidad para decidir por sí mismo*» (las cursivas son mías). Y frente a la alegación del partido político Vox —que impugnó la constitucionalidad de la LORE— de que el documento de voluntades anticipadas pudiera contravenir la voluntad actual del paciente, señala el Tribunal Constitucional que ello resulta manifiestamente inconsistente, puesto que «tal situación se produce, precisamente, cuando el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes». El Tribunal Constitucional considera además que la «apreciación positiva de la capacidad de la persona [...] es cuestión de hecho que corresponde examinar y determinar, con forma a criterios y pautas de la ciencia y la experiencia médicas [...]». ³⁷

Es decir, el mismo Estado que proclama y asume casi sin ambages un modelo «social» de la discapacidad que no permite la

sustitución de la voluntad sino mecanismos para el «apoyo» a la volición del discapacitado, ampara a la vez que se priorice una voluntad pasada porque sí fue dada en condiciones de plena capacidad; incluso cuando eso significa acabar con la vida del individuo (y siempre en función de lo que determine la ciencia médica). Si las personas que hoy son tenidas por incapaces mentales pudieron diseñar sus «futuros apoyos» es porque, en ese futuro, su voluntad, incluyendo la de seguir viviendo, se minusvalora para desestimarse. No hay apoyo anticipado a la discapacidad mental sin reconocimiento de que el discapacitado mental no puede ejercer su autonomía en el futuro. Dicho de otro modo, la institución de las voluntades anticipadas es el lógico desiderátum del modelo «médico» de la discapacidad mental que se rehúye en beneficio del modelo social.³⁸ De nuevo asoma el brote esquizofrénico en el tratamiento jurídico e institucional de la realidad, lo cual tiene como resultado la proliferación de inconsistencias normativas que infectan gravemente al sistema jurídico en su conjunto.

Como decía anteriormente, buena parte de esas muy perturbadoras incoherencias y de los perniciosos efectos que genera ese modelo social son el resultado de haber «unificado» la noción de discapacidad para agrupar también lo mental; una extravagante recuperación del movimiento antipsiquiátrico que lleva a sostener que la sustitución de la voluntad de quienes sufren una enfermedad mental es una forma de discriminación, análoga a la que padecen mujeres o miembros de minorías étnicas o raciales. Pero también resulta, a mi juicio, de que en la «filosofía» del movimiento en favor de los derechos de las personas con discapacidad que ha alimentado las reformas legislativas transpira la conocida como «falacia moralista», es decir, la conclusión de que A (persona con discapacidad mental) y B (persona sin discapacidad

mental) *son iguales* (en el ejercicio de su autonomía o en su capacidad jurídica) a partir de la aceptable premisa normativa de que *A y B deben ser considerados como iguales en dignidad*.³⁹ Y no, no son iguales en aspectos moral y jurídicamente relevantes.

Bajo la concepción de la discapacidad que abraza el modelo social late, a mi juicio, el muy humano expediente del consuelo infantil, del «pensamiento Alicia» nuevamente: no querer aceptar que, si la discapacidad hubiera podido haberse evitado manteniendo la identidad del individuo,⁴⁰ lo que le ha ocurrido es, sí, una desgracia cuando no una tragedia. Pero ello, obviamente, no justifica que quienes han sufrido la tragedia o desgracia de la discapacidad carezcan de un estatuto moral semejante al de cualesquiera otros seres humanos en lo que se refiere a sus derechos más básicos. Para ello no se precisa derogar el «principio de realidad» que conlleva que pueda haber justificadas discriminaciones entre quienes tienen determinadas capacidades relevantes para la asunción de un determinado rol o beneficio y quienes no las tienen.

El que denomino «Estado parvulario» da pábulo a que el poder público, en sus diversas instancias y encarnaciones, escamotee las realidades y consecuencias que conllevan algunas discapacidades, pero a que lo haga de manera internamente inconsistente: tratando a los menores como adultos, pero sólo simbólicamente, y, en cambio, de manera efectiva, a todos los ciudadanos como menores, congénitamente desvalidos, incapaces de encarar la realidad. En el Estado parvulario escamotear el principio de realidad es una constante, si bien la infantilización deviene particularmente acusada cuando de defender, proponer o articular la política económica se

trata. Bastará un botón de muestra. En pleno auge de la llamada «segunda ola» de la pandemia de la COVID-19, cuando el PIB caía en España en cifras no vistas desde el final de la Guerra Civil, y cuando el gobierno se afanaba en lograr unos presupuestos llamados de la «recuperación», el gobernador del Banco de España, Pablo Hernández de Cos, comparecía ante la Comisión de Presupuestos del Congreso de los Diputados para, entre otras cosas, constatar la imprudencia que suponía que el gobierno presentara un proyecto de presupuestos en los que se contemplaba la subida del sueldo de los funcionarios públicos en un 0,9 por ciento, dada la calamitosa situación económica y las sombrías perspectivas que se cernían sobre el incremento de la deuda pública. En ese contexto, el diputado Ferran Bel, de Junts per Catalunya, señaló que se trataba de una advertencia pertinente, y añadió: «[...] sé que esto no es muy populista (*sic*), por eso el gobernador del Banco de España se lo puede permitir, no sé si el resto de los grupos nos lo podemos permitir [...]».

Por si pudiera quedar alguna duda, el diputado Txema Guizarro la disipaba cuando afeaba al gobernador sus cautelas sobre las subidas salariales y de pensiones, y lo hacía en los siguientes términos:

La economía tiene que ser pensada como un servicio a las personas. Las personas somos el fin último al que se somete la disciplina económica, y no al revés [...]. El objetivo es poder subir sueldos de pensiones y funcionarios [...], hay que colocar primero los objetivos y las prioridades, y luego ver los medios [...], *el objetivo de estos Presupuestos Generales del Estado no es cuadrar unos números, no es ser fieles a unos determinados principios matemáticos que también se entienden instrumentalmente para ellos, sino que el objetivo último es salvar a las personas*, hacer que los españoles y las españolas tengan mejores perspectivas de vida, porque eso es, al fin y al cabo, el patriotismo. ⁴¹

Los partidos políticos no se pueden permitir no ser populistas (o populares) es decir, asumir, defender y aplicar una política para adultos. Parafraseando la «lógica de Juncker», no saben cómo hacerlo y ganar las elecciones.⁴²

El Estado parvulario exhibe, además, algunos rasgos distintivos, de carácter normativo e institucional, que son los que me propongo escudriñar a continuación.

Antes he señalado que, en dicho Estado, los ciudadanos son congénitamente desvalidos; pues bien, también resultan «administrativa y legislativamente consolados».

El derecho público ha dispuesto de técnicas diversas y bien conocidas para que el poder público satisfaga, compense, repare o ayude al ciudadano agraviado que ha visto frustrados sus intereses o necesidades atendibles: beneficios económicos de toda laya, indemnizaciones, concesiones, licencias, desgravaciones, bonificaciones, descuentos, etcétera. A ese elenco se añaden ahora nuevas formas de «consuelo» para ciudadanos descritos o identificables como «vulnerables», «odiados» o de algún otro modo «víctimas». Un Estado social y democrático de derecho, como la Constitución señala que es el Estado español en su artículo 1, emerge ahora como Estado social, democrático, *dramático* y *dramatizado* de derecho.

Como he analizado en el primer capítulo, nuestro legislador ha orillado en una medida significativa el objetivo de pautar el comportamiento para resolver conflictos o problemas de cooperación y se ha vuelto radical y fundamentalmente «expresivo» en ámbitos muy diversos. En algunos de ellos, además, esa mutación torna en algo sofisticadamente perverso: la desventura social se cocina desde los poderes públicos, se construye institucionalmente el agravio para, a continuación, desplegar un

formidable aparato burocrático, en niveles administrativos diversos, que canaliza —aunque nunca resuelva del todo, y a veces ni siquiera parcialmente— las querellas de víctimas, ofendidos o insatisfechos en sus intereses o pretensiones. El legislador, de nuevo parafraseando a Daniel Gascón, se siente bien consolando a la ciudadanía; no ya al que se encontraba previamente agraviado, sino al que ha ayudado en primer lugar a que pueda construirse y presentarse como tal. Es a ese mecanismo al que denomino «burocracia del consuelo». El Estado parvulario ofrece una promesa de solución a problemas que engrosan una realidad social agravante construida a partir de su enunciación legislativa. La ley se erige en «performativa» de un conflicto que a la vez está llamada a resolver, y el Estado, en un «Estado Satisfyer».

Abundo sobre ello a continuación.

Consideremos nuevamente el caso de la infancia, pues quizá sea en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en la que se haya alcanzado uno de los máximos exponentes del mecanismo que antes apuntaba. Su artículo 3 a) establece como uno de los fines de la ley: «Garantizar la implementación de medidas de sensibilización para el rechazo y [la] eliminación de todo tipo de violencia sobre la infancia y la adolescencia [...]». De nuevo: reparemos en que no estamos ante la regulación de una conducta («queda prohibido el castigo físico a los menores» o «está permitido el castigo físico a los menores bajo las circunstancias X e Y»), sino ante la enunciación de cinco acciones deseables: garantizar (1) implementar (2) sensibilizar (3) rechazar (4) y eliminar (5) de X. Cabe preguntarse: ¿cómo

podría incumplir esa norma un rebelde que cabalmente se lo propusiera?

La lectura de la ley, además, trasluce la sospecha sobre el trato a la infancia en España que alberga el propio legislador —verbigracia, el gobierno, que se ocupa de impulsar la acción legislativa—, sobre su rutinaria explotación y abuso y sobre la presumible condición de víctimas de todo tipo de violencias de todos los niños españoles, lo cual no deja de ser paradójico. Y es que en el proyecto se enumeran todas las formas imaginables de violencia; el artículo 1.2 reza: «En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de *cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar*» (las cursivas son mías). De ese modo, no es que con el instrumento legal se aspire a poner coto a un problema o realidad previamente demarcada como la del bienestar de la infancia, al modo en el que el pescador utiliza la malla para pescar cuantos más peces mejor; pareciera, antes bien, que es la ley misma la que con sus conceptualizaciones hará crónico y general un fenómeno que será siempre ya urgente y crítico, y para el que nunca habrá despliegue suficiente de medidas. Será entonces la «red de pesca» la que generará los «peces», y con ello la perpetua insatisfacción que a su vez alimentará justificadamente el ejercicio del poder (o bien su conquista) para «cambiarlo todo». Así, si en una ley sobre

derechos sexuales y reproductivos se introduce la baja laboral por menstruación como un gran logro, pero finalmente (y sensatamente, y como venía ocurriendo)⁴³ serán los médicos quienes determinen el alcance de la incapacitación, habremos abierto una puerta para que en el futuro haya casos de denegación de la baja médica y quepa ya apelar a una forma de «violencia menstrual» que exigirá nuevas y más radicales piezas legislativas en las que nuevamente y de forma altisonante se apele a la transformación de esa realidad jurídico-institucional opresora.

Prosigamos.

Se introducen en el Código Penal los denominados «delitos de odio», de forma tal que prácticamente cualquiera puede ser delictivamente odiado, o ser sujeto pasivo de una promoción, fomento o incitación, directa o indirecta, a ser odiado.⁴⁴ Las estadísticas oficiales del Ministerio del Interior correspondientes a los años 2019 y 2020 no muestran que aumenten esos delitos pero proliferan los estudios oficiales que apuntan a que tales comportamientos no se denuncian, con lo cual esa situación de «infradenuncia» autorizará que en el discurso público se manejen con toda soltura porcentajes —por momentos abrumadores— de «víctimas» o «supervivientes» a los que en ningún caso se acompañará del calificativo de «presuntas». La noción de víctima queda completamente desligada de un procedimiento iniciado por una «denuncia» o «querella»; un proceso en el que, con las garantías básicas de quienes son investigados o acusados, y tras una evaluación con afán de imparcialidad y en la que hay contradicción entre las partes, se dicta una resolución que normalmente es recurrible ante instancias superiores. Ese

desacoplamiento «víctima-proceso» se produce porque, de manera más o menos sutil, se desconfía de los propios mecanismos de los que se dota un Estado de derecho, que resultan inhábiles en el Estado *dramático* de derecho. Vemos así al Estado, desde sus instituciones, recelando de sí mismo.

¿Cómo interpretar si no la Resolución de 2 de diciembre de 2021 de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de 11 de noviembre de 2021, relativo a la acreditación de las situaciones de violencia de género?⁴⁵ Tal acreditación administrativa, según dicha resolución, puede facilitarse a las mujeres que estén incurso en algunas de las fases del procedimiento judicial, pero también a «víctimas que se encuentren en proceso de toma de decisión de denunciar», a «víctimas respecto de las cuales el procedimiento judicial haya quedado archivado o sobreseído» o, clavando el último clavo en el ataúd del imperio de la ley, a «víctimas de un procedimiento que haya concluido con sentencia absolutoria o cualquier otra causa que no haya declarado probada la existencia de violencia» [artículo 2]. Quien fue absuelto en aplicación de un procedimiento con todas las garantías puede ser un «agresor administrativo», salvo que consideremos —y no hay que descartarlo— que administrativamente pueda haber víctimas —y no de catástrofes naturales— sin culpables.⁴⁶

A veces, esa pretensión se insta sin ambages. El Ayuntamiento de Valencia lleva dos años tratando de aprobar una «ordenanza de convivencia ciudadana» con la que se quiere sancionar hasta con 3.000 euros conductas que constituyan «actos contra la dignidad de las personas», lo cual incluye el «silencio cómplice».⁴⁷ La necesidad de esta regulación local se justifica, al decir del edil responsable, en que: «Muchos tipos de agresiones no se denuncian porque, al no

ser constitutivas de delito, el juez no las va a atender. Con esta ordenanza vamos a crear esa estructura que va a fortalecer los derechos y [las] libertades de los valencianos y valencianas». A tal fin se instituye una Oficina de No Discriminación y contra los Delitos de Odio, cuya misión es poner fin, de nuevo, a la «infradenuncia», es decir, prosigue el edil: «[...] allí se informará a las víctimas sobre sus derechos y se luchará contra la desconfianza sobre el resultado de la denuncia, el miedo ante posibles represalias, la situación de exclusión social o el miedo de no obtener una respuesta firme ante la denuncia».

Pues bien, una situación de «infradenuncia» que se registra administrativamente no deja de tener un aire paradójico,⁴⁸ y, además, puede implicar una regresión al infinito: los valencianos que también alberguen desconfianza hacia la Oficina de No Discriminación y contra los Delitos de Odio constarán como «infradenunciantes» de las infradenuncias, por lo que precisarán de una ulterior oficina o entidad administrativa a la que puedan acudir para interponer su «infra-infradenuncia». Y así sucesivamente.

Es obvio que, en su operativa profunda, y a la luz de prácticas y actitudes informales, el sistema jurídico e institucional puede frustrar las legítimas expectativas de reparación de los ciudadanos; puede hacer que el derecho sea papel mojado para las (presuntas) víctimas. Pero el diablo está en los detalles: ¿cómo se caracteriza la «infradenuncia»? ¿cómo se caracteriza al agresor?, ¿qué tiene que haber pasado para que se pueda trompetear que «los agresores sexuales se van de rositas»?

Esta última es la retórica que ha alimentado la defensa de la ley del sólo sí es sí una vez que, como he descrito en el arranque de este ensayo, se conocieron sus supuestamente perniciosos efectos derivados de la rebaja de condenas a los agresores sexuales

condenados o incurso en un procedimiento penal.⁴⁹ Los defensores de la ley argüían en ese sentido que quienes criticaban esas consecuencias desconocían interesadamente los muchos mecanismos que se establecían por primera vez en España para «acompañar» a las mujeres víctimas de la violencia sexual,⁵⁰ así como que el objetivo auténtico de la ley consistía en acabar con una situación en la que los «agresores sexuales no pisan nunca una comisaría o un juzgado».⁵¹

Grosso modo, el 92 por ciento de tales agresores no pisan ni comisaría ni juzgado, pues sólo un 8 por ciento de las víctimas denuncia. Así lo afirma la propia exposición de motivos de la Ley y lo reafirma la propia delegada del gobierno contra la Violencia de Género, la jueza Victoria Rosell, de acuerdo con la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019, elaborada por «funcionarias de la Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género» pertenecientes a la propia Delegación.⁵² Se trata de estrechar el cerco, hacer el cedazo más tupido. «Este iceberg con el 90 por ciento de su superficie emergida en un mar de impunidad —señala la delegada del gobierno— demuestra una evidencia: cuando la única respuesta del Estado a la violencia sexual ha sido la judicial, con estos resultados, las mujeres no han podido confiar en él.»⁵³ Pues bien, en esa «macroencuesta» en la que, por ejemplo, se pregunta a las mujeres «víctimas de violencia sexual» por las razones por las cuales no han denunciado, se consigna que el 30,5 por ciento alegan «no conceder importancia a lo sucedido». Así, se puede ser víctima de una acción a la que no se le da relevancia.

Pensemos en un supuesto distinto: ¿cuál es la prevalencia de las denuncias falsas por violencia de género? Es decir, ¿cuál es el número de varones víctimas de tales comportamientos? En este

ámbito, el parámetro esgrimido por las autoridades es distinto y se centra sólo en el número de condenas recaídas en procedimientos penales, de tal suerte que insistentemente se minusvalora su frecuencia. Según se dice, se trata de un bulo, ya que el número de denuncias falsas —verbigracia, las sentencias firmes por el delito de falsa denuncia— no alcanza ni el 0,1 por ciento; es algo irrelevante, según se lee en más de un titular y se escucha en más de una tertulia o comparecencia pública. Pero ¿se ha preguntado a los varones que fueron absueltos en casos de violencia de género las razones por las que éstos no denuncian lo que bien pudieran ser falsas o ventajosas acusaciones? ¿Se ha tenido en cuenta bajo qué condiciones un juez o fiscal deciden «deducir testimonio» a la denunciante si creen que hay indicios de que acusa falsamente? ¿Y si el estándar para hacerlo fuera muy exigente, de suerte tal que sólo en supuestos de falsedad flagrante se inician esos procedimientos? ¿Hay un «iceberg», una estructura institucional, que permite un mar de impunidad a las mujeres falsamente acusadoras?

La maquinaria burocrática del consuelo se nutre de organismos de vigilancia y control con denominaciones diversas pero parecido propósito de mantener viva la llama de un agravio condenado a no extinguirse nunca, a pesar de que en la legislación santimonía que corresponda se fije como objetivo, por ejemplo, «la erradicación de todas las violencias sexuales». ⁵⁴ Hablamos de unidades, servicios, departamentos de acreditación de la vulnerabilidad o de la condición de víctima, pero también de «conferencias sectoriales» (de infancia y adolescencia), de «consejos estatales» (de participación de la infancia y la adolescencia), «observatorios» (de la infancia), órganos o entes encargados de la redacción de «estrategias», «informes» y «memorias anuales», que frecuentemente resultarán autorreflexivas

y autocomplacientes. En esta línea, la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática instauro los llamados «Consejo de la Memoria Democrática» [artículo 57] y «Consejo Territorial de Memoria Democrática» [artículo 13], encargados, entre otras funciones, de elaborar el Plan de Memoria Democrática, así como crea un «Centro de la Memoria Democrática», cuya finalidad será: «[...] la salvaguarda de la dignidad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos sucedidas en el pasado en España y la promoción de la memoria democrática de los derechos humanos y los valores democráticos en el marco de un impulso universal a los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición» [artículo 58]. En la ya mencionada «ley trans»,⁵⁵ se crea un «Consejo de Participación de las Personas LGTBI» [artículo 9], así como una «Estrategia estatal para la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI» [artículo 10]. Lo anterior es sólo un elenco ejemplificativo.

Las leyes santimonias que dan cobertura a la burocracia del consuelo se promulgan con el carácter de «integrales» (como ya señalé en el primer capítulo), una forma de exhibir que, ahora sí, el legislador se toma muy en serio el fenómeno de que se trata. La educación, la publicidad, la empresa, las instituciones, la sanidad, los medios de comunicación..., todos y cada uno de esos sectores son «integrados» en la regulación de la violencia de género, la infancia, la sexualidad o la transexualidad, por poner los ejemplos más elocuentes. O más bien son meramente «mencionados». El legislador, en el Estado parvulario, puede anticipar declarativamente, sin mayores ambages, que la ley que promulga tiene como finalidad desplegar «políticas efectivas»,⁵⁶ que son

«efectivas» y, además, fijar en la ley como un objetivo la investigación sobre cómo atajar efectivamente el fenómeno sobre el que se legisla.⁵⁷ ¿En qué quedamos? ¿Es efectiva o hay que investigar que lo es o para que lo sea? Lo que cuenta es que el legislador no sólo *tenga* sino que *expresamente declare* sus buenas intenciones. Eso, a la vista de la «no efectividad» de la norma o de su fracaso, siempre le permitirá decir que la ley era buena aunque tuvo malos o indeseados efectos, como ha ocurrido en el caso de la ley del sólo sí es sí.⁵⁸

La legislación santimonia del Estado parvulario incluye, como necesaria, la inclusión de programas de capacitación o formación de personal «experto» en ámbitos diversos de la administración y de la sociedad civil. Esto, junto con la obligación de elaborar planes, auditorías o informes de seguimiento, cuya compleción —casi nunca intuitiva o sencilla, y que caerá en manos de los «capacitados» y «formados»—, garantizará una función al órgano y, sobre todo, una partida presupuestaria; los planes de igualdad en las empresas, la formación en violencia de género en o para la administración, a cargo de las universidades y otros centros asimilables, así como otras exigencias semejantes en otros ámbitos, son una nítida manifestación de ese perverso mecanismo que los economistas han descrito como «captura de rentas» o «búsqueda [y extracción] de rentas» (*rent-seeking*).

Así, en la ley de protección integral de la infancia a la que ya he aludido,⁵⁹ hay un capítulo sobre «formación» en el que se establece que las Administraciones públicas promoverán y garantizarán una formación especializada para los profesionales que tengan habitual contacto con las «personas menores de edad» y que comprenderá, como mínimo, «el buen trato a los niños, [las] niñas y [los] adolescentes» [artículo 5.1 d)]. ¿No venía siendo así? ¿Es

realmente necesaria la creación de un «coordinador o coordinadora de bienestar y protección del alumnado» en todos los centros educativos? [artículo 35].

En esas «formaciones» que impone este género legislativo, un lugar muy central lo ocupará el estudio de esa legislación santimonía que encomienda la formación misma, una suerte de bucle autorreferencial que contribuye a dar lustre e importancia a la pieza legislativa, más allá de que empíricamente quepa mostrar que se ha atajado el problema o regulado mejor el conflicto. Dicha ley de protección integral a la infancia también dedica un título entero (el primero, de seis artículos), a proclamar qué derechos tiene la infancia y la adolescencia, derechos que son especificación inmediata e incontrovertible de otros tantos recogidos en la Constitución o en el Convenio de Naciones Unidas del que España es parte firmante; son muchos los artículos que no son más que un recuerdo a las Administraciones de los deberes que ya tienen de protección a la infancia en sus distintos niveles y competencias.

El Estado parvulario ha implementado una fabulosa burocracia del consuelo. Cuando se concluía la redacción de este libro, el Parlamento español aprobaba la iniciativa del partido Más País para conceder un permiso laboral de hasta dos semanas para acompañar a las personas en riesgo de suicidio, uno de los mayores problemas de salud pública, como destaca el partido proponente de la iniciativa, que causa más de cuatro mil víctimas al año.⁶⁰ Ese mismo Estado puede, a la vez, consagrar como un derecho fundamental el auxilio al suicidio en circunstancias eutanásicas, es decir, también las causadas por el sufrimiento psíquico que propicia las ideaciones suicidas que justificarán el permiso de

acompañamiento al protosuicida; quizá hasta que logre ser auxiliado en su suicidio por el poder público y ya no haya que «acompañarle» más. ¿No resulta todo ello esquizofrénico?

Pero los síntomas de esta bipolaridad jurídico-institucional no se agotan en el Estado parvulario. Las personas con diversidad funcional, y también los «neurodiversos», deben ser provistos de apoyos de todo tipo para garantizar sus derechos humanos básicos, como vimos en el arranque de este capítulo. Algunos de esos individuos no pueden siquiera, por mucho que insistan los partidarios del «modelo social», satisfacer por sí mismos una necesidad también muy humana y básica: el deseo sexual. Pensemos en Eugen Sabau, que el 23 de agosto de 2023 murió en el módulo penitenciario del Consorcio Sanitario de Terrassa tras habersele practicado la eutanasia que había requerido en cumplimiento de las previsiones de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (LORE). Eugen Sabau sufría de una lesión medular irreversible resultado de los disparos que había recibido cuando intentaba atracar un establecimiento a mano armada. Pese a que las víctimas que había ocasionado por su acción habían reclamado que no se practicara la eutanasia hasta tanto no fuera juzgado (pues eso, a su juicio, vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva), tanto en el Juzgado de Instrucción número 5 de Tarragona como en la Audiencia Provincial de Tarragona se estimó que la circunstancia alegada por las víctimas (estar pendiente el solicitante de eutanasia de responder ante la justicia) no figuraba entre aquellas que permiten denegar la solicitud de asistencia médica al suicidio. Por lo que parece y hasta tanto no tercie el Tribunal Constitucional, ningún «derecho a la verdad» o a la «justicia o reparación» (excepción hecha de la responsabilidad civil) parece interponerse en el camino de ninguna eutanasia.

La satisfecha solicitud de Eugen Sabau es la consecuencia de su derecho a autodeterminarse, sostiene el legislador y confirma el Tribunal Constitucional, lo cual engloba morir y tiene como necesaria correlación la obligación del Estado de poner fin a su vida. De la decisión de Eugen Sabau no se ha sospechado que pueda estar contaminada por su situación de dependencia, por su desesperación o vulnerabilidad; su pretensión no es «un mero deseo, sino un auténtico derecho».⁶¹ La atención médica, la terapia física, la logopedia, la higiene y otras tantas dimensiones del apoyo a la discapacidad constituyen el contenido de derechos básicos de los individuos afectados por una lesión como la de Eugen o por una condición congénita. Pero otras necesidades no.

ONG como Asistencia Sexual, con su iniciativa «Tus manos, mis manos», son intermediarias entre quienes precisan de ayuda para satisfacerse sexualmente, como Eugen, y los llamados «asistentes sexuales», cuya actividad es hoy considerada una intolerable forma de explotación, una burda excusa del heteropatriarcado.⁶² Pero ¿por qué no podría constituir un «ajuste razonable» para el desarrollo de su sexualidad? Recordemos: según el modelo social, debemos afirmar que si Eugen no puede masturbarse no es por su lesión medular, sino porque nuestro sistema jurídico prohíbe la asistencia sexual. Los discapacitados como Eugen tienen derecho a morir dadas sus condiciones, derecho a ser «acompañados», pero no un derecho al sexo, pues el deseo (sexual) no deja de ser eso: un (mero) deseo.

De momento, el Estado parvulario consuela, acompaña, mata..., pero no masturba.

3

El derecho y los derechos: un universo inflacionario

En un estudio sobre los derechos en el franquismo, publicado hace algunos años, Alfonso Ruiz Miguel apuntaba que, durante la dictadura, los derechos «eran una broma», puesto que lo que primaban eran los deberes; los derechos estaban frecuentemente limitados o cualificados por los intereses del Estado o de la moral, o bien estaban constreñidos por la ley o el orden público, y, además, no eran fiscalizables por los tribunales.¹

Esta caracterización de Ruiz Miguel nos sirve para dar cuenta de que el ideal de los derechos es un desiderátum de una constelación de valores, de algunos presupuestos antropológicos y de una particular manera de entender cómo deben organizarse las comunidades humanas para ser justas, lo que en una terminología bien consolidada en la filosofía jurídica llamamos «legitimidad» del poder político.

El ideal de los derechos responde en primer lugar al individualismo moral, es decir, a una concepción ética «personalista»,² de acuerdo con la cual el centro de la imputación moral —de la responsabilidad y el mérito, del reproche y del premio— es el individuo, no los colectivos; incluso si la existencia de un colectivo, como una comunidad lingüística, pongamos, es el

presupuesto del ejercicio de un reclamado derecho («lingüístico» en este caso), ello no quiere decir que dicha comunidad sea la titular de derecho alguno que se sobreponga a los intereses del individuo, de la misma manera que el hecho de que para ejercer el derecho de huelga convenga disponer de una cierta masa crítica de trabajadores no implica que el derecho de huelga sea un «derecho colectivo»,³ o que lo sea el derecho a contraer matrimonio, puesto que —salvo la excentricidad de la «sologamia» (el «matrimonio consigo mismo») — uno siempre se casa con otro. Pero, además, bajo una concepción «personalista», los derechos suponen un límite frente a la consecución del bien común, como detallaré en el cuarto capítulo, pues priorizan la dignidad humana, esto es, proscriben que los seres humanos puedan ser tratados meramente como un medio, tal y como reza el imperativo categórico kantiano, siendo el fundamento, entre otros, del derecho a la autonomía o libre desarrollo de la personalidad tal y como aparece formulado en el artículo 17 de la Constitución española.⁴

No huelga identificar algún contraste que abunde en esta comprensión del ideal de los derechos humanos. En la tradición del conservadurismo político español no es extraño encontrar autores, como Ramiro de Maeztu, que son precisamente críticos con este sustrato individualista. Así, en *La crisis del humanismo*, de 1919, el mismo Maeztu arremete contra la «ética falsa» de un humanismo que encumbra a un ser humano despojado de su condición pecadora y esclavo de sus propias pasiones, y señala cómo en la Edad Media los derechos del hombre no se fundaban en su personalidad, «sino en ser miembro de una corporación. Había los derechos del marqués y los del aprendiz, los del obispo y los del perchero; pero no había derechos del hombre [...]».⁵ Parecidos mimbres conceptuales había repujado el romanticismo particularista

de un Joseph de Maistre, quien, en su obra *Consideraciones sobre Francia* (1796), afirmaba: «Yo he visto, durante mi vida, franceses, italianos, rusos..., y hasta sé, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa: en cuanto al hombre, declaro que no me lo he encontrado en mi vida; si existe, lo desconozco».

Otros contrastes, más contemporáneos, son también posibles y pertinentes, pues ilustran ese presupuesto individualista que ligamos al concepto de «tener un derecho». Me refiero a la posibilidad de considerar que entes «naturales», o bien la naturaleza en su conjunto, sean sujetos de derechos. Vale la pena detenerse en ello.

En el segundo capítulo aludí a la «capacidad jurídica» como atributo de la «persona», es decir, de su condición de titular de derechos. La persona, la célebre «máscara» (*prósopon*) que nos «re-presenta» a los miembros de la especie humana, fue definida por Boecio en el siglo VI como «substancia individual de una naturaleza racional». El término *persona* no es coextensivo a *naturaleza*, según apunta Fernando Simón Yarza, sino que es precisamente el término con el que designamos lo que «subsiste» a la naturaleza, y en esa condición, la nuestra, la de los seres humanos, se cifra nuestra dignidad, no extensible a ningún otro ente o ser.⁶

Hay a quienes el derecho considera medios para algo, recursos, objetos con los que satisfacer necesidades e intereses, y hay quienes son sólo fines, las personas que, por ello, decimos secularmente, con Kant, tienen dignidad. Se trata de una distinción fundamental, como ha recordado recientemente Fernando Atria,⁷ pero que históricamente ha ido mutando en cuanto a qué individuos componen cada una de esas dos categorías.

Con los americanismos *carimbo/ba* y *calimbo/ba* se designa el hierro con el que se marcan las reses y, en el pasado, a los esclavos, así como el sello distintivo mismo. Siglos atrás, por mor de esos sellos, los seres humanos esclavizados y marcados como tales en las Antillas francesas, el Caribe británico y la América hispana podían constituir, como «bienes muebles» que eran, garantías frente a los préstamos de sus dueños, y, además, «prendas sin desplazamiento», retenidas por su dueño y ahora deudor, para, por ejemplo, que siguieran trabajando de sol a sol en el ingenio azucarero que se había adquirido o ampliado con el dinero prestado. Los esclavos, en resumen, eran concebidos como las fincas o los inmuebles, tratados como cosas hipotecables, no como sujetos.⁸

Quienes otrora fueron así marcados con el carimbo son hoy personas, y entonces la pregunta es inevitable: ¿qué deben poseer los entes para ser categorizados como medios o fines en sí mismos, recursos o seres con dignidad? El filósofo utilitarista Jeremy Bentham se formuló ese interrogante precisamente el año en el que se declaró la Revolución francesa: «La cuestión no es ¿pueden razonar? Ni, tampoco, ¿pueden hablar? Sino ¿pueden sufrir?». ⁹ Y la respuesta también parece inevitable: no somos los seres humanos los únicos que sufrimos. A partir de esa constatación, de la superación del prejuicio especista como antes del racismo o del sexismo, se abre la puerta para que los animales no humanos pasen a formar parte de quienes deben tener un estatuto moral. ¹⁰ ¿El de personas?

El empeño por encontrar una característica o propiedad relevante en la naturaleza para atribuir la condición de personalidad —tener intereses o voluntad— sería vano, algo improcedente, señala Fernando Simón, dada la tradición que acuña dicha noción, como

antes señalé. Y es que, a diferencia de los animales no humanos, los seres humanos no somos «naturaleza»; no somos personas porque nosotros sí tengamos la capacidad de albergar deseos o voluntades, o, en lo más primario, de sufrir. Eso sería falso, como bien señala Bentham y su legión de seguidores; pero eso podría ser irrelevante, puesto que lo que somos, *pace* Boecio, es lo que superviene a nuestra naturaleza: el alma que fundamenta nuestra condición sacra es lo que nos confiere la dignidad de ser fines en nosotros mismos. Una teoría «empirista», o bien prosaica, de la persona que hace pivotar la personalidad sobre atributos naturales es precisamente lo que rebaja la prohibición categórica de atentar contra la vida de seres humanos inocentes —el infanticidio, sin ir más lejos— o lo que, alternativamente, extiende la consideración moral a los animales no humanos, como nos ha advertido Fernando Simón.¹¹ La razón es clara: si la condición es tener intereses, los animales, muchos de ellos, los tienen; si optamos en cambio por hacer depender la personalidad y, por tanto, la titularidad de derechos básicos de la voluntad, entonces, muchos seres humanos —fetos, bebés o personas con discapacidades cognitivas severas, como vimos en el capítulo anterior— no serían personas, y sobre ellas podríamos aplicar una calimba.¹² El problema del expediente de Simón es que tenemos que «creer» en la existencia de un alma y en nuestra condición trascendental, no natural, lo cual seguramente es mucho pedir si de lo que se trata es de organizar política y jurídicamente sociedades plurales y secularizadas.

En realidad, la protección que a determinados entes (y a sus intereses) puede y debe brindar el derecho no exige la concesión de derechos subjetivos. Puede que nuestras obligaciones de respeto, por ejemplo, a ciertos artificios u objetos en los que claramente no hay sintiencia —como, por ejemplo, una pintura que forme parte del

patrimonio histórico artístico—, tengan carácter indirecto: si debemos respetar la integridad física de la catedral de Sevilla no es *en atención a ella*, sino al género humano que quiere seguir disfrutando de su grandeza arquitectónica. Así lo estimó Kant precisamente en relación a nuestro deber de no ser crueles con los animales,¹³ y así cabría estimarlo también si de la naturaleza en su conjunto, o de entes naturales no «sintientes», hablamos.¹⁴

Lo que en las primeras llamadas de atención, allá por la década de 1960, fue conocido como «crisis ecológica»¹⁵ y hoy «cambio climático» o «emergencia climática» está probablemente en el trasfondo de la apelación a que también consideremos a entes naturales, ríos, montañas, ecosistemas..., o hasta al planeta en su conjunto, como sujeto de «derechos».

En una entrevista publicada en el diario *Valencia Plaza* el día 10 de mayo de 2020, Adoración Guamán, profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia y directora general de coordinación de la Consejería de Vivienda, sostenía que uno de los objetivos de su gobierno era que el Estatuto de la Comunidad Valenciana reconociera «los derechos de la Madre Tierra»: «[...] nosotros hablamos ya de derechos de la naturaleza como en algunas constituciones del mundo. La naturaleza como sujeto de derechos que se deben garantizar por ser la naturaleza la que sostiene la vida».¹⁶ En efecto, el artículo 71.1 de la Constitución de Ecuador establece lo siguiente:

La naturaleza, o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, [su] estructura, [sus] funciones y [sus] procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

Las primeras reclamaciones medioambientales que se formulan bajo el expediente de la personificación de seres no «sintientes» se remontan a la oposición de la organización medioambiental estadounidense Sierra Club a la construcción de un parque Disney en Sierra Nevada (California). En un trabajo ya clásico,¹⁷ Christopher Stone argüía que la demanda judicial tenía sentido toda vez que la cuestión de si los entes naturales tenían legitimación activa para ser defendidos ante los tribunales —por aquella organización o por cualesquiera otros representantes— era una cuestión convencional, y no había en principio razones *a priori* para que algunas entidades —las corporaciones de derecho privado, sin ir más lejos— tuvieran personalidad jurídica y otras no.¹⁸ Desde entonces se han proclamado los derechos de ciertos humedales y acuíferos en la ciudad de Spokane (Washington, Estados Unidos), el lago Erie, el desierto de Nevada, el parque nacional de Te Urewera (Nueva Zelanda)... En Países Bajos, una iniciativa persigue dotar de personalidad jurídica al mar de Wadden.¹⁹

En la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 2016 referida al río Atrato²⁰ se trataba de determinar si se debía detener la minería y la actividad forestal ilegal que venía afectando a las comunidades ribereñas de ese río ubicado en la provincia del Chocó. Habida cuenta de la omisión de las autoridades estatales demandadas (tanto del nivel local como del nacional) encargadas de hacer frente a esta situación, la cuestión se plantea como una vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes. Pero,

para resolverla, la Corte Constitucional se ve inclinada a adoptar un enfoque «ecocéntrico» que parte de la reflexión sobre «[...] el sentido de la existencia, el proceso evolutivo, el universo y el cosmos. Esto es, de un sistema de pensamiento fundamentado en una concepción del ser humano como parte integral y no como simple dominador de la naturaleza que permitiría un proceso de autorregulación de la especie humana y de su impacto sobre el ambiente, al reconocer su papel dentro del círculo de la vida y de la evolución desde una perspectiva *ecocéntrica* [...]». La Corte Constitucional añade:

[...] la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es sólo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales, como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella.

Y es que, nos dice la Corte Constitucional en la sentencia: «Ahora es el momento de comenzar a tomar las primeras medidas, proteger de forma eficaz al planeta y a sus recursos antes de que sea demasiado tarde o el daño sea irreversible, no sólo para las futuras generaciones sino para la especie humana».

Con un parecido espíritu y por mor de una iniciativa popular, el 3 de octubre de 2022 se publicó en el BOE la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. En su artículo 1 se dice: «Se declara la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y de su cuenca, que se reconoce como sujeto de derechos».

Ciertamente, la atribución de personalidad jurídica no deja de ser una suerte de innovación no tecnológica que permite agrupar un conjunto de intereses para participar en el tráfico jurídico de forma más eficiente. Ésa es la razón, se ha dicho, del fabuloso desarrollo del capitalismo. Claro que esa técnica propia del derecho de sociedades presupone la posibilidad de la «individuación» para «administrar intereses».

Pero la cuestión es muchísimo más compleja, por indeterminada, cuando nos las vemos con ríos, lagunas..., y no digamos ya con la naturaleza en su conjunto. ¿Qué es el «Mar Menor»? ¿El «ecosistema marítimo lagunar de 135 km² o el gran plano inclinado de 1.600 km² con dirección noroeste-sureste», según las coordenadas que especifica, así como «el conjunto de los acuíferos (Cuaternario, Plioceno, Messiniense y Tortoniense) que pueden afectar a la estabilidad ecológica de la laguna costera», tal y como la propia ley describe? ¿Nos referimos a procesos, fenómenos, seres vivos, formaciones geológicas? ¿Las condiciones fisicoquímicas para todo lo anterior? Entre esos procesos y consecuencias «naturales», como bien supo advertir John Stuart Mill, estaría nuestra propia condición de seres que se aprovechan de lo natural en su beneficio, un resultado que no puede sino ser natural también.²¹ Si somos «holistas» y «todo es naturaleza», todo es naturaleza. Pero, incluso si hemos superado ese primer escollo de la delimitación del «sujeto», ¿cuáles serían concretamente los intereses del ente natural que protegemos mediante la titularidad de derechos?

Se suele apuntar en este sentido al «derecho a existir y evolucionar naturalmente», es decir, una suerte de «respeto a las leyes de la naturaleza y ecológicas», siendo lo cierto que, muchas veces, no respetarlas es lo que precisamente garantiza satisfacer

nuestros intereses y el de otras muchas especies. ¿Acaso no debió intentar frenarse la expulsión de lava del volcán Tajogaite en la isla de La Palma cuando entró en erupción en septiembre de 2021?

Y un similar y colosal escollo hemos de sortear si se trata de «proteger», «conservar» o «restaurar». A la naturaleza, o a sus entes, parafraseando el tango *Yira, yira* de Gardel nada le importa. Y es que los derechos a la naturaleza y los presuntos derechos de la naturaleza están en una tensión constante e irresoluble. De otra parte, los humanos discrepamos razonablemente entre nosotros sobre cómo evitar que nuestra intervención sobre la naturaleza no sea contraproducente para nosotros mismos. En el fondo, y como han destacado las administrativistas Andrea García de Enterría y Blanca Lozano Cutanda, la grandilocuente atribución mediante ley de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor no hace sino delimitar por ley un espacio en el que se habilita «a todas las Administraciones públicas, a propuesta en particular de los órganos gestores que crea, a adoptar medidas de protección ambiental que pueden suponer limitaciones o prohibiciones de actividades potencialmente nocivas para la laguna y el deber de reparar los eventuales daños causados». ²² Algo muy parecido a lo que ya hace la Ley 30/2014 de Parques Nacionales mediante el listado de una serie de actividades que está prohibido realizar en esos espacios, ²³ y sin necesidad de personificar, pongamos, a los Picos de Europa.

La atribución de personalidad a la naturaleza o a los entes naturales con la consiguiente asignación de «derechos» puede obedecer a una razón pragmática: alcanzar una mejor y más eficaz protección. Ello es obviamente contingente. Pero cabe también acudir al expediente de la llamada «ecología profunda», al biocentrismo (o ecocentrismo), o bien al ecopopulismo, en expresión

de Alfonso García Figueroa,²⁴ que tiene como efecto la dilución y el sacrificio de intereses básicos de los seres humanos y la exaltación de la naturaleza entera que, como en el iusnaturalismo de la primera hora, el de Grecia, nos habría de gobernar.²⁵ Pero se comete un craso error conceptual cuando se piensa que los hechos prescriben, error del que también los griegos nos precavieron al distinguir entre *nomos* ('convención', 'cultura') y *physis* ('naturaleza').

Como indicaba anteriormente, la preocupación por el efecto antropogénico en el clima y las negras sombras que se ciernen sobre el futuro del planeta debido al calentamiento global alimentan un planteamiento no meramente pragmático sobre los derechos de la naturaleza. Se trata, se nos dice, de «poner la vida en el centro», no al hombre como centro de nada ni medida de todas las cosas, según dictaminara célebremente Protágoras.²⁶

El día 9 de mayo de 2020, coincidiendo con la celebración del Día de Europa, el presidente del Parlamento Europeo, el señor Sassoli, celebró una sesión con representantes de algunas ONG que trabajan por la solidaridad en el continente. Entre ellas figuraba la influyente activista española Yayo Herrero, destacada líder del denominado «ecofeminismo». En la conclusión de su alocución afirmaba que, si hoy leyéramos el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos desde la «ecodependencia» y la «interdependencia», debería decir lo siguiente:

Todos los seres humanos nacemos vulnerables e indefensos en el seno de una madre y llegaremos a ser libres e iguales en dignidad y derechos siempre y cuando recibamos una cantidad ingente de atenciones, cuidados y afectos que deben ser proporcionados por hombres y mujeres de otras generaciones, en una tarea civilizatoria sin la cual nuestra especie no puede vivir. En caso de recibirlos, llegaremos a estar dotados de razón que nos permitirá vivir fraternalmente los unos con los otros conscientes de que habitamos un planeta con límites físicos ya superados que compartimos con el resto del mundo vivo y que estamos obligados a conservar.²⁷

La continuidad de la especie es lo que anima a la lucha «contra el cambio climático», y, en el fondo, ese «poner la vida en el centro», es decir, la «reproducción» de los seres humanos, es el necesario presupuesto de cualquier teoría de la justicia aplicada al ámbito de lo político, como bien advirtió Rawls: la idea fundamental de la justicia como equidad es la concepción de la sociedad como «un sistema equitativo de cooperación *a lo largo del tiempo, de una generación a la siguiente*». ²⁸

Dicho de otra forma: ¿qué sentido tendría pensar en la ordenación justa de nuestra convivencia como seres humanos si supiéramos con certeza que la extinción próxima en el tiempo es inevitable? Carecer de futuro como especie es, en el fondo, regresar al estado de naturaleza, como ilustra la distopía de la escritora P. D. James. ²⁹

Pero una parecida conclusión cabría derivar si pensamos en nuestra propia existencia; ³⁰ en cómo se vería afectada sin la esperanza cierta de que el ser humano seguirá habitando el planeta. En ese sentido, Samuel Scheffler ha destacado que, así como para la mayoría de nosotros nuestra propia muerte no opera como freno para la persecución de los sueños y planes de vida, la posibilidad de que desaparezcamos como especie sí produciría ese masivo efecto de claudicación personal y social. Imaginemos que supiéramos que el mundo acabará inexorablemente dentro de diez años. ¿Acaso mantendríamos nuestros proyectos y empeños, dedicando nuestros mejores esfuerzos a resolver los problemas matemáticos del programa de Hilbert, a dar con la teoría física que unifica las fuerzas macro y microscópicas del universo, a una mejor interpretación de las obras de Bach o a curar el cáncer de mama? Scheffler cree que no. ³¹

Esporádicamente pregunto a mis estudiantes de Derechos Humanos lo siguiente:

- Si están muy preocupados por el cambio climático y por qué.
- Si creen que tienen la obligación de reproducirse.
- Si tienen algo que reprochar a las generaciones pasadas, como, por ejemplo, a la generación de la Revolución Industrial, la que empezó a emitir los «polvos» de CO₂ cuyos «lodos» hoy lamentamos.

A la primera pregunta, la inmensa mayoría responde que sí; y a la segunda, todos responden que no. A la tercera, la mayoría no tienen nada que censurar, y algunos dicen incluso alegrarse por los buenos efectos de la Revolución Industrial y que, en el fondo, se han adaptado a lo que toca. A la hora de justificar su preocupación por el cambio climático, invariablemente apuntan a que tenemos obligaciones para con el bienestar de las generaciones futuras. Pero, para que las generaciones futuras tengan bienestar —les replico—, lo primero es que existan. ¿No? Y si nadie se reproduce, como en la novela *Los hijos de los hombres*, de P. D. James, ¿no estamos produciendo el mismo efecto que ese que tanto nos preocupa —la emisión irrestricta de CO₂— y para el que nos vemos urgidos a «cambiar de modelo para poner la vida en el centro»? ¿Cómo es posible entonces que esté permitido abortar? ¿Por qué «cambiar de modelo para poner la vida en el centro» no engloba obligar a la reproducción? ¿Qué significa entonces poner «la vida en el centro» o preocuparse por las generaciones futuras? Algunos de mis estudiantes llegan incluso a sostener que no debemos tener hijos precisamente porque eso afecta al planeta, con lo que demuestran entonces que la preocupación por el bienestar humano,

presente y futuro, no es en realidad el motor normativo de nuestras restricciones de hoy. Cualquiera de ellos, o de nosotros, que ha esgrimido su derecho a «no reproducirse», tiene una despreocupación por la extinción de la especie humana al menos equivalente al irredento negacionista del cambio climático que no está dispuesto a renunciar a su coche diésel.

Cuando les advierto de que, si ellos no tienen nada que reprochar al pasado, quizá en el futuro tampoco sus bisnietos o tataranietos tengan nada que reprocharles a ellos, tuercen el gesto. Más todavía cuando, de la mano del sagaz filósofo Jesús Zamora Bonilla,³² les traslado la consideración de que vivir ya en el Antropoceno implica que no nos extinguiremos ni siquiera en el larguísimo plazo, pues poder describir una era geológica —en este caso una que identificaría la huella humana en el cambio climático— presupone un observador futuro capaz de detectarla, uno de «nosotros», uno al menos suficientemente próximo a nosotros como para entendernos y, si acaso, reprocharnos. O Apocalipsis o Antropoceno.

Aunque tan «ecodependientes» como todos, los animales no humanos son más fácilmente individualizables que los entes naturales, los ecosistemas, las lagunas o los ríos. Y la protección de sus intereses no parece que sea moralmente irrelevante. Cuestión distinta es, obviamente, que podamos protegerlos mediante la atribución de derechos, o incluso que nos hagamos cargo de su bienestar frente a nuestras acciones o las acciones de otros animales, cuya ecodependencia tiene como resultado la depredación de sus presas para poder sobrevivir. La cuestión, parafraseando a Bentham, no sería sólo si importa el sufrimiento

que les causamos nosotros, los seres humanos, sino su sufrimiento *tout court*.³³

La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales, los define como «seres vivos dotados de sensibilidad», con lo cual, si bien les sigue haciendo «objeto de apropiación» como bienes muebles, tal régimen les será aplicable «en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección».³⁴ En procesos de nulidad, separación o divorcio, el destino de los animales de compañía ya no es el del ajuar o los enseres, sino que, para confiarlos a uno o ambos cónyuges, el criterio determinante será también su bienestar. A los animales de compañía ya no cabe extenderles la hipoteca ni son ya más bienes embargables.³⁵ Ahora, en la estela del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la legislación de Alemania, Francia, Bélgica, Portugal y Suiza, así como de un buen número de leyes autonómicas relativas a su bienestar que se vienen aprobando en España desde hace décadas, estos animales han dejado de ser como los seres humanos a quienes cabía aplicar el carimbo.

Hay algo de brindis al sol en estas modificaciones, por no decir, nuevamente, de «esquizofrenia jurídica» en ese «sí pero no» en el estatuto de los animales no humanos. También lo hay en el hecho de que, en relación con su bienestar y explotación, unos animales son más iguales que otros, como sostuviera irónicamente George Orwell en *Rebelión en la granja*.³⁶ ¿Acaso los animales que no son de compañía no son también seres vivos dotados de sensibilidad? ¿Qué justifica que en multitud de instancias su bienestar e intereses no cuenten nada o casi nada? El Código Penal castiga a quien:

[...] fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud. Si las lesiones del apartado anterior se causaren a un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses, además de la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.³⁷

No hace falta abundar mucho en el número de actividades «legalmente reguladas», con las que satisfacemos infinidad de nuestros intereses, unos más perentorios, otros mucho menos, que implican la causación de una lesión o la muerte de un animal no humano.

Esa discriminación entre animales no humanos, que es también una forma de especismo,³⁸ es patente en la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de Protección de los derechos y el bienestar de los animales, una ley que, se destaca en su exposición de motivos, tiene como principal objetivo no tanto «garantizar el bienestar de los animales evaluando las condiciones que se les ofrecen», sino «regular el reconocimiento y la protección de la dignidad de los animales por parte de la sociedad».³⁹ Cualquiera pensaría que esa regulación es efectivamente lo que cualquier ley tiene como misión hacer mediante la determinación de lo que estará permitido o prohibido o será obligatorio en relación con los animales no humanos y en atención a su bienestar, pero, más allá de ello, interesa destacar que, de acuerdo con los propios términos de la ley, no tienen ni deben tener dignidad todos los que quedan excluidos de la protección:⁴⁰ los animales utilizados en los espectáculos taurinos, por supuesto, pero también los de producción, los de experimentación, los silvestres o los utilizados en actividades

específicas, incluyendo los usados en el pastoreo y guarda del ganado y en la caza. Algunos perros son más iguales que otros.

Los animales de compañía ocupan la cúspide del bienestar, pero, entre éstos, los perros —aunque no todos—, gatos y hurones son los más privilegiados, hasta el punto de no poder ser vendidos en tiendas de animales, ni exhibidos o expuestos al público con fines comerciales bajo sanción de entre 50.000 y 200.000 euros.⁴¹ Tampoco cabe utilizarlos «de forma ambulante como reclamo».⁴² Se les puede amar, pero no tanto como para tener relaciones sexuales con ellos si se les «causa daño».⁴³ La ley dispone, además, la obligación de recoger a los animales extraviados y abandonados y su alojamiento en un centro de protección animal, para lo cual deberán contar con un servicio de urgencia para su recogida y atención veterinaria, disponible las veinticuatro horas del día [artículo 22]. Algunos animales no humanos pueden ser más iguales que algunos humanos.

Todos estos brindis al sol o exhibiciones de virtud y de buenas intenciones contrastan, como decía con anterioridad, con lo que rutinariamente ocurre en nuestras explotaciones ganaderas. De acuerdo con los datos de la encuesta de sacrificio de ganado que publica el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, un total de 2.552.368 cabezas de bovino, 9.711.254 de ganado ovino y 1.175.573 de caprino fueron sacrificadas en los mataderos españoles en el año 2021, muchas de ellas —en número creciente— sin el previo aturdimiento que exige, con carácter general, la legislación vigente en España. En 2009, el Reglamento 1099/2009 de la Unión Europea exceptuaba de esa obligación los sacrificios rituales por razones religiosas —típicamente los de musulmanes y judíos—, pero, en diciembre de 2020, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que los Estados pueden recomponer el

balance entre el bienestar de los animales y el respeto a las creencias religiosas inclinándose a favor de lo primero, e imponiendo así el previo aturdimiento sin excepciones.⁴⁴ Así lo han hecho Finlandia, Suecia, Eslovenia..., entre otros países europeos. No será fácil que España siga esa senda dada la implantación de las comunidades judía y, sobre todo, musulmana, cuyos representantes se muestran incluso en contra de que la carne *halal* y *kosher* figure así etiquetada para que el consumidor pueda no comprarla también por razones bien atendibles. Eso «conlleva estigmatización de los diferentes», se ha dicho. En todo caso resultará arduo justificar la prohibición del sacrificio ritual de corderos, vacas u ovejas porque se considera que la creencia o la tradición deben ceder frente al bienestar de los animales, mientras que se mantiene por razones de tradición o valor cultural una mucho más cruel forma de matar a los toros, esa tan «nuestra».

La misma estadística antes mencionada refleja que 58.370.485 cerdos fueron sacrificados en los mataderos españoles en 2021. ¿Por qué podemos consumir esa cantidad de carne porcina y en cambio está prohibido el uso de animales de compañía para consumo humano (una infracción muy grave castigada con hasta 200.000 euros en el proyecto de ley)? ¿Será que los perros están dotados de mayor sensibilidad que los cerdos? No lo parece: los cerdos son tenidos por seres de gran inteligencia y capacidad de sintiencia. ¿Será que no pueden los cerdos acompañarnos como los perros? No necesariamente. El cerdo, y en particular la variedad conocida como «minicerdo», es uno de los populares «animales de apoyo emocional» (*emotional support animals*), aquellos que tienen valor terapéutico y que son «prescritos» por los profesionales de la salud mental para abordar determinados trastornos como el autismo o las crisis de ansiedad. Que los cerditos puedan ser el vehículo

para que menores humanos autistas vivan mejor —y de paso aquéllos también— o que su destino final sea el matadero y la fuente en el horno..., eso dependerá finalmente de que sean o no incorporados al «listado positivo de animales de compañía» que será determinado reglamentariamente (a saber, lo del conde de Romanones: «Hagan ustedes las leyes y déjenme a mí los reglamentos»). ¿Pesará también la muy arraigada identidad española que habita tras el consumo de cerdo, esa que nos permitió durante siglos «depurarnos» frente al «infiel»?

La mayoría de los seres humanos somos «más iguales que el resto de los animales», en el sentido bien relevante de que, como agentes morales, estamos dotados de la capacidad de cuestionarnos nuestros propios instintos y nuestras propias prácticas e instituciones, también las relativas a nuestro trato con otras especies y con la naturaleza en su conjunto. Pero no todos los seres humanos poseen esa agencia, y muchos animales no sólo tienen «sensibilidad», sino también capacidades cognitivas que nos interpelan. La pregunta no se disipa: ¿por qué todos los seres humanos, cualquiera que sea su condición, merecen igual consideración y respeto y ningún animal no humano puede siquiera atisbar ese estatus? No alcanzo a ver que haya más «razón» — salvando las posibles apelaciones religiosas al «alma»— que la de la mera «pertenencia» a la especie humana, lo cual es argumentalmente muy insatisfactorio.⁴⁵

Pero también confieso que no soy capaz de hacer el correspondiente arqueo en la organización de nuestras sociedades, y en cómo, de manera coherente, podemos dar mejor cuenta de algo que sí tengo por obviedad moral: lo que hacemos o dejamos de hacer a la mayoría de los animales no humanos no es éticamente irrelevante, y, en ocasiones, debería estar absolutamente proscrito.

El oso Chucho, la orangutana Sara, los chimpancés Leo, Hércules y Cecilia... Son los nombres de los animales salvajes, en cautividad, respecto de los cuales, en diversos tribunales del mundo, se ha planteado un *habeas corpus*,⁴⁶ si acaso uno de los más importantes derechos «humanos» que oficia como papel tornasol del carácter civilizatorio, legítimo, de un sistema jurídico. Sentado que esos animales tienen intereses, que su «naturaleza» es tan próxima a la nuestra⁴⁷ que podemos «hacernos cargo» de que su bienestar importa moral y jurídicamente, ¿quién determina su destino? Si, como los seres humanos, también en algún sentido se deben «autodeterminar», ¿debemos liberarlos como a los humanos otrora esclavizados, o más bien integrarlos en nuestras comunidades políticas y que sus intereses sean representados?⁴⁸

Estrellita era el nombre de una mona chorongo de Humboldt que, desde el primer mes de vida, y durante dieciocho años, vivió al cuidado de Ana Beatriz Burbano, una bibliotecaria de la ciudad de Ambato (Ecuador), la cual, según ella misma declaraba, se percibía como «su madre». De resultas de una denuncia anónima, las autoridades responsables de patrimonio natural y vida silvestre decidieron «recuperar» a la mona trasladándola a un «ecozoológico», pues se trata de una de las especies en peligro de extinción cuya tenencia y custodia no puede confiarse a particulares. En dicho centro murió poco después.

Entretanto, la señora Burbano había interpuesto una acción de *habeas corpus* al amparo del artículo 71 de la Constitución de Ecuador, cuyo contenido ya vimos al inicio de este capítulo. ¿Cómo se cumplen los «derechos de la naturaleza» en este caso? A juicio de la señora Burbano, la decisión de requisar a Estrellita y mantenerla encerrada junto con otros monos chorongos, lejos del entorno humano en el que había vivido, le producía un gran

sufrimiento. Tal vez incluso Estrellita exhibía conductualmente una preferencia o voluntad: la de seguir conviviendo con «su madre», la señora Burbano.

En la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador que resuelve su pretensión, se destaca que la Constitución ecuatoriana «va más allá del clásico antropocentrismo que había inspirado al derecho durante la modernidad, para acoger un sociobiocentrismo con fundamento en nuestras raíces milenarias, y los aportes del pluralismo y la interculturalidad de los diversos pueblos que conforman al Ecuador» (par. 56). La Corte abunda, en una retórica no siempre atinente a lo que debe decidir, en consideraciones perfectamente banales —los animales no pueden equipararse a los seres humanos, las interacciones biológicas son el fundamento de la interdependencia, la interrelación y el equilibrio de los ecosistemas, etcétera— o más que discutibles. Así, se apela a que la naturaleza es un «sujeto complejo» o a que cuando un depredador mata a su presa en cumplimiento de la cadena trófica no se violenta de forma ilegítima el derecho a la vida de un animal, lo cual alcanzaría también a los seres humanos, con lo que no puede prohibirse a los seres humanos comer animales. De nuevo, la naturaleza como espejo *ad hoc* de nuestra moralidad. De nuevo, Protágoras derrotado.

Y de todo lo anterior, y del artículo 74 de la Constitución ecuatoriana, se deduce, en una suerte de salto mortal, que el derecho básico de animales silvestres como Estrellita es el de «existir», y no ser extinguidos por el ser humano, y no ser domesticados, y poder vivir en paz en la naturaleza: no se pueden «mascotizar» ni «humanizar». Empero, ese entorno «natural» sí será «humanizado» en la medida en la que el derecho de Estrellita a su «restauración» tendrá como límite su detrimento, lo cual

sucedará con gran probabilidad más en su ecosistema natural que en un «ecozoológico». ¿Cabría ahora que otro ser humano presentara, como sugiere la magistrada discrepante (Carmen Corral Ponce), un nuevo *habeas corpus* bajo el entendimiento de que Estrellita sigue privada ilegítimamente de su libertad si queda confinada en el «ecozoológico»?

Además del sustrato individual o «individuante», a la idea de «tener un derecho» va ligada la condición de soberanía o propiedad. Esta vinculación se explicita en el debate entre la orden franciscana y el papado en el siglo XIII, cuando Guillermo de Ockham, para explicar y defender la posibilidad de la pobreza radical, señala que los franciscanos no tienen la propiedad sobre aquellos recursos de los que disponen y que, por ello, carecen de cualquier privilegio, poder, inmunidad o pretensión, esto es, *de todo derecho* (sólo «usan» las cosas sin poder reivindicarlas en ningún caso).⁴⁹ No es extraño que, como ha destacado Ignacio Rodríguez Fernández, en la escolástica española, las primeras reflexiones acerca del alcance del «bien común» que permitiría sacrificar los derechos naturales surjan a propósito de la expropiación.⁵⁰

De la estrecha vinculación entre derecho subjetivo y propiedad también advirtió Ihering cuando, en *La lucha por el derecho*, y haciéndose eco de la teoría de la propiedad de John Locke, afirmó:

Si el azar pone en mis manos una cosa, yo podría justamente ser despojado de ella sin haber lesión de derecho en mi personalidad; pero si no es el azar, si es mi voluntad la que establece ese lazo entre la cosa y yo, si la tengo gracias al trabajo que me ha costado o que le ha costado a otro que me la dio, la cuestión varía de aspecto, porque lo que estoy poseyendo es un pedazo de la fuerza y del pasado propio o ajenos. Al apropiarme de la cosa, le imprimo el sello de mi personalidad; cualquier ataque dirigido contra ella me hiere a mí también, porque yo estoy presente en mi interior: la propiedad no es más que

la periferia de mi persona extendida sobre la materia [...]. El dolor que el hombre experimenta ante la violación de su derecho es la declaración espontánea, instintiva, violentamente arrancada, de lo que el derecho significa para él, para empezar en su personalidad [...] bajo la forma de una afección moral, de un sentimiento inmediato, la verdadera naturaleza y la importancia real del derecho se revelan más completamente que durante un siglo de disfrute pacífico del mismo.⁵¹

Hay dos posibles objeciones a esta forma de vincular la idea de «tener un derecho» y la noción de «propiedad». En primer lugar, frente a lo sostenido por Ihering, sí consideramos generalmente que algunas cosas que nos han sido dadas azarosamente, por la naturaleza, nos corresponden o pertenecen con carácter radical y que sobre ellas tenemos un derecho absoluto: nuestro cuerpo, incluyendo los órganos, que es indudablemente «periferia de mi personalidad». Ello explica lo profunda e inquietantemente distópicas que resultan las propuestas que instan a «redistribuir» órganos entre los seres humanos para así incrementar el bienestar promedio, o a atender las necesidades de quienes, también sin haber hecho nada por merecerlo, sufren de una disfunción para la que uno de nuestros órganos —el riñón, por ejemplo— les beneficiaría enormemente.⁵² Estaríamos ante uno de esos supuestos en los que seríamos tratados meramente como un medio, violándose así el imperativo categórico kantiano.

En segundo lugar, hay quienes —como significadamente Luigi Ferrajoli o cierta doctrina constitucional en España— han sostenido que el derecho de propiedad no engrosa el elenco de los derechos «fundamentales», puesto que carece del rasgo de la «universalidad» que para ellos (incluido, señaladamente, Ferrajoli) es distintivo de aquellos derechos «fundamentales» (entre los que sí estaría el derecho a la libertad y a la vida y los derechos políticos y sociales). Por ello, la propiedad es más bien parte de los «derechos patrimoniales»: «Todos somos igualmente libres de manifestar

nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias [...] e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en diversa medida [...] soy propietario [...] de objetos diversos de aquéllos de que otros, y no yo, son propietarios». ⁵³ Obvio; pero, entonces, ¿permite ello decir que el derecho de propiedad no es «universal» al igual que el resto de los derechos fundamentales, como los de libertad y los sociales? Obviamente, no: tampoco nos expresamos todos con igual alcance o influencia, y de tal hecho no cabe inferir que entonces el derecho a la libertad de expresión no sea «universal». Lo único que precisamos para predicar dicha universalidad, como el propio Ferrajoli asume, es que la titularidad del derecho recaiga en «cualquiera»..., cualquier sujeto, sin nombres ni apellidos.

Una segunda razón para la distinción, como nos instruye Ferrajoli, tiene que ver con la «indisponibilidad»: las libertades no se venden ni se intercambian, pero sí los derechos patrimoniales, la propiedad sobre las cosas. ⁵⁴ Pero tampoco esto es cierto del todo. El derecho «genérico» de propiedad puede concebirse de modo tan indisponible como cualquiera de las libertades: puedo disponer de mi casa, pero no puedo renunciar a poder ser nuevamente propietario. Así, el monje cartujo no puede abdicar de por vida a convertirse en el futuro ejecutivo de banca privada. Por otro lado, el derecho a la propia imagen no impide que vendamos nuestras fotos íntimas; lo que no podré es renunciar a ese *derecho mismo*, sino, tal vez, a su *ejercicio*. ⁵⁵

Además de al individualismo moral y a la propiedad, el ideal de los derechos responde, en tercer lugar, a la consideración de que el

prius de la organización política es la libertad de los seres humanos. Ésta es la concepción lockeana que se plasma en las declaraciones modernas de derechos, incluyendo la Declaración de Independencia de Estados Unidos. El Estado tendría como finalidad proteger una serie de derechos prepolíticos de los individuos, singularmente, su vida, libertad y propiedad. Es por ello por lo que el primer principio en la teoría de la justicia de John Rawls, como señalé anteriormente, es el de la libertad, que debe ser prioritariamente satisfecho antes que la igualdad de oportunidades, de acuerdo con su planteamiento.⁵⁶ Esto tiene una dimensión constitucional muy relevante cuando esos derechos se consagran como derechos fundamentales, tal y como ha destacado Ignacio Rodríguez Fernández: «[...] las disposiciones de derecho fundamental establecen directamente deberes de conducta que vinculan a los poderes públicos en su relación con los ciudadanos [...]». ⁵⁷ Y, como añade Rodríguez Fernández, ese *prius* de la libertad, en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro, tendría como consecuencia constitucional que «las normas llamadas a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos deben ser capaces de demostrar, en todo momento, la existencia de una necesidad imperativa de restringir el *derecho originario de libertad*». ⁵⁸

Y, finalmente, en el trasfondo del ideal de los derechos figura la consideración de que, para la garantía de tales libertades, el poder público no precisa de compromiso alguno con una caracterización o concepción particular de lo «bueno»; así, una organización política justa, una sociedad bien ordenada, sólo necesita que los individuos actúen correctamente, es decir, siguiendo las reglas que se han diseñado para salvaguardar la libertad de todos en la mayor medida posible.

Es frecuente referirse a esta última cláusula como la de la «prioridad de lo correcto sobre lo bueno». El ideal de los derechos sería así incompatible con un Estado «perfeccionista», que tiene como misión que sus ciudadanos vivan una «vida buena» o que orienten el ejercicio de sus libertades hacia lo que resultaría ser «objetivamente valioso». Esa moralización de la política y del derecho se presenta como indeseable. Por seguir con la metáfora escultórica de Pico della Mirandola, anhelamos poder esculpir, pero también anhelamos ser nosotros quienes decidimos qué forma dar a la materia; aunque erremos.⁵⁹ Al decir de Ronald Dworkin, si bien es importante vivir una vida buena es igualmente importante que sea *nuestra* vida.⁶⁰ En la tradición liberal que sustenta el ideal de los derechos, éstos constituyen el dique de contención frente al intervencionismo del poder público, pues, como señala Michael Ignatieff, se trata de proteger el hecho de que los individuos puedan definir por y para sí aquello por lo que creen que vale la pena vivir o morir.⁶¹

Frente a este planteamiento característicamente liberal, el papa León XIII defendió célebremente la tesis de acuerdo con la cual sólo se es «verdaderamente libre» cuando se elige «bien». No hay libertad para el error, pues, como sentenció en su encíclica *Libertas, praestantissimum* (1888): «Si se concede a todos una licencia ilimitada en el hablar y en el escribir, nada quedará ya sagrado e inviolable». Se trata de una concepción de la libertad con raíces aristotélico-tomistas que recientemente, y con sagacidad, viene defendiendo el jurista Fernando Simón: «[...] la libertad se justifica en el obrar conforme a la razón, y el obrar conforme a la razón supone —en primer lugar, aunque no sólo— la prosecución de bienes humanos que la razón capta como tales a partir de las inclinaciones naturales del hombre: vida, conocimiento, sociabilidad,

etcétera». ⁶² Es decir, no soy libre cuando desprecio lo racionalmente bueno, para lo cual debo autodominarme, embridar las pasiones que, como señalara David Hume, esclavizan la razón.

El ideal de los derechos responde a una concepción ética que ha recibido objeciones y críticas desde que fue gestándose y plasmándose en instrumentos jurídicos diversos. ⁶³ En un conocido opúsculo publicado en 1816, el reformador y utilitarista Jeremy Bentham —del que antes he destacado su faceta como defensor del derecho legislado frente al *common law*— criticaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 porque descansaba en un conjunto de «misteriosas entidades metafísicas», los «derechos», carentes de referente empírico alguno. El título del panfleto, *Nonsense upon stilts* (Disparates sobre zancos), es una elocuente evidencia del desprecio de Bentham hacia el ideal de los derechos sobre el que gravitaron las Revoluciones estadounidense y francesa. ⁶⁴ Si se trataba de derechos pertenecientes al orden «moral», naturales, Bentham entendía que debían rechazarse por ir en contra del principio supremo de la moralidad: la utilidad. El uso y abuso del lenguaje de los derechos, sostuvo Bentham, no hacía sino excitar las pasiones anarquistas.

En una línea parecida, aunque con acentos más conservadores, Edmund Burke apuntaba en sus primerísimas *Reflexiones sobre la Revolución francesa* (1790) que los «derechos del hombre» son un torpedo en la línea de flotación del Estado que se llevará por delante todos los ejemplos de la antigüedad, todos los precedentes, convenciones y leyes del Parlamento. Para Burke no hay derechos prepolíticos: «Los hombres no pueden ser titulares de derechos propios de un estado incivil y de un estado civil a la vez. Para lograr

la justicia, el hombre renuncia a su derecho a determinar *qué* es justo en los asuntos que le son esenciales. Para afianzar alguna libertad, delega toda su libertad». ⁶⁵

También Marx fue un temprano crítico del ideal de los derechos, al menos en una primera fase del desarrollo de su pensamiento, cuando los equipara, desdeñosamente, con el cristianismo. ⁶⁶ Pero hay igualmente una etapa en la que Marx exhibe una posición de mayor armonía, una concepción del socialismo que es asumible como una profundización de los derechos humanos y del liberalismo —y del marxismo mismo como una posición finalmente entroncada con el derecho natural de acuerdo con la interpretación de Ernest Bloch—. Así, las libertades individuales y la emancipación de la humanidad serían, en último término, aspiraciones bien marxistas, siempre que se interpreten los derechos y la libertad clásicos; la propiedad, por ejemplo, no como la libertad *de* propiedad, sino *respecto de* la propiedad; no la emancipación del individuo egoísta respecto de la sociedad feudal, sino la emancipación de la humanidad respecto de cualquier tipo de sociedad de clases. ⁶⁷

Aunque un cierto espíritu benthamiano pervivió en un Reino Unido receloso de plasmar constitucionalmente los «derechos humanos», ⁶⁸ en general, las críticas benthamianas cayeron en saco roto. Desde que publicara *Nonsense upon stilts*, no es exagerado afirmar que, en buena parte del mundo, ha triunfado una ética y una política que podríamos denominar «basada en los derechos»; un ideal normativo que alcanzó su cénit el 10 de diciembre de 1948 con la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque hubo abstenciones notables, como las de Arabia Saudí, Sudáfrica, Ucrania, Bielorrusia, Yugoslavia, Polonia y la

Unión Soviética. Con ese espíritu escéptico frente a los derechos «burgueses», el representante de la Unión Soviética en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas que redactaba la declaración trataba de enmendar el artículo 16, el relativo a la libertad de pensamiento y religión, para que se añadiera una cláusula que limitara el alcance de aquellas libertades a «las leyes del país y los dictados de la moralidad pública». ⁶⁹ En cuanto al artículo 17, que establecía el derecho a la libertad de expresión, la Unión Soviética pretendía que se añadiera que: «El uso de la libertad de expresión y de prensa con el propósito de propagar el fascismo o la agresión o la incitación a la guerra entre naciones no debe ser tolerado». Además se apostaba por incluir la necesaria intervención del poder público en la garantía de dichos derechos: «Para asegurar el derecho a la libre expresión de opiniones para amplios sectores de los pueblos y sus organizaciones, deberá darse ayuda y cooperación del Estado para proveer de recursos materiales (instalaciones, imprentas, papel y otros recursos semejantes) necesarios para la publicación de los órganos de la prensa democrática». ⁷⁰ Para Arabia Saudí, la libertad religiosa y la edad para contraer matrimonio resultaban imposibles de digerir; para la Sudáfrica racista de los *townships*, fue la libertad de movimientos y de residencia la rueda de molino con la que no se podía comulgar.

«Los derechos humanos —ha afirmado Moyn— han venido a definir las más elevadas aspiraciones tanto de los movimientos sociales como de las entidades políticas —estatales e interestatales—. Evocan esperanza y provocan la acción.» ⁷¹ Son, añade Moyn, la versión moderna del viejo compromiso por la causa de la justicia que se encuentra en Platón y en el Deuteronomio. ⁷² Antonio Escohotado estima que fue Ciro el Grande, con su prohibición de la

esclavitud, el inventor de los derechos humanos. En esa misma línea, Manuel Atienza ha afirmado que existe una «ideología» de los derechos humanos que cumple la función de «patrón oro» de la legitimidad de manera semejante a cómo el cristianismo certificaba los regímenes justos en el Antiguo Régimen.⁷³ En nuestros días, como señala a los mismos efectos Liborio Hierro, los derechos humanos son el banco de pruebas para cualquier teoría de la justicia.⁷⁴ De «religión secular universal» habló Elie Wiesel al respecto de los derechos humanos.⁷⁵ Anteriormente he dado también elocuentes ejemplos de esa colonización de la retórica de los derechos humanos en la legislación santimonía.

En el exhaustivo estudio de Moyn, se explica que no es sino hasta la década de 1970 —ni siquiera durante la Guerra Fría o el anticolonialismo de la década de 1960— cuando los derechos humanos se convierten en esa ideología hegemónica, enarbolados incluso por el catolicismo, cuando, dadas sus premisas y presupuestos «liberal-individualistas», debía rechazarlos como hemos visto que hizo antaño;⁷⁶ Moyn señala: «[...] los movimientos sociales adoptaron los derechos humanos como eslogan por primera vez. A medida que avanzaron los [años] setenta, la identificación de tales causas como luchas en pos de los derechos humanos creció como una bola de nieve, continuando a lo largo del mundo y de la década (sin duda hasta el presente)». ⁷⁷ Esa preeminencia, sostiene plausiblemente Moyn, trae causa de la muerte de otras visiones utópicas y de su transmutación en una agenda de derechos humanos. En el mismo sentido, y refiriéndose a Latinoamérica, el constitucionalista argentino Roberto Gargarella señala: «Ese renacer del movimiento por los derechos humanos [tras las espantosas experiencias de las dictaduras de la década de 1970] fue de tal magnitud que a la nueva barca de los derechos

terminaron por subirse incluso los activistas y militantes de izquierda que, declarados continuadores de las críticas de Marx y del marxismo sobre los derechos, habían repudiado ese discurso durante más de un siglo. Vivíamos en una época marcada por el drama de las violaciones de derechos y el paradigma de los derechos humanos, ahora constitucionalizados». ⁷⁸

Existen multitud de instancias en las que cabe corroborar el diagnóstico de Moyn. Empleando una imagen poderosa que ha propuesto Gargarella, pensemos en los derechos como objetos que, como los planetas, están ahí afuera «regulando nuestras vidas, y esperando que los descubramos», que no son creaciones o artificios humanos, «que de ningún modo son producto de nuestra vida democrática [...], pero que están destinados a regular enteramente nuestras vidas en democracia, trazándoles sus límites infranqueables»; ⁷⁹ entonces, si todo lo anterior vale, si los derechos son ese tipo de «planetas», no es exagerado decir que el universo de los derechos humanos se ha revelado en las últimas décadas como un universo inflacionario, infinito. Y ello tiene consecuencias perniciosas, como el posible colapso que anuncian algunos cosmólogos cuando se refieren a la expansión de las galaxias. Como ocurre con las «olas del feminismo», si nos referimos a los derechos humanos, sus «generaciones» parecen poder llegar a alcanzar el número de las que aparecen en el relato del Antiguo Testamento. Y eso, creo, lejos de ser celebrado nos debería alertar.

En una llamada «Declaración de los Derechos Humanos Emergentes», del Institut de Drets Humans de Catalunya, proclamada en 2009, se declaran, entre otros derechos humanos, el derecho a la «identidad de género», al «paisaje», a «la

ciudad». ⁸⁰ Durante los años de gobierno municipal en Madrid de la exalcaldesa Manuela Carmena se elaboró, a lo largo de meses, un llamado «Plan Estratégico de Derechos Humanos para el Municipio de Madrid», para 2017-2019. Entre sus muchísimas metas estaba la siguiente: «Reforzar su apuesta por una cultura de respeto a los derechos humanos, la convivencia, la mediación, el diálogo y una cultura de paz, a través de un cambio de paradigma de la seguridad que ponga en el centro los derechos humanos de las personas que viven en Madrid y la prevención de todo tipo de violencia interpersonal [...]». Es decir, los derechos humanos «se ponen en el centro», constituyen un particular «enfoque» o «perspectiva», y el Ayuntamiento de Madrid se erige como su «garante». ¿Acaso no cuenta ya España con una Constitución que recoge derechos fundamentales cuya salvaguarda recae en última instancia sobre el Tribunal Constitucional y toda la batería de garantías que proporciona el hecho de ser miembro del Consejo de Europa y estar sometida, por tanto, a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

Nada de esto ha de resultar extraño si tenemos en cuenta la poderosísima fuerza persuasiva que tiene el discurso que apela a los derechos humanos. Como en su día destacó Liborio Hierro:

[...] quienquiera que pretenda hoy que se tome en consideración alguno de sus deseos, que se garantice o proteja cualquiera de sus intereses o que se satisfaga alguna de sus necesidades, hará bien en formular tales pretensiones como el necesario cumplimiento de un «derecho humano» antes que embarcarse en la mucho más gravosa empresa de justificar suficientemente que sus deseos, intereses o necesidades deben alcanzar tal prioridad, y que debe ser desplegado el correlativo haz de obligaciones que a todos, y en especial al Estado, incumbirá. Parece como si al calificar ese deseo, ese interés o esa necesidad como un «derecho» uno quedase automáticamente exento de tener que demostrar su exigibilidad. Se produce una especie de ecuación semántica: es mi «derecho», luego debe ser respetado o satisfecho. ⁸¹

Es como cuando los niños dicen «casa» en el juego del pillapilla, ha parangonado sagazmente Daniel Gascón.⁸² En parecidos términos se pronunció John Finnis, uno de los autores más representativos de la escuela denominada «nuevo derecho natural» (*new natural law*): «[...] la fuerza concluyente de las atribuciones de derechos, que es la fuente de la idoneidad del discurso de los derechos para expresar conclusiones, es también la fuente de su potencial para confundir el proceso racional de investigar y determinar lo que la justicia requiere en un contexto dado».⁸³

Así lo atestigua el debate, entre otros muchos, en torno a si la autoidentidad de género bastaría para la rectificación de la mención del sexo en el Registro Civil, por encima del hecho biológico de ser mujer u hombre. No es en absoluto infrecuente que dicha controversia se zanje cuando algún interlocutor señala que «es una cuestión de derechos humanos». Lejos de poder resolverse así el desacuerdo, el efecto es justamente el contrario, como advirtió Michael Ignatieff hace algunos años y como ha hecho más recientemente Fernando Simón.⁸⁴ Señala Ignatieff: «Cuando las demandas políticas tornan en reclamaciones de derechos, hay un riesgo cierto de que la cuestión se vuelva irreconciliable, puesto que reivindicar un derecho implica hacerlo innegociable [...], la transacción no es facilitada cuando se usa el lenguaje de los derechos».⁸⁵

Pero igualmente ocurre a la inversa, es decir, se produce un especular efecto de desconsideración o deslegitimación de la demanda porque aquello que se propone no es un derecho, sino un mero deseo. Antes mencioné a ese respecto el «derecho al sexo» de las personas con discapacidad, pero sucede también, y muy destacadamente, en el ámbito de la libertad de empresa o de la reproducción humana: así como hay una persistente invocación de

que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho crucial de las mujeres, e incluso un «derecho humano», la posibilidad de gestar un embrión ajeno, lo que se conoce como «gestación por sustitución» (o bien, en una jerga más gráfica, «vientres de alquiler») es tenido en muchos pagos del feminismo como la expresión de un «mero deseo», tanto para la pareja comitente cuanto para la prospectiva mujer gestante. Abortar es un derecho porque encarna un interés o necesidad de la mujer, según ha dicho recientemente el Tribunal Constitucional,⁸⁶ pero gestar un embrión ajeno responde al capricho, si es que no a la explotación. ¿Cabe dar alguna razón o principio para que no cunda la sospecha de la arbitrariedad en tal delimitación o del carácter *ad hoc* del retóricamente exitoso expediente de los derechos?

En esta expansión infinita en el catálogo de derechos hay, además, un segundo efecto pernicioso: la multiplicación de posibles conflictos entre ellos. Esto lo advertía también Michael Ignatieff, como lo han hecho otros tantos estudiosos. Es por todo lo anterior por lo que parece inevitable encarar ahora el interrogante que evoca el título de este libro. ¿Cuándo «van en serio» los derechos? Responder a esta crucial pregunta resulta ineludible para determinar cuáles de esos intereses son en puridad derechos, y no meros «deseos»; es decir, nos tenemos que preguntar: ¿cuáles de esos intereses deben ser jurídicamente protegidos?; y, en caso de colisión entre ellos, ¿qué criterio ha de utilizarse para resolver el conflicto?

El peso de los derechos: ponderando la ponderación

En 1977, Ronald Dworkin, sucesor de Herbert Hart en la cátedra de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford, publicó su primer y muy influyente libro, *Taking rights seriously*, traducido al español como *Los derechos en serio*. En esa obra, Dworkin se proponía esencialmente dos cosas: mostrar que el positivismo jurídico era una deficiente teoría del derecho al no dar cuenta de que los sistemas jurídicos cuentan con «principios» —además de reglas— con los que los jueces resuelven los llamados «casos difíciles», y, de otra parte, sostener que los derechos humanos consagrados como «fundamentales» en los textos constitucionales operan como «cartas de triunfo» (*rights as trumps*), es decir, impiden que consideraciones basadas en el bienestar colectivo puedan servir como justificación del sacrificio de los intereses o necesidades básicas de los individuos. Dworkin afirma que «si alguien tiene derecho a algo, entonces está mal que el gobierno se lo deniegue, incluso cuando sería de interés general hacerlo». ¹

Los derechos son esencialmente un contrafuerte frente al principio de utilidad tan caro para Jeremy Bentham. Los individuos que se van de Omelas, ese *locus* del espanto en el relato clásico de Ursula K. Le Guin *Quienes se marchan de Omelas*, publicado en 1973, lo hacen porque no pueden soportar la idea de que su bienestar provenga de la inmisericorde explotación de un niño

encerrado a oscuras en un sótano. El sobrecogimiento que nos provoca conocer el funcionamiento de Matrix en la película con ese título se propicia al ver que los seres humanos son los meros fusibles o relés de un gigantesco mecanismo que alimenta una realidad virtual.

Los derechos a los que Dworkin alude como «cartas de triunfo» son, como he indicado anteriormente,² las posiciones normativas de los individuos a las que designamos como «privilegios», «inmunidades», «potestades» o «pretensiones», esto es, «derechos subjetivos». ¿Qué intereses o necesidades humanas estamos dispuestos a salvaguardar aunque sepamos que su sacrificio redundará en un mayor bienestar de la mayoría? ¿Y *cuánto* estamos dispuestos a salvaguardarlos? ¿Resolvemos hacerlo hasta el punto de que, aunque conozcamos que ese mayor bienestar se obtuvo efectivamente gracias al sacrificio de otros, o incluso el de un solo individuo, aceptaríamos mantener una regla que *prohíbe* esa forma de conducta y castigar su contravención, especialmente si se trata de un funcionario público? Que los derechos lo sean «en broma» o «en serio» depende de cómo respondamos a esas preguntas.

En referencia al acuerdo de paz en Colombia, Luigi Ferrajoli afirmó: «El derecho a la paz no puede plebiscitarse».³ Lo ha recordado el también célebre constitucionalista argentino Roberto Gargarella a propósito del caso Gelman contra Uruguay para, contrariamente a Ferrajoli, señalar que el referendo popular uruguayo de la Ley 15.848, de 22 de diciembre de 1986, mediante la que caducaba la punición del Estado, era justificación bastante para orillar el derecho a la verdad, la reparación y la justicia relativa a los crímenes contra la humanidad de la dictadura uruguaya.⁴ ¿Quién tiene razón?

Una regla que prohíbe algo con carácter absoluto, sin excepciones, parece por tanto la marca de fábrica de «tener un derecho en serio». ¿Pero es posible tal cosa? ¿Es racional o prudente que los sistemas jurídicos se doten de ese tipo de normas?

La aparición de *Los derechos en serio*, de Dworkin, azuzó una discusión ancestral (que aún hoy se prolonga) acerca de la naturaleza del derecho y su identificación. Con sus planteamientos en aquel libro, Dworkin, como antes señalaba, desafiaba la concepción del positivismo que, en el mundo anglosajón —aunque no sólo en ese ámbito—, había popularizado su antecesor en la cátedra de Jurisprudencia en Oxford: H. L. A. Hart. En esta tradición, el derecho es un «producto convencional», es decir, sus fuentes son sociales, y, por lo tanto, a la hora de determinar qué dispone el derecho, no necesitamos recalar en lo que sea «justo». Como señaló célebremente el padre del positivismo jurídico John Austin, una cosa es la existencia del derecho y otra su mérito o demérito.⁵

Una de las tesis que, según Dworkin, también caracteriza al positivismo jurídico hartiano es que, en los llamados «casos difíciles», el juez ejerce discrecionalidad, es decir, crea derecho. Y ello es así puesto que no dispone de una regla jurídica con la que resolver el caso. Según Dworkin, esta «tesis de la discrecionalidad» sería deficiente —y, por extensión, el positivismo jurídico— por ser miope frente a la existencia, en todo sistema jurídico, de normas que no serían reglas, sino principios, y que sí ayudan a resolver jurídicamente los «casos difíciles». Los jueces no actuarían con discrecionalidad en dichos casos, no crearían, en puridad, derecho, sino que se valdrían de esos «principios» para decidir jurídicamente.

En principio, ello no tiene nada que ver con la dificultad moral del asunto: habría casos jurídicamente difíciles pero moralmente fáciles, así como casos jurídicamente fáciles pero moralmente difíciles. Este

último es el supuesto de la menor de edad Gabriela, cuya bebé, Verónica, precisaba de un trasplante hepático para sobrevivir. Disponemos de una regla prohibitiva en el derecho español que impide a los menores hacer donación «de vivo»,⁶ con lo que una mera y única subsunción permitía llegar a la conclusión de que a Gabriela, según el derecho español, se le prohibía ser donante de vivo, sin que hubiera excepción alguna prevista relativa a lo próxima que estaba la mayoría de edad de la posible donante ni al estrechísimo vínculo entre la donante y la receptora. La dificultad que cualquier juez encargado de resolver el caso puede tener parece más bien de naturaleza moral: ¿cómo dejar morir a ese bebé si resulta que su única alternativa es que su madre menor de edad le done? Así, ¿cómo vamos a aceptar que el derecho incluya estas reglas categóricas cuya aplicación no actualiza la justicia, antes bien el perecimiento del mundo, de acuerdo con el viejo aforismo?

De forma también algo confusa, Dworkin describió esos «principios» accesibles para la resolución de casos difíciles como normas jurídicas que, a diferencia de las reglas, tienen una dimensión de «peso o importancia» —que no se aplican a la manera del «todo o nada», como es típico de las reglas—. Si, por poner un caso socorrido, un conductor circulaba a 80 kilómetros por hora en una vía que tiene prohibida la circulación a más de 50 kilómetros, aplicar la regla del código de circulación implica sencillamente imponer la multa que corresponda a ese exceso de velocidad una vez comprobados los hechos, esto es, una operación puramente subsuntiva. Si resultase que hay una norma que permite a los vehículos de emergencia (bomberos, policía, etcétera) circular «de manera acorde a la emergencia», lo que diremos es que es ésta la regla que se aplica, no aquélla, o bien que esta última regla relativa

a los servicios de emergencia constituye una excepción a la regla general.

Los principios, sin embargo, jugarían simultáneamente en la resolución de esos casos que Dworkin, también de manera no enteramente clara, denomina «difíciles». Imaginemos la acción consistente en entrar en un domicilio ajeno. La Constitución española establece, en su artículo 18.2, que el domicilio es inviolable. Dicha regla responde al enorme valor que damos a nuestra intimidad personal y familiar que se desenvuelve en el lugar en el que residimos. En Inglaterra fue célebre el caso *Semayne*, en 1604, en el que dicho *Semayne* era acreedor de unas deudas del fallecido George Berisford, quien compartía casa de alquiler con Richard Gresham en Londres, y este último se negó a que el *sheriff* entrara en la casa para incautarse de los bienes del fallecido. Posteriormente, el juez sir Edward Coke estableció límites estrictos al poder del *sheriff* para allanar una morada ajena a fin de que un acreedor pudiera incautarse de bienes y cobrarse las deudas. El juez Coke actuó bajo la consideración de que «el domicilio individual es como el castillo y la fortaleza, tanto para defenderse del daño y la violencia como para el reposo». Un derecho en serio.

Claro que es perfectamente irrazonable que ese «castillo y fortaleza» sea inexpugnable, inmune a la investigación judicial, al hecho de que en ese ámbito privado se cometan los crímenes más horribles. Fiel a ese espíritu, la Constitución española establece tres circunstancias bajo las cuales cabe entrar en domicilio ajeno: la más obvia de todas, el consentimiento del titular; en segundo término, la resolución judicial que ordene la entrada y registro en el marco de una investigación criminal; y, finalmente, cuando se esté cometiendo un delito flagrante. Con respecto a esta última circunstancia, hace algunos años, el Tribunal Constitucional no admitió una

interpretación del legislador que rebajaba el concepto de flagrancia a la noción de «conocimiento fundado», por parte de la policía, de la comisión de un delito de narcotráfico.⁷

Pero no, no es el problema de interpretación de los términos propios del lenguaje de los derechos o de las libertades, o del derecho en general, lo que hace del caso algo «difícil». Es otra cosa. Por ejemplo: imaginemos que el vecino de arriba se ha dejado el grifo de la bañera abierto y estará fuera de su domicilio todo el fin de semana. ¿Cometo un delito o vulnero su derecho a la intimidad si fuerzo la puerta de su casa para cerrar el grifo evitando así la inundación?

Más de uno pensaría que no, que hay un principio que dicta algo así como «proteger la propiedad ajena» o el derecho de otros a salvaguardar su propiedad, y que éste triunfa frente al derecho a la intimidad domiciliaria. Si me apuran, hasta parecería evidente que el constituyente español, a la hora de establecer las excepciones a la inviolabilidad del domicilio, se olvidó de incluir un supuesto de «emergencia» como el que acabo de describir, y que, de haberlo pensado bien, obviamente, habría incorporado también ese supuesto. Algunos autores denominan «laguna axiológica» a esta suerte de «olvido», aludiendo a que el caso no contemplado *debería estarlo* de acuerdo con los valores, razones o justificaciones que subyacen a la regla —incluyendo las excepciones— del artículo 18.2 de la Constitución española.

La distinción entre casos fáciles y difíciles, así como la correspondiente necesidad de ponderar antes de subsumir cuando nos enfrentamos a un caso difícil, sigue siendo objeto de una persistente discusión entre los teóricos del derecho y de la argumentación jurídica. Se cuestiona qué cosa sea exactamente «ponderar», si no se tratará de una operación siempre «subjetiva»

(la de calibrar «a ojo de buen cubero») en ausencia de un patrón y de métricas compartidas, pero, también, de manera tendencialmente más devastadora, si no ocurrirá que el recurso a la ponderación es incontrolable, siempre discrecional para el aplicador del derecho, pues no hay forma de distinguir estructuralmente entre reglas y principios.⁸ Y, con ello, se cuestiona cómo tomar los derechos en serio y si podemos hacerlo.

Repárese, en ese sentido, en lo que antes he sostenido: de acuerdo con el derecho español, la prohibición de donar de vivo de un menor es un caso fácil y que su solución sólo exige subsumir los hechos del supuesto en una regla que no incluye excepciones. En realidad, el caso fácil pudiera no serlo tanto; así, como señala Manuel Atienza, incluso en los casos *prima facie* fáciles nos encontramos con los principios en la trastienda, ya que la subsunción no es un puro asunto de obediencia ciega a las reglas. En consecuencia, un caso es fácil cuando la subsunción de determinados hechos *a la luz del sistema de principios o justificaciones subyacentes* no resulta controvertible.⁹ Y, probablemente, en el caso de la menor Gabriela antes mencionado, sí que era más controvertible de lo aparente. Supongamos que no describimos la pretensión de la madre de Gabriela (la abuela de la bebé cuya vida corre peligro) como que su hija «done un órgano a su nieta», sino como que «a mi hija se le practique una intervención corporal en su cuerpo sin propósito salvador o curativo propio». Ello nos permitiría huir del formalismo de la regla y, por analogía con el procedimiento de esterilización de menores —entonces permitido en el vigente derecho español, siempre que se hiciera con intervención judicial—, que se autorice por el juez esa donación de vivo en un expediente de jurisdicción voluntaria. Así lo hizo, de hecho, la juez de instrucción de Sevilla mediante auto de 18 de octubre sin causar

controversia jurídica alguna en la comunidad relevante. Es un caso jurídicamente fácil pero moralmente difícil, y sorteado sin ruido. Pero ¿se debería haber resuelto en la misma forma y con parecida argumentación si la juez también hubiera creído autorizable, moralmente correcta, una donación de vivo de una menor no ya para salvar a su hija sino a su madre, o a un tercero ajeno al círculo familiar? ¿Corresponde a los jueces tomar esas decisiones que implican excepcionar o ampliar el alcance de las reglas? Entonces, ¿dejaría su función de ser jurisdiccional para pasar a ser legislativa?

Pensemos ahora no ya en casos difíciles, sino «trágicos», cuando cualquier solución es mala; cuando ninguna decisión deja de suponer un daño para algún bien considerado esencial desde el punto de vista jurídico o moral.¹⁰ Son esos supuestos que tanto entretienen a los filósofos morales, el célebre tranvía en el que un transeúnte se enfrenta al dilema de si activar o no la palanca para desviarlo a una vía donde hay un único trabajador a fin de evitar que arrolle a cinco;¹¹ supuestos «sacrificiales», como los ha descrito Ignacio Rodríguez Fernández: el derribo de aviones con pasajeros inocentes a bordo,¹² o, aún más trágicamente, el caso de la tortura.

En la Sentencia T-523/1997 de la Corte Constitucional colombiana se declara constitucional, y no un caso de tortura, la aplicación de la justicia indígena en el caso del asesinato de Arnulfo Betancur, lo cual incluyó 60 «fuetazos» (golpe con una fusta) al presunto culpable Francisco Gambuel. La tesis de la Corte es que no había afectación a la dignidad de las personas, puesto que, desde la perspectiva del pueblo paez, ese castigo tenía el propósito de purificación, y no de humillación. No es decisivo en este punto discutir si, aun teniendo ese propósito, cabría igualmente describir como tortura prohibida lo que se infligió a Gambuel, o el típico problema de vaguedad relativo a si menos de equis «fuetazos» ya

no constituye una tortura. Pongamos un supuesto consensuable: la picana eléctrica que rutinariamente se aplicó a tantos y tantos argentinos durante la dictadura, o bien el *waterboarding* de la CIA en Afganistán...

En su polémica con Manuel Atienza —una de tantas—, Juan Antonio García Amado apelaba precisamente a la prohibición de la tortura como una manera de presionar a quienes se resisten a demarcar clara y anticipadamente entre el espacio posible de los supuestos ponderables y los casos necesariamente reglados y susceptibles de ser resueltos solamente por subsunción. Así se hace precisamente en la Constitución española en su artículo 15, y también en la Convención contra la Tortura [artículo 2] de la que España es parte. Es difícil encontrar una regla más categórica que la expresada en los puntos 2 y 3 del artículo 2 de dicha Convención: «2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. 3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura». ¹³

¿Por qué no sería susceptible de ser derrotada, en un caso concreto, la prohibición de la tortura?, se pregunta García Amado. ¹⁴ ¿No lo hubiera sido en el famoso caso Daschner, en Alemania, ¹⁵ o en todos aquellos supuestos en los que, por aplicación de la tortura, preservaríamos bienes o intereses muy valiosos?

La prohibición absoluta de la tortura es la restricción deontológica por antonomasia, pues señala que no hay beneficio agregado posible que justifique la vulneración de un derecho tan básico como el de la «integridad física», hasta el punto de que, por poner un

ejemplo alumbrado por Fernando Molina, deberíamos extinguirnos como especie si la alternativa para sobrevivir es matar de la forma más dolorosa posible a todos los niños menores de diez años, una extinción por motivos morales defendida por el propio Molina. ¹⁶

Hay una respuesta fácil —demasiado fácil, como el propio García Amado y otros muchos han acertado a señalar—, consistente en apuntar que la tortura es «siempre» un mal mayor, y que así lo evidenciaría la historia y el hecho de que la ponderación es siempre mucho más compleja de lo asumido en los escenarios hipotéticos en los que la tortura aparecería justificada.

A mi juicio, hay dos experimentos mentales en los que, bien controladas todas las variables que condicionan nuestro juicio, la conclusión de que está justificado torturar es difícilmente resistible. En el primero se sacrifica la integridad física de alguien para que no resulten sacrificados un mayor número de bienes de igual importancia de personas inocentes, y en el segundo se tortura «en legítima defensa».

Imaginemos que, en el célebre caso del tranvía antes mencionado, nuestra acción de mover la palanca no provocara el desvío del tranvía hacia el ramal donde morirá un individuo salvando así a cinco, sino que se trata de un freno de emergencia que progresivamente desacelera el vehículo hasta detenerlo. E imaginemos que, desgraciadamente, cada vez que se acciona el mecanismo, el individuo situado en el ramal de la derecha, incapaz de abandonarla, sufre una descarga eléctrica dolorosísima. A la primera descarga, el tranvía reduce un tanto su marcha, pero se necesita un número mayor de frenazos hasta detenerlo del todo, provocando cada uno de ellos mayores dosis de sufrimiento para quien está a la derecha. ¿Estaría justificada esta forma de tortura

para salvar a cinco personas de una muerte segura? Parece difícil resistirse a la conclusión de que sí.

Pero tal vez estés pensando que esto no es «tortura». El escenario que se nos presenta omite rasgos muy importantes de la tortura que son los que nos preocupan verdaderamente, los que motivan que establezcamos su prohibición absoluta. Para empezar, lo abominable de la tortura es que es una forma perversa de ejercer el legítimo monopolio de la fuerza por parte del Estado. La tortura impermisible es la que ejercen los servidores públicos, señaladamente la policía o el ejército, y no los ocasionales paseantes que se puedan acercar a las palancas intercambiadoras de los tranvías y que puedan causar daños a algunos, por intensos que sean, a fin de salvar la vida de muchos más.

En segundo lugar, la tortura no es ni el sufrimiento inevitable (pero en el fondo no deseado) ni una coacción mediante el ejercicio de la violencia que pretenda apelar a la «racionalidad instrumental» del sujeto que es torturado. Se trata, más bien, y como agudamente ha señalado David Sussman en un artículo iluminador,¹⁷ de llevar al torturado a una situación crítica en la que su dolor le genera odio hacia sí mismo, repudio por saberse la fuente de su propio sufrimiento, una manera, nos dice, de «experimentarse como indefenso y al [mismo] tiempo activamente cómplice de su propio quebranto», de vivir su humanidad (vulnerabilidad, dolor y sufrimiento) como un problema.

En tercer lugar, pudiera pensarse que en ejemplos como la variante del tranvía que he ideado o en los célebres escenarios del *ticking-bomb*¹⁸ se comparan peras con manzanas, es decir, sufrimientos como la tortura frente a pérdidas de vidas, cuando pudiera ser que lo efectivamente peor fuera torturar antes que matar.

Te invito a que repares entonces en un supuesto sugerido por Jeff McMahan, un experimento mental más refinado en el que se pretende calibrar si está justificado torturar para obtener información evitando ese problema de falta de homogeneidad.¹⁹ Imagina que un grupo terrorista ha secuestrado a un empresario y que, en vez de colocarle una bomba con temporizador que estallará en un plazo de tiempo si no se aviene a pagar una cantidad de dinero determinada,²⁰ se valen de un sofisticadísimo robot con forma humana —indistinguible de uno de nosotros— que comenzará a torturarlo pasado ese tiempo. Con posterioridad, la policía logra detener al miembro del grupo que ha programado el robot, pero éste se resiste a facilitar la ubicación del empresario retenido. Resulta que la policía también cuenta con esa versión del robot torturador. En este supuesto, cabría pensar que, si el único medio para obtener la información y evitar la tortura a un inocente es mediante la tortura a un culpable, ese comportamiento está moralmente justificado y cabría aplicar la eximente de legítima defensa, aunque la lleve a cabo un tercero.

En un caso como el de la tortura, el del derribo de aviones con pasajeros inocentes, el de la inundación..., o bien cuando se discute la colisión entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres o su igualdad frente a la vida del *nasciturus*, o si un ejercicio concreto de la libertad de expresión vulnera el derecho a la intimidad o al honor de un representante público, o en tantos y tantos otros casos parecidos, nos toca decidir qué derecho prevalece. Y, como ha señalado Ignatieff, decir que los derechos son «cartas de triunfo» no es la conclusión de ningún argumento, sino más bien su arranque: «Si los derechos entran en conflicto y no hay

orden incontrovertible de prioridad moral entre las reivindicaciones de los derechos, no podemos hablar de los derechos como triunfos». ²¹

Con parecido espíritu crítico, Fernando Simón recuerda cómo los derechos que de manera mayestática pueblan las declaraciones de derechos y las constituciones no dejan de ser derechos «a primera vista», *prima facie*, como se dice en jerga académica. Sólo lo son propiamente una vez que se especifican, que se concretan en su alcance o «medida justa». ²²

Tiene razón: tomarse los derechos en serio ha supuesto incluirlos como derechos fundamentales con eficacia inmediata en nuestros textos constitucionales, como ha subrayado Ignacio Rodríguez Fernández, pero, a la postre..., se ponderan. Por lo tanto, esa eficacia se diluye si, como resulta de la concepción de la ponderación de Robert Alexy o Manuel Atienza, no hay nada «imponderable» *a priori*.

Tras una reforma habida en el año 2008, el artículo 19 de la Constitución Política de México obliga al juez a dictar de oficio la orden de prisión provisional a un sospechoso de la comisión de ciertos delitos. ²³ Al amparo de ese precepto —ampliado y celebrado por el actual presidente de México, Andrés Manuel López Obrador—, Daniel García y Reyes Alpízar, acusados del asesinato de una alcaldesa del Partido Acción Nacional (PAN), pasaron diecisiete años en prisión preventiva. Sí, has leído bien: diecisiete años. Aunque la Constitución mexicana limita a dos años el máximo de tiempo que cabe permanecer en ese estatus, un sistema judicial escaso de recursos y tardo posibilita en la práctica esas privaciones de libertad sin sentencia firme a miles de ciudadanos en México. El 23 de enero de 2023, en el caso García Rodríguez y otro contra México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

considerado que tal previsión constitucional es contraria a los derechos a no ser privados de libertad arbitrariamente —en la medida en la que el juez de instrucción no puede valorar la pertinencia de la prisión preventiva—, a la presunción de inocencia y a la igualdad —puesto que la oficiosidad de la medida cautelar no se aplica a todos los presuntos delincuentes (parágrafo 174)—. El Estado mexicano, por tanto, habrá de proceder a reformar su ordenamiento jurídico, lo cual incluye, en este caso, la Constitución misma (parágrafos 300-301).²⁴

¿Deberá eliminar el Estado mexicano, o cualquier Estado que no se tome los derechos en broma, la institución de la prisión provisional? ¿De qué manera podría efectivamente luchar contra el crimen tal Estado? La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa cabalmente que ello sería imposible:

[...] los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio [...], por consiguiente, deben emplear los medios necesarios para luchar contra los fenómenos de delincuencia y criminalidad organizada incluyendo medidas que impliquen restricciones o incluso privaciones a la libertad personal. Sin perjuicio de lo anterior, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines, independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus presuntos autores. En particular, las autoridades no pueden vulnerar los derechos reconocidos en la Convención Americana tales como los derechos a la presunción de inocencia, a la libertad personal, al debido proceso y no pueden llevar a cabo detenciones ilegales o arbitrarias, entre otros. (Parágrafo 154.)

Pensemos en el derecho a la libertad de quien, por la existencia de indicios racionales de criminalidad, recibió una orden de prisión provisional, permaneció un largo tiempo en la cárcel y resultó finalmente absuelto tras celebrarse un juicio con todas las garantías. Un ejemplo sería el de «Gustavo», así denominado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2019, un ciudadano rumano que fue acusado de la comisión de un presunto delito de

trata de seres humanos con fines de explotación sexual, amén de otros delitos, aunque ninguna de las incriminaciones pudieron ser probadas. Permaneció privado de libertad desde el 3 de febrero de 2013 hasta el 18 de diciembre de 2015: 1.058 días. Gustavo reclamaba una indemnización de más de 500.000 euros por «responsabilidad patrimonial del Estado», es decir, por el daño que le había supuesto el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, indemnización que es, en primera instancia, denegada. La Audiencia Nacional, sin embargo, estima su recurso, considera que ni Gustavo ni nadie tiene por qué arrostrar ese sacrificio en aras de la posible persecución del delito y la seguridad colectiva, y le concede... 5.000 euros. A 4,72 euros por día. ²⁵

O imaginemos otra confrontación entre intereses individuales y bienes colectivos: el supuesto de la vacunación obligatoria contra la COVID-19 si resulta que los individuos no vacunados son «amenazas» o «peligros», incluso con gran probabilidad, a la salud pública. Si es que, como parece, esos derechos deberían tener prioridad frente al bienestar colectivo, ¿cómo habrían de triunfar si el poder público quiere seguir ejerciendo sus funciones necesarias y legítimas, entre las que sin duda está la de protegernos a todos?

Hay una primera manera de salir del laberinto mediante un expediente tramposo como el de mostrar que los derechos o libertades no colisionan una vez que los hemos delimitado de tal forma —los hemos limado, por decirlo así— que sus contornos ya encajan perfecta y armónicamente como las piezas de un puzle. Es la que se conoce como «teoría de los límites inmanentes» a los derechos fundamentales, una manera, a mi juicio, de hacerse trampas al solitario. Se trata del modo en el que el politólogo y político Íñigo Errejón despachó la que él considera visión «conflictualista» y «liberal» de las libertades. Lo hacía a propósito de

la autoidentidad de género (la posibilidad de modificar la mención del sexo en el Registro Civil por la mera voluntad) en un diálogo con la activista Elizabeth Duval, pero su concepción aconflictiva se puede extrapolar a cualquier caso en el que dos derechos no pueden ser ejercidos o satisfacerse a la vez. La libertad individual, afirmaba Errejón, no termina donde empieza la de los demás:

En realidad creo que mi libertad comienza donde comienza la tuya. Porque sólo somos libres si somos libres juntos, en sociedad. Esa idea [conflictualista] es la que pone las libertades y los derechos a competir y que, por tanto, cree que estamos en una jungla en la que o pisas o te pisan. Y yo creo exactamente lo contrario. Y si quieres un ejemplo: la vacuna. Para salvarnos, nos tenemos que vacunar todos. Mi vacuna no empieza donde acaba la tuya. Mi vacuna sólo funciona si funciona la tuya. ²⁶

El planteamiento de Errejón presupone una noción de libertad que prescinde de los intereses subjetivos del individuo. Por seguir con su ejemplo, aquel que no se quiere vacunar no estaría, en puridad, ejerciendo su libertad: para ser libre tiene que querer vacunarse, es decir, debe albergar la preferencia «correcta». (En esto coincidiría con el iusnaturalista Fernando Simón, al que aludí páginas atrás.)

Hay, sin embargo, una lectura que, sin abrazar noción alguna de libertad «natural», configura un escenario más plausible: el derecho o libertad de rechazar un tratamiento médico —un derecho que es una especificación de la autonomía corporal o del libre desarrollo de la personalidad— tiene como límite la afectación de la libertad, la salud, el bienestar o incluso la vida ajena. En efecto, para salvarnos, como señala Errejón, tenemos que vacunarnos todos, es decir, limitar la autonomía del que no quiere vacunarse, pues no haciéndolo se erosiona gravemente la salud pública, los intereses de la mayoría. Decir que, entonces, las libertades «van de la mano», de modo no conflictivo, es una manera infantil de huir del conflicto.

Por ello es mejor, como ha defendido Rodríguez Fernández, aceptar que hay un sacrificio que exige una distribución equitativa del daño —en forma de una indemnización si resultase que al individuo al que se obliga a vacunarse se le causa un perjuicio—. Y lo mismo para el caso de la prisión provisional: aun si concedemos que la libertad personal no es absoluta, en el sentido de que cabe su sacrificio por el bien común, el que supone la persecución más eficaz del delito, no podemos dejar de «socializar» el coste de esa restricción cuando se ha revelado injustificada. Y ello, como certeramente pone de manifiesto Rodríguez Fernández, frente al criterio del Tribunal Constitucional, que, en ese punto, no se ha tomado la libertad suficientemente en serio.²⁷ Tampoco el resto de los tribunales españoles, que, como en el caso de «Gustavo», vienen concediendo indemnizaciones ridículas que cifran en 5 euros diarios (o menos) el precio de la privación de libertad. Parece una broma macabra que al Estado le «cueste» (o sea, que nos cueste a todos) esa bagatela sacrificar el derecho a la libertad básica de los ciudadanos.

En el caso de la tortura, los castigos corporales, la pena de muerte o el derribo de aviones con personas inocentes que dio pie a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán (y que en España podría ser un supuesto incardinable en el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2005 de la Defensa Nacional), Rodríguez Fernández sostiene que no hay sacrificio posible ni indemnizable, puesto que son instrumentalizaciones absolutas del ser humano que deben estar categóricamente prohibidas.²⁸

Al respecto, hago dos objeciones: en primer lugar, se trata de supuestos heterogéneos, y, en segundo término, el razonamiento no es concluyente. Tomemos el caso del sacrificio del derecho a la vida que supone el derribo del avión. Se trata de bienes o intereses

equivalentes —vidas de inocentes en el avión, vidas de inocentes en la superficie—, y entonces los números sí deberían contar, y el sacrificio de quienes son menos es posible y justificable, como así han defendido los partidarios de una forma de «consecuencialismo de los derechos». ²⁹

Y, en cuanto al «derecho en serio» de la integridad física y moral, que haya un espacio para la justificación moral de la tortura no implica que no haya buenas razones para que el derecho la prohíba categóricamente. Esas razones son, como decía antes, de naturaleza consecuencialista (las consecuencias de permitir jurídicamente la tortura son peores), y no deontológica. ³⁰ Con la categórica prohibición jurídica de la tortura se trataría de evitar los efectos de la conocida como «pendiente resbaladiza». Los filósofos morales nos invitan a calibrar nuestras intuiciones morales en escenarios estilizados como los anteriormente descritos, en los que, sí, puede que torturar esté moralmente justificado, pero, a la hora de la verdad, los cálculos, inevitables, sobre las consecuencias son mucho más complejos o sofisticados, con lo cual se incurre en un grave peligro o riesgo en la permisión jurídica, por mucho que afinemos en la especificación de las circunstancias en las que el funcionario público sí podría torturar. Uno de esos efectos perniciosos es, ciertamente, la degradación misma del sistema jurídico. Como ha defendido Jeremy Waldron, la existencia de un sistema jurídico legítimo y eficaz exige ciertos «arquetipos jurídicos», entre los que, junto a la prohibición categórica de la tortura, también figuraría el *habeas corpus* y la presunción de inocencia, arquetipos que, de ser derrotados por «ponderables», arrastrarían al derecho en su conjunto. En el caso de la prohibición absoluta de la tortura, ésta sería arquetípica de una peculiar relación

entre el derecho y la fuerza: el derecho no es brutal en su despliegue.³¹

Con todo, creo que este dique de la prohibición jurídica absoluta de la tortura se puede colocar en dos ámbitos que conviene distinguir cuidadosamente. Una cosa es que no debamos «regular» las excepciones a la tortura incluso si somos capaces de atisbar supuestos en que estaría moralmente justificada y nos tomamos el derecho a no ser torturados en serio, y otra cosa es que no debamos, *ex post*, excusar o justificar al torturador y evitarle el castigo que le reserva el Código Penal.

En cuanto a lo primero, nos repele inventariar las excepciones a la maldad, especificar las condiciones para la tortura legal. Reclamar precisión para saber si uno incurre en delito fiscal parece cualitativamente diferente a detallar las condiciones bajo las cuales el Estado puede derribar un avión comercial secuestrado que pudiera dirigirse contra la población civil o el número de voltios a aplicar en la picana eléctrica.³²

Pero también tiene sus riesgos lo segundo, la «no punición» *ex post* a quienes incumplieron el deber de no torturar, como ha destacado García Amado: si la prohibición moral de la tortura no es absoluta porque con posterioridad no se castiga, ¿cómo no justificar eximentes o estados de necesidad *ex ante* en algunos casos? En relación con la tortura, él mismo se manifiesta «nada partidario de que jurídicamente la cuestión se resuelva a base de ponderar, pues ese camino conduce a lo mismo, a que sean los poderes establecidos (entre ellos, el poder judicial) los que caso a caso determinen si la tortura es jurídica y constitucionalmente lícita o no. Jurídicamente no puede ni debe haber más que el veto [...]».³³ Cuestión distinta es que los jueces excusen la conducta de quien torturó cuando estaba moralmente justificado: en esos

supuestos mantenemos «el tipo y el arquetipo», pues, como sostiene nuevamente García Amado, «en realidad estamos dando por buena la naturaleza absoluta de la regla prohibitiva». ³⁴ Con el procesamiento y enjuiciamiento del torturador se mantiene el mensaje de que nunca cabe, jurídicamente, torturar.

Nos tomamos el derecho en serio.

Fernando Simón ha sostenido que cualquier ponderación que dé como resultado el triunfo de una libertad o derecho frente a otro no puede tener más guía que alguna concepción de lo bueno en sí, no de lo que pesen las preferencias de la mayoría o los intereses subjetivos, con lo cual no hay espacio conceptualmente posible para un «liberalismo no perfeccionista». ³⁵ En uno de los ejemplos preferidos por Dworkin, el de la prohibición de la pornografía, el interés subjetivo o preferencia de los erotómanos no puede ser arrumbado por el moralismo de las autoridades. Pero, se pregunta Fernando Simón, ¿y si resultase que esos deseos de los consumidores de porno están «mal orientados»? ³⁶ Que los derechos triunfen no es sino expresión del triunfo del «principio de deseo». Simón añade: «El consumo y la edición de pornografía no son simple ejecución de preferencias subjetivas equivalentes a preferencias contrarias, sino apartamiento de la regla de la razón». ³⁷

En los propios términos de Simón:

Negando a la autoridad la capacidad para interpretar el contenido de los derechos a partir de consideraciones teleológicas sobre el bien humano, el único criterio para ponderar los conflictos entre las libertades consiste en la importancia subjetiva que éstas poseen para quienes las ejercen. A su vez, sin embargo, el único criterio «objetivo» para medir esta importancia subjetiva es el énfasis con que se afirman los derechos [...], la concepción dworkiniana de los *rights as trumps* [...] está ligada, precisamente, a la ausencia de parámetros

teleológicos objetivos para ponderarlos —al entendimiento rawlsiano de la prioridad de la libertad—. En ausencia de criterios racionales relativos a cuán relevante para la persona sea el bien humano que pretende realizarse mediante este o aquel ejercicio de la libertad, y de cuán relevante sea el propio ejercicio de la libertad para alcanzar ese bien, la ponderación de libertades se termina convirtiendo en un pulso de fuerzas.³⁸

No me parece que sea así de manera necesaria. Es cierto, como acabo de analizar, que no hay triunfo de los derechos en serio en ausencia de criterios últimos, moralmente densos, más densos de lo que muchos liberales aceptan o quieren aceptar. Pero ello no implica que la alternativa a los bienes que los seres humanos deben perseguir, a partir de una teleología sobre la que cabe discrepar razonablemente, sean meros «deseos», preferencias impulsivas, puramente subjetivas. Ni tampoco implica que el poder público esté legitimado para imponer coactivamente planes de vida que, de acuerdo con alguna concepción densísima sobre el bien, sean preferibles racionalmente para todos los seres humanos.³⁹ Como veíamos páginas atrás, la reproducción humana no es sólo la expresión de una inclinación muy natural y humana a mantener relaciones sexuales, sino la condición del preciadísimo bien de nuestra pervivencia como especie, quizá uno de los *telos* ('propósitos') de cada uno de nosotros. Pero muchos seres humanos se «desvían del camino» que conduce a ese fin y optan por el celibato, por razones religiosas o densamente filosófico-morales. Que su derecho a la no-reproducción prime frente al bienestar o interés colectivo puede ser también un fruto de la racionalidad moral, y no así la pura prevalencia de su deseo anulatorio.

Esta apuesta de un liberalismo «más denso» que hace que algunos derechos, siquiera sean pocos, sean imponderables y que, al mismo tiempo, reclama una esfera de inmunidad frente al poder

estatal, resulta particularmente pertinente en el ámbito del derecho penal, porque en tal dominio es la libertad humana lo que está en juego. Un derecho penal o sancionatorio civilizado exige ciertos arquetipos, como anteriormente apuntaba: el principio de legalidad penal, señaladamente; reglas tales como la prohibición absoluta de la tortura; el *habeas corpus*; la presunción de inocencia (que implica que quien acusa sea el que deba probar más allá de toda duda razonable); y la motivación y posibilidad de recurso frente a cualquier medida de prisión estando pendiente la existencia de una sentencia firme. En ese coto no cabe apelar al balance entre bienes o intereses individuales y el bien común o el bienestar agregado de la mayoría. Otra cosa sería tomarse el ideal de los derechos en broma.

Constitución, populismo y democracia

Frisando el nuevo milenio, el 2 de febrero de 1999, el electo presidente de Venezuela Hugo Chávez juraba su cargo sobre una Constitución que él mismo describió en su juramento como «moribunda», lo que el tiempo confirmaría como una profecía autocumplida. Accedía Chávez al poder con el mandato de iniciar un proceso constituyente nuevo, popular, revolucionario y que colmara las muchas demandas que esa moribunda Constitución de 1961 no había satisfecho en Venezuela.

«Toda sociedad en la cual la garantía de sus derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución», reza el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Dos años antes se aprobaba en Filadelfia la Constitución de Estados Unidos y arrancaba el proceso de su ratificación para así: «[...] lograr una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, aportar para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestra prosperidad», tal y como se lee en su preámbulo. Dos décadas después, en 1812, Agustín de Argüelles, nuestro Madison asturiano, exhibía en el oratorio de San Felipe Neri, en Cádiz, un ejemplar de

un texto que se titulaba «Constitución política de la Monarquía Española», y proclamaba: «Españoles, aquí tenéis vuestra patria»; inaugurando así el Estado moderno en España. Y es que en el artículo 2 de dicho texto se establece: «La nación española es libre e independiente, y no es, ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona»; y en el artículo 1: «La nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios». Con ello, y como ha destacado José Alejandro Luna Ramos, «se abrió un espacio de protección constitucional para los indígenas y sus comunidades, que ha perdurado y se ha fortalecido en la actualidad [...]».¹ A partir de la aprobación de la Constitución de Cádiz, de 1812, cabía encontrar un censo en México en el que constara: «Juan Pérez, antes indio, ahora ciudadano».²

En efecto, en la poderosa imagen de Martin Loughlin, la modernidad política ha hecho de las constituciones la sangre del sistema político contemporáneo al modo en el que la energía es la sangre de la economía.³ Desde aquellas proclamaciones francesa y española, el constitucionalismo, la consagración de derechos fundamentales en particular, ha proliferado en todo el planeta. De acuerdo con los datos de Rosalind Dixon, en 2006, el 70 por ciento de las constituciones en el mundo reconocían al menos 25 derechos fundamentales genéricos. Repárese en que, en 1946, sólo el 71 por ciento de los países reconocían la religión, la expresión y la igualdad como derechos protegidos.⁴ En un estudio de Richard Albert, el constitucionalista y comparativista de la Universidad de Texas, se destaca que, con datos de 2015, el promedio de derechos fundamentales consagrados en una Constitución, teniendo en cuenta todas las constituciones escritas, es de 50. Venezuela

encabeza el ranking, con 82 derechos. Angola tiene 80, y Zimbabue, 74; Países Bajos, 26; Dinamarca, 21, y Australia, 11.⁵ Son datos elocuentes.

Con el cambio de milenio, el constitucionalismo no deja de florecer: se dobla el número de países «constitucionalizados», y, así, dos tercios de los Estados miembros de la ONU son considerados democracias constitucionales. La Constitución emerge como bálsamo de Fierabrás en procesos de reconstrucción (Alemania, Italia, Japón..., tras la Segunda Guerra Mundial), de doble transición al capitalismo y a la democracia (como ocurrió con los países del Este de Europa tras la caída del Muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética) y de descolonización o transición (como fue el caso de España y ha sido el de países latinoamericanos tras la experiencia de la dictadura o la corrupción y la violencia política masiva, como Argentina, Uruguay, Chile, Brasil, Colombia, México, Ecuador, Bolivia, etcétera). La incorporación del estándar internacional de protección de los derechos humanos —o europeos— al ámbito doméstico puede ser vista también como una forma de «constitucionalización», como, en este caso, en el Reino Unido, que, hasta que aprobó la Human Rights Act en 1998 (ley mediante la que incorpora el contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos), era el prototípico Estado sin constitución escrita. El constitucionalismo ha emergido, sentencia Loughlin, como la más poderosa filosofía política del mundo,⁶ y con ella la jurisdicción constitucional erigida como la clave de bóveda institucional para resolver las cuestiones políticas y morales más controvertidas.

Pero la formidable expansión y el éxito del constitucionalismo podía conllevar, parafraseando a Ortega, el riesgo de la melancolía, amén de otros peligros. Si bien, como oportunamente destaca Loughlin, la Constitución es originariamente expresión del imperio

de la ley, antítesis de la arbitrariedad del poder político, el «constitucionalismo» pronto se pretende como una «superación» del legalismo propio del Estado liberal, como ha señalado el influyente jurista italiano Luigi Ferrajoli.⁷ Y no sólo eso: la prevalencia de un diseño institucional que cuenta con una Constitución de difícil (cuando no imposible) reforma y de un órgano (no directamente representativo) con la competencia de anular las decisiones legislativas por lesivas de los derechos fundamentales incorporados en la Constitución —eso esencialmente es el constitucionalismo desde que el juez estadounidense Marshall fallara en el caso *Marbury contra Madison*, de 1803— habría supuesto también la superación de un modo de identificar y conocer el derecho, el que, desde mediados del siglo XIX, conocemos como «positivismo jurídico».⁸

Las cautelas y advertencias ante los excesos o las vanas promesas del constitucionalismo no son de hoy. Antes aludí a la que hizo Kelsen, el que pasa por ser «importador» de la justicia constitucional al derecho continental; pero interesa ahora destacar un discurso que figura en los anales de la historia del constitucionalismo, el del juez alemán Otto Bachoff en su toma de posesión como rector de la Universidad de Tubinga en 1959. Entonces, Bachoff lamentaba el carácter transitorio y provisional de la Ley Fundamental que diez años antes se había dado a los alemanes, un texto todavía pendiente en ese momento de ser ratificado *por* los alemanes. Sin embargo, no era esa falta de legitimación popular de la Constitución lo que más inquietaba a Bachoff, sino más bien el aumentado rol del juez en un Estado constitucional con la consiguiente erosión de los otros poderes: el legislativo y el ejecutivo.⁹ El también ilustre jurista alemán Ernst Forsthoff alertaba en parecidos términos de que, en el Estado

constitucional, será el propio juez el que decidirá «cuándo está él mismo sujeto a la ley y cuándo deja de estarlo». ¹⁰ Más recientemente, Francisco Laporta se ha referido como «sobreconstitucionalización» a ese fenómeno que produce la interinidad de la ley, su posición subalterna, en permanente sospecha a la luz de la Constitución. Ello le hace perder el prestigio del que había venido gozando: la reputación, al decir de Laporta, corresponde hoy a la Constitución. ¹¹ Por su parte, Loughlin asevera: «En la era de la Constitución total, el gobierno bajo el imperio de la ley ya no significa el gobierno sujeto a reglas formales independientemente promulgadas. Significa gobierno de acuerdo con principios abstractos de legalidad [...] que adquieren significado sólo cuando son insuflados con valores [...]». ¹²

Así y todo, la terrible y reciente pesadilla del nacionalsocialismo daba pábulo al éxito del constitucionalismo temprano en Alemania y a la preeminencia del juez constitucional, que, como depositario de ese fabuloso poder «[...] señala el abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal». ¹³ Bachoff concluía: «[...] la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes». ¹⁴ Sin embargo, como señala Loughlin, bajo la tutela y supervisión de la Corte Constitucional, la Constitución alemana pronto se convirtió, cual promesa de Argüelles, en el símbolo más importante de la identidad política colectiva de la República Federal. ¹⁵ Y la mejor prueba de ello es que, mediante un simple tratado, fue extendida su jurisdicción a la Alemania reunificada una vez caído el Muro de Berlín; según dice Martin Loughlin: «[...] se percibió que era demasiado perturbador

para el régimen, en el momento de la reunificación, exponer el carácter de esta Constitución alemana a la deliberación popular». ¹⁶

El constitucionalismo ha alentado una fe antigua, una mística comprensible sobre su carácter de instrumento emancipador; pero al mismo tiempo ha alentado el desencanto. Más de medio siglo después de esos momentos constituyentes estadounidense, francés y español, las ambiciones y expectativas que se depositaban en el instrumento jurídico constitucional se exacerbaban en algunos países del continente americano. Así, el prócer argentino Juan Bautista Alberdi, subyugado por la experiencia constitucional del estado de California, escribía, en *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852):

[...] la nueva Constitución argentina debe ser una constitución absorbente, atractiva, dotada de tal fuerza de asimilación que haga suyo cuanto elemento extraño se acerque al país, una constitución calculada especial y directamente para dar cuatro o seis millones de habitantes a la República Argentina en poquísimos años; una constitución destinada a trasladar la ciudad de Buenos Aires a un paso de San Juan, de la Rioja y de Salta, y a llevar a estos pueblos hasta las márgenes fecundas del Plata, por el ferrocarril y el telégrafo eléctrico que suprimen las distancias; una constitución que en pocos años haga de Santa Fe, del Rosario, de Gualaguaychú, del Paraná y de Corrientes otras tantas Buenos Aires en población y cultura, por el mismo medio que ha hecho la grandeza de ésta, a saber, por su contacto inmediato con la Europa civilizada y civilizante; una constitución que arrebatando a sus habitantes a la Europa, y asimilándolos a nuestra población, haga en corto tiempo tan populoso a nuestro país, que no pueda temer a la Europa oficial en ningún tiempo. Una constitución que tenga el poder de las hadas, que construyan palacios en una noche. ¹⁷

Mientras tanto, en México, y en esa misma época, se albergaban parecidas esperanzas sobre la Constitución de 1857. Los mexicanos, escribió Charles Hale en 1972, estaban atrapados por

«la fe en la magia de las constituciones». ¹⁸ Pero, como ha afirmado Corina Yturbe:

[...] la magia constitucional es la hermana gemela del desencanto: era muy difícil que la decepción no sobreviniera. Las invocaciones legales, esos conjuros cívicos llamados constituciones, tenían claras limitaciones; no podían transformar la economía o la sociedad de las naciones por sí solas. Se trataba de una sustitución de la política real por la política simbólica, una especie de engaño colectivo. ¹⁹

Repasemos los números con los que arrancaba este capítulo, los correspondientes a los países que más derechos fundamentales se han animado a plasmar en sus textos constitucionales, y así cabrán pocas dudas.

El embrujo del constitucionalismo volvió a imperar en Latinoamérica a partir de la década de 1990 con el proceso constituyente brasileño, con las elecciones de marzo de 1990 en Colombia —cuando, mediante la conocida como «séptima papeleta», se invita al electorado a pronunciarse sobre la convocatoria de una «asamblea nacional constituyente» no prevista en la Constitución de 1886 entonces vigente— y con la aprobación de las Constituciones venezolana (1999), ecuatoriana (2008) y boliviana (2009), dando lugar a lo que se ha venido en llamar «nuevo constitucionalismo latinoamericano» (NCL). ²⁰

Aunque, como han destacado varios comentaristas, ²¹ ese término paraguas engloba derivas políticas heterogéneas que han cristalizado en textos constitucionales diversos y prácticas institucionales variadas, cabe mencionar un común afán «jacobino», en palabras de sus más importantes teorizadores, los constitucionalistas españoles Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, que bien pudieran ser tenidos como los *Founding Fathers* del NCL. Se trataba de garantizar, como hasta nunca entonces en la región, el poder popular, ²² la soberanía originaria de un poder

constituyente que se va a concebir, a la manera del tercer estado de Sièyes, schmittiana, como el verdadero y único soberano,²³ como manifestación de la radicalidad democrática,²⁴ como un poder que no se agota una vez que la Constitución se ha promulgado,²⁵ sino que permanece «atento» y vigilante, entre bambalinas; un poder «desatado», la cabal decantación institucional del «populismo» que ha sido hegemónico en la región durante las tres últimas décadas.²⁶ Al decir de Viciano y Martínez Dalmau:

«[...] la Constitución [es] entendida como fruto de un poder constituyente que sólo puede estar legitimado democráticamente, plenamente normativa y cuyo objetivo es materializar la voluntad de los pueblos expresada en el uso de su soberanía. Desde este punto de vista, se supera el concepto de constitución como mera limitadora del poder (constituido) y se completa la definición de la constitución como, también, fórmula donde el poder constituyente expresa su voluntad.»²⁷

El constitucionalista Albert Noguera Fernández lo expresaba en 2012 con más rotundidad si cabe: «No basta con cambiar los sujetos gobernantes y sus políticas, hay que derrotar también la institucionalidad liberal estatal».²⁸

Ello explica la celebrada circunstancia de que la Constitución venezolana sea la primera Constitución rígida de América Latina, es decir, que excluye cualquier posibilidad de reforma por el «poder constituido»,²⁹ o que, como ocurre en el caso de la Constitución boliviana [artículo 196.II], se consagre la preferencia por la interpretación constitucional basada en la voluntad del constituyente, lo que en la doctrina constitucional estadounidense se conoce como «originalismo»,³⁰ y que, ante las conformaciones de gobiernos que pudieran suponer una vuelta a las políticas económicas «neoliberales» de la década de 1970, hayan sido frecuentes las invocaciones, elecciones y conformaciones de «asambleas constituyentes» para que vuelva a pronunciarse el pueblo originario,

el auténtico. «A este poder constituyente “revolucionario” —explica Alterio— se le confió la reconstrucción del Estado y la sustitución de la continuidad constitucional, *pero sin diluirse una vez cumplida su misión*». ³¹ Parafraseando el Génesis, en el principio fue «el pueblo», el *We the People* con el que se abre la Constitución estadounidense, pero *el pueblo siempre está* (por encima de los poderes constituidos). En el fondo, como ha resaltado Preuss, se trata de la idea de la «revolución permanente» defendida por Marx y Engels en 1848. ³²

Así ocurrió paradigmáticamente en Venezuela de resultados de la «institucionalidad paralela» creada por la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 2017 mediante el Decreto Presidencial número 2830, de 1 de mayo de 2017, en aplicación, entre otros, del artículo 347 de la Constitución. Con sus atribuciones omnímodas, esa Asamblea ha venido opacando a un legislador ordinario en el que la oposición era mayoritaria. ³³ El preámbulo del Decreto es una ilustración inmejorable del populismo constitucional:

En uso de la facultad que me confiere el artículo [...], con la bendición de Dios Todopoderoso, e inspirado en la grandiosa herencia histórica de nuestros antepasados aborígenes, héroes y heroínas independentistas, en cuya cúspide está el Padre de la Patria, el Libertador Simón Bolívar, y con la finalidad primordial de garantizar la preservación de la paz del país [...] en las que severas amenazas internas y externas de factores antidemocráticos y de marcada postura antipatria se ciernen sobre su orden constitucional, considero un deber histórico ineludible convocar una ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, tomando como fundamento el proceso popular constituyente, legado del Comandante Hugo Chávez [...] para que nuestro pueblo, como Poder Constituyente Originario, exprese su férrea voluntad y máxima garantía de defensa de los sagrados derechos y logros sociales conquistados [...].

Entre los objetivos programáticos encomendados a la Asamblea Nacional Constituyente, el número 3 reza: «Constitucionalizar las Misiones y Grandes Misiones Socialistas, desarrollando el Estado

democrático, social, de derecho y de justicia, hacia un Estado de la Suprema Felicidad Social, con el fin de preservar y ampliar el legado del Comandante Hugo Chávez [...]». El número 8 se consagra a otro objetivo: «La garantía del futuro, nuestra juventud, mediante la inclusión de un capítulo constitucional para consagrar los derechos de la juventud, tales como [...] el derecho a un trabajo digno y liberador de sus creatividades [...] y el reconocimiento a la diversidad de sus gustos, estilos y pensamientos, entre otros». El objetivo del número 9, por su parte, es el siguiente: «La preservación de la vida en el planeta». ³⁴

El planeta se preserva, de momento, pero, de resultas de esas maniobras «constituyentes», en el año 2019 se concitaron dos presidencias en disputa en Venezuela, la de Nicolás Maduro, ganador de unas elecciones en 2018 tenidas por fraudulentas, y la de Juan Guaidó, el entonces presidente de la Asamblea, que invocaba los artículos 233 y 333 de la Constitución venezolana para erigirse como presidente interino.

Junto con esta mistificación del poder constituyente, la impronta popular o populista del NCL se ha traducido, como ha analizado exhaustivamente Ana Micaela Alterio, en la implementación de un conjunto de mecanismos destinados a profundizar en el carácter representativo, radicalmente democrático, de esos «nuevos» regímenes: el referéndum en variantes diversas (aprobatorio, consultivo, revocatorio, abrogatorio); cabildos abiertos o populares; asambleas ciudadanas o barriales; consejos abiertos; comités de control; observatorios ciudadanos; y la creación, en Venezuela, de dos «nuevos poderes» (junto con los clásicos legislativo, ejecutivo y judicial), el «poder ciudadano» y el «poder electoral». En Ecuador se

instauró el mecanismo denominado de la «silla vacía»,³⁵ mediante el que un representante de los ciudadanos ocupa un puesto en ciertos órganos institucionales ecuatorianos en función del asunto del que se trate. También en Ecuador se ha consagrado el derecho de resistencia (en el artículo 98 de la Constitución), o, al fin, la elección popular de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia,³⁶ algo que no encuentra análogo en el derecho comparado.

Pero, además de esos «novedosos» mecanismos de participación popular, en el NCL había, y hay, una agenda política sustantiva con la que se trataba de, por un lado, colmar expectativas y derechos largamente frustrados de las minorías —mujeres e indígenas fundamentalmente— y procurar mecanismos mucho más intervencionistas en la economía por parte del poder público, en particular mediante fuertes restricciones al desarrollo productivo por imperativo del respeto y de la conservación de la naturaleza.

Lo describió en su día Gerardo Pisarello, el constitucionalista y exdiputado de Unidas Podemos. Vale la pena citarlo por extenso:

En América Latina [...]. La resistencia ofrecida por diferentes movimientos populares a las dictaduras militares, a los regímenes representativos excluyentes y a las políticas neoliberales de las últimas décadas, ha generado procesos que han enriquecido en términos igualitarios y democráticos los contenidos del constitucionalismo en la región. La andadura de este nuevo constitucionalismo latinoamericano [...] ha cobrado renovado impulso con los recientemente abiertos en países como Venezuela, Ecuador o Bolivia. Estos procesos han estado marcados, entre otros elementos, por la irrupción de actores constituyentes (movimientos campesinos, indígenas, organizaciones de mujeres y feministas, sindicatos nuevos y antiguos, movimientos de desocupados, pobres urbanos y afrodescendientes, organismos de derechos humanos) que han forzado la inclusión de nuevos temas en la agenda político-constitucional, y con ello, la delimitación de un modelo con perfiles propios [...]. La elección de H. Chávez en Venezuela, de L. I. Lula da Silva en Brasil, de N. Kirchner en Argentina y de T. Vázquez en Uruguay, sumada a la victoria de la socialista M. Bachelet, por la Concertación chilena, supusieron un punto de

inflexión en el escenario hasta entonces existente. Tras una década de políticas privatizadoras y de ajuste justificadas en nombre de la lucha contra la inflación o de la necesidad de modernizar el aparato estatal, comenzaba a ganar espacio un nuevo sentido común centrado en la necesidad de una mayor participación ciudadana, la atención de los colectivos en mayor situación de exclusión y el cuestionamiento de algunos de los grandes temas que el neoliberalismo había convertido en tabú, como el gobierno público de la economía [...]. Estas transformaciones, en definitiva, contribuirían a la gestación de un nuevo constitucionalismo social latinoamericano que, si bien está lejos de ser inmune a regresiones autoritarias o elitistas, ha despertado fuertes expectativas democratizadoras y garantistas.³⁷

El último hijo (o hija) de la prole del NCL ha sido el proyecto de Constitución chileno, que fue finalmente rechazado por una amplia e inesperada mayoría (abrumadora entre los percentiles más bajos de renta), en el referéndum celebrado el 4 de septiembre de 2022. Con ese proyecto se pretendía culminar un convulso proceso constituyente iniciado en 2020 como manera de resolver la violenta contestación social que hubo en el país a finales del 2019; también se trataba de satisfacer los anhelos ciertos en muchos sectores sociales chilenos de superar los «candados» constitucionales que impuso el régimen pinochetista y que impedían la construcción de un Estado social en Chile desde que se aprobara la vigente Constitución de 1980, un texto meramente «otorgado» y de constitucionalidad sólo aparente de acuerdo con el análisis del constitucionalista chileno Fernando Atria.³⁸ Su redactor, Jaime Guzmán, no pudo expresar con mayor tino la manera en la que la Constitución pinochetista lo dejaba todo atado y bien atado, por usar la conocida síntesis de la continuidad del régimen de Franco. De acuerdo con Guzmán, se trataba de que los adversarios, si llegaban a gobernar, se vieran «constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque —valga la metáfora— el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a

quienes juegan en ella sea lo suficientemente reducido [como] para ser extremadamente difícil lo contrario». ³⁹

Huelga aquí hacer un análisis exhaustivo que explique el fracaso del proceso constituyente chileno. En relación a él parece haberse cumplido la paradoja política de la reforma constitucional que ha formulado el constitucionalista Paolo Carozza: «[...] cuanto más necesaria es una reforma constitucional, más incapaz es el sistema político de encontrar el necesario consenso sobre el contenido de la reforma». ⁴⁰ De hecho, a medida que se acercaba la fecha del plebiscito y los presagios del «apruebo» eran cada vez más sombríos, las fuerzas partidarias del proyecto arreciaban en una campaña que esgrimía la promesa de que, de ser aprobada, la Constitución será inmediatamente reformada en aquellos aspectos que alimentaban la opción por el rechazo. Algo así como: «Mi amor, cástate conmigo y así cambiaré esos rasgos de mi carácter que repudias». ⁴¹ De hecho, como señaló con perspicacia el analista político John Müller, de ganar el «rechazo», se haría mucho más fácil cambiar la denostada Constitución pinochetista de 1980, lo cual era en definitiva el objetivo prioritario. ⁴² En éstas se está cuando este libro alcanza la imprenta: una Comisión Experta designada por el Congreso Nacional en marzo de 2023 entregará al Consejo Constitucional (un órgano compuesto por 50 miembros) un anteproyecto de Constitución que será finalmente completado y aprobado por ese órgano el 7 de noviembre de 2023 y sometido a ratificación popular el posterior 17 de diciembre. De momento, en las elecciones al Consejo Constitucional del 7 de mayo de 2023, el derechista Partido Republicano ha obtenido una contundente victoria que le garantiza disponer de una minoría de bloqueo y un importante control sobre el contenido final de la que eventualmente será la nueva Constitución de Chile.

Me interesa constatar, en todo caso, el encaje del finalmente frustrado proyecto de Constitución chileno de 2022 en los presupuestos y fundamentos del NCL dados algunos de sus ingredientes esenciales: atención a las reivindicaciones indígenas y de los sectores del feminismo radical y del colectivo LGTBI (hasta el punto de obligar a la paridad y forzar la reserva de escaños para pueblos y naciones originarias);⁴³ proclamaciones «santimonias» de inane contenido («Las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable [...]»)⁴⁴ o sencillamente llamativos por su especificación o ubicación constitucional («Los cuerpos de bomberos de Chile conforman una institución perteneciente al sistema de protección civil, cuyo objeto es atender las emergencias causadas por el ser humano [...]»).

⁴⁵ Esa agenda social, popular, plurinacional, feminista y ecologista del NCL a la que antes me he referido quedó constitucionalmente plasmada por «acumulación», en los términos empleados por Roberto Gargarella, es decir, mediante la promulgación de extensísimos y muy prolijos textos constitucionales (la boliviana cuenta con 411 artículos, la venezolana tiene 350, y el proyecto de Constitución chileno tenía 388 artículos y 57 disposiciones transitorias) que incorporan nutridos catálogos de derechos y donde proliferan términos vagos, esencialmente controvertibles y semánticamente «partisanos», carentes de significados consolidados y tendencialmente contradictorios entre sí.⁴⁶ Con razón ha podido afirmar el constitucionalista y politólogo mexicano Pedro Salazar que las constituciones del NCL son auténticas «fábricas de aporías»,⁴⁷ lo cual, por supuesto, resiente el valor de la seguridad jurídica y la predecibilidad aumentando la probabilidad del ejercicio arbitrario del poder público. Qué sea el criterio de la

«pertinencia cultural» a la hora de consagrar el derecho a una alimentación adecuada en el proyecto de Constitución chileno⁴⁸ o una educación «descolonizadora» [artículos 78 y 80 de la Constitución boliviana] no resulta en absoluto intuitivo o inmediato.⁴⁹ Pero es que, además, como destaca Roberto Gargarella, esa extensión y ese carácter «reglamentista» de las constituciones del NCL es inversamente proporcional a la posibilidad ciudadana de la adhesión.⁵⁰ Oportunamente, Gargarella señala que «puede ocurrir que, en una misma Constitución (mucho más en una de cuatrocientos artículos), encontremos cláusulas que nos fascinan y otras que aborrecemos [...] tendrá [el votante] que cargar con regulaciones constitucionales que enfáticamente rechaza, [...] la aprobación de lo que repudia se hará invocando su supuesto respaldo».⁵¹

Esa expansión de los derechos tendría, además, el efecto ya comentado con anterioridad de la multiplicación de los conflictos. Fijémonos, por poner un botón de muestra, en el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana, que atribuye derechos a «personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos». ¿Qué distingue a un «colectivo» de una «comunidad»? Los derechos del «colectivo», ¿pueden entrar en conflicto con los de la «comunidad» o los del «pueblo»? ¿Cómo se resuelven dichos conflictos? Reparemos además en que, de acuerdo con Pisarello: «Todos estos derechos se consagran como derechos sin jerarquías internas, sujetos a un sistema equivalente de garantías y consagrados de acuerdo a los estándares más avanzados fijados por el constitucionalismo comparado y por el derecho internacional y regional de los derechos humanos (desde los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales de 1966 al Pacto de San José de Costa Rica,

de 1969, o al Protocolo de San Salvador, de 1988)». ⁵² Una tarea ciertamente hercúlea, si es que pueda ser sencillamente posible.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de la sentencia en amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México 584/2016, la de la niña de Hidalgo (México), que reclamaba una educación cultural bilingüe para preservar y desarrollar su cultura y lengua como integrante del pueblo indígena hñähñu otomí de San Ildefonso. ¿Cuál es el alcance de este derecho económico, social y cultural que a juicio de no pocos juristas no es sino una vertiente del derecho a la educación y a la igualdad y no discriminación? ⁵³ Para la Corte es importante tal reconocimiento, y lo es en los siguientes términos:

«[...] la pluralidad cultural y lingüística de la nación y en el respeto de la identidad cultural, la propia historia, lengua, valores y costumbres de cada pueblo y comunidad indígenas, *pero también* en el reconocimiento de la importancia de la *unidad nacional, lo que supone favorecer la integración de los miembros de dichos pueblos y comunidades a la vida productiva y democrática del país, sin distinción alguna* basada en la lengua, cultura, religión, grupo racial o étnico, no para asimilar, desaparecer o subordinar estas culturas y sus lenguas sino para que, sobre la base del reconocimiento de su existencia y del respeto a su identidad, cultura, lengua y tradiciones, formen parte y *puedan acceder al desarrollo económico y cultural de la nación* como una forma de abatir las carencias y rezagos en que se encuentran y mejorar sus condiciones de vida. ⁵⁴

Una conclusión difícilmente objetable pero sospechosamente inoperativa.

Y súmese a todas las dificultades anteriores una posible dimensión oscura de la expansión de los derechos fundamentales que trajo aparejada el NCL. Y es que, según ha advertido Rosalind Dixon, los derechos pueden haber funcionado eventualmente como «chantajes» en la negociación política para así asegurar el apoyo de los movimientos nacionalistas y el éxito del proceso constituyente, si

bien con una resultante antidemocrática. Esto es lo que, según ella, habría ocurrido en Ecuador en 2008: el precio a pagar por dar estatus constitucional a la «Pacha Mama» y a los derechos de la naturaleza era la elección ilimitada del presidente Correa, un presidente que, siendo candidato, y en referencia a los derechos medioambientales, había calificado de infantiles y fundamentalistas a los líderes ecologistas del pasado y se había mostrado crítico con la autodeterminación indígena.⁵⁵ De hecho, como ha relatado Marc Becker, en la polémica sobre la explotación de recursos del Parque Nacional Yasuní y el alcance de la medioambientalista Constitución ecuatoriana, el presidente Correa estuvo del lado de quienes privilegiaban el interés económico.⁵⁶

Quienes han defendido el NCL aducen la pertinencia de que las constituciones sean extensas, incluso técnicamente mejorables, un aceptable precio a pagar en la medida en que «emanan del pueblo».⁵⁷ En ese sentido, Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau aluden a la capacidad de estas constituciones de conjugar la complejidad técnica con un lenguaje asequible, que incluye el lenguaje inclusivo o la incorporación de términos indígenas, y, en cambio, la renuencia a usar latinismos. Frente al nominalismo y brevedad típica del constitucionalismo estadounidense, la extensión y complejidad de las constituciones del NCL, según añaden Viciano y Martínez Dalmau, son deliberadas por parte del constituyente para así controlar mejor al poder constituido y que efectivamente respete sus consideraciones en detalle y con todas sus implicaciones en su afán de que la Constitución ejerza su función emancipadora.⁵⁸ En esa misma línea, Pisarello ha afirmado: «Tampoco conviene olvidar que los textos constitucionales, sobre todo cuando son el resultado

de procesos participativos intensos, no son simples instrumentos técnicos pensados para obedecer a las exigencias rigoristas del jurista. Son también, y ante todo, documentos políticos, con una función legitimadora y pedagógica que no puede soslayarse». ⁵⁹ En esta defensa, Pisarello se apoya en la presentación que de la Constitución española de la II República hizo Luis Jiménez de Asúa en su discurso de 27 de agosto de 1931, en el que decía: «En primer término, quisiera afirmar que la Constitución por nosotros redactada no es excesiva en el articulado, pues sólo contiene 121 artículos. La parte propiamente dispositiva de la Constitución alemana tiene 165, y 150 la austríaca, y no olvidéis que la Constitución de Cádiz tenía 384 artículos; porque la experiencia nos enseña que las Constituciones populares son siempre largas, y lo que aquí vamos a hacer es una Constitución popular». Ciertamente, pero las Constituciones que engloban el NCL llegan a duplicar o triplicar esa media.

También Ana Micaela Alterio ha defendido la profusión de los catálogos de derechos propios del NCL, pues con ellos, sostiene, se viene a rescatar a los «sin derecho todavía», a los excluidos. La ampliación o incorporación de los «nuevos derechos» es algo a celebrar, ya que la insistencia en el fundamento absoluto de los derechos ha sido una suerte de excusa conservadora, iusnaturalista, frente a los avances en los derechos sociales. Del mismo parecer es Pisarello: «Este reconocimiento universal e indivisible de ciertos derechos humanos básicos viene íntimamente vinculado a la imposición de límites al ejercicio antisocial de los derechos patrimoniales, comenzando por el derecho de propiedad». ⁶⁰

Ha pasado el tiempo de la efervescencia del NCL, y, como antaño, el presagiado desánimo ha cundido; no se hizo la magia del pretendido constitucionalismo mágico. Amplias capas de la población en Latinoamérica no tienen garantizadas las condiciones mínimas para el ejercicio de su autonomía moral. La ampulosa proclamación de los derechos de la naturaleza o los principios indígenas del buen vivir no han impedido que una Corte Constitucional como la ecuatoriana diera pábulo a proyectos «extractivistas» amparados por el presidente Correa. El desencanto se produce por la inoperatividad de los derechos sociales y la sobrejudicialización de las demandas políticas y sociales, con la consiguiente erosión democrática.

El NCL nació con el afán de poder superar las objeciones clásicas al constitucionalismo democrático, la sospecha que se cierne, como antes veíamos, sobre los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de la ley, la conocida como «dificultad contramayoritaria».⁶¹ El expediente para sortearla radicaba precisamente en la profundización de los elementos democráticos y «populares» ya mencionados, siendo el máximo exponente la antes aludida elección popular de jueces constitucionales en Bolivia. Pero, a la hora de pasar de las musas al teatro, el resultado fue muy decepcionante: en la primera elección habida, el 60 por ciento de los votos fueron nulos o en blanco. En la segunda, cuatro días después de que el Tribunal Constitucional Plurinacional aceptara la reelección de Evo Morales, el resultado fue todavía peor.

Y es que, precisamente, decisiones como la carta blanca que otorgó el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano a la reelección de Morales, contraviniendo la propia provisión constitucional [artículo 52 de la Constitución] con el expediente de que los derechos humanos —entre los que se contaría el de

concurrir sin limitaciones a la elección— y los compromisos internacionales de Bolivia en esa materia tienen preeminencia sobre la Constitución,⁶² han dado pábulo a justificadas críticas, por momentos feroces, al desarrollo del NCL.⁶³

No pocos estudiosos del fenómeno han sostenido que la esperanza, en pureza, nunca pudo albergarse. Algunos han mantenido esto porque desconfían radicalmente de las instituciones propias de la democracia constitucional. «Nada en la sociedad cambiará», señalaba Noguera, «si no son transformados también los mecanismos de poder que funcionan fuera y a lo largo de los aparatos del Estado, *al nivel de cada minuto de la vida cotidiana*». ⁶⁴

Otros, sin llegar a tanto, apuntan en la misma dirección. Es característicamente el caso de Roberto Gargarella, uno de los constitucionalistas latinoamericanos más reputados. En *El derecho como una conversación entre iguales*, Gargarella sostiene que el ideal del constitucionalismo democrático llegó demasiado tarde a América Latina, provisto de mecanismos que ya se habían revelado contraproducentes y sobre los que pesaba una muy razonable sospecha de ilegitimidad; en particular, esa supremacía constitucional que conllevaba el imperio de los jueces constitucionales, un componente elitista, antidemocrático que el propio Gargarella había iluminado tiempo atrás.⁶⁵

El NCL, nos dice Gargarella, nació demasiado viejo, y no ha logrado disipar la objeción democrática.⁶⁶ Pareciera incluso que conjuga lo peor de los mundos constitucionalmente posibles. Estamos, afirma Gargarella, ante constituciones que mantienen el hiperpresidencialismo, confían en jueces y tribunales las decisiones más importantes y no logran satisfacer las demandas y expectativas de reforma social y participación democrática. Y es que el problema, viene sosteniendo Gargarella desde hace tiempo, está en la «sala

de máquinas», es decir, en todo ese entramado informal pero decisivo que determina el funcionamiento de las instituciones, un *statu quo* constitucional al servicio del poder tradicional y conservador.⁶⁷ «[¿A] quién pudo ocurrírsele que, a la luz de la nueva lista de derechos sociales, un Poder Judicial conservador iba a ponerse a la vanguardia de transformaciones igualitarias [...]?», se pregunta Gargarella.⁶⁸ Una Constitución como la ecuatoriana puede abrazar los principios indígenas del buen vivir o la radical protección de la naturaleza a iniciativa del indigenismo, pero una «sala de máquinas» dominada por las élites y los intereses económicos favorece las interpretaciones constitucionales que militan al servicio de las explotaciones mineras extractoras, como ejemplifica también Gargarella.⁶⁹ Como conclusión, afirma:

Debemos dejar de lado el intento de revivir, recuperar, reparar lo que tenemos, porque en buena medida se trata de instituciones sin vida, que han perdido su rumbo, que no sirven a los propósitos que las justificaron en público y las legitimaron democráticamente en el momento de nacer [...], se torna necesario no insistir con el reajuste del entramado institucional, sino, en la medida de lo posible, trabajar para desarmarlo y reemplazarlo con otro [...] necesitamos sentar las bases institucionales para una vida democrática, decente.⁷⁰

Y para ello, nos advierte Gargarella, debemos recuperar esa «conversación entre iguales» que supone el mecanismo de la democracia rectamente entendido. Así, en una recreación propia del mecanismo justificatorio del contrato social, Gargarella nos invita a imaginar cómo resolverían sus problemas interpretativos los inmigrantes que han llegado a un territorio desocupado en el que se instalan y gobiernan su convivencia con un conjunto de reglas que ellos mismos se dan (quizá, sin ir más lejos, los *pilgrims* que arribaron al «Nuevo Mundo» y tuvieron que resolver sus disputas). A juicio de Gargarella, esas discrepancias nunca deberían clausurar la «conversación», ni ceder la última palabra a una instancia que no

sea el *demos* mismo. Por supuesto, Gargarella es consciente de que ese diálogo, así estilizado, es irrealizable en sociedades tan extensas y plurales como las nuestras, en las que hablar de «mayoría» y «minoría» es una simplificación absurda;⁷¹ así y todo, la «conversación entre iguales» debería funcionar como nuestro ideal político regulativo. Como ha sucedido, ejemplifica, con los movimientos participativos en Irlanda e Islandia, así como en la reforma de la legislación en materia de aborto en Argentina, resultado de un masivo proceso «popular».

Pero no siempre la «sala de máquinas» —es decir, el mecanismo profundo que impide el avance o garantía de ciertos derechos— está constituida por un poder judicial elitista o conservador frente a una «mayoría social» silenciada o subalterna. Puede ocurrir que sea más bien una «mayoría», en connivencia con el legislador, el ejecutivo y el poder de influencia que cabe ejercer desde una academia connivente con la administración, la que frustre o violente intereses y derechos atendibles. ¿Acaso no podría así describirse el calvario de la reclamación de unos cuantos padres en Cataluña que desean que se cumpla el mandato constitucional de una escuela verdaderamente bilingüe en su comunidad autónoma? Se trata de una pretensión que, en cualquier otra democracia constitucional constituiría un «caso fácil»: que la lengua oficial en todo el territorio y cooficial en Cataluña sea, al menos, en un 25 por ciento la lengua vehicular en la escuela pública catalana. Ese porcentaje ha sido fijado por la «sala de máquinas» de los jueces y tribunales en un intento de hacer cumplir, aunque sea en el grado mínimo, las exigencias del derecho vigente, es decir, un conjunto de normas de diverso rango en la interpretación dada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Esas sentencias firmes son desacatadas de manera reiterada y sistemática por la administración

catalana en connivencia con la estatal. Así pues, aquella «sala de máquinas» que acude al rescate de una minoría se enfrenta a la aún más poderosa «sala de máquinas» del resto de los poderes del Estado (gobierno central, Parlamentos, administraciones, abogacía del Estado). Y, además, se enfrenta también a la «doctrina» de buena parte de la «academia», que en cualquier otro ámbito estaría celebrando que los jueces cumplan con su principal misión de velar por los derechos de las minorías. Pues no en esta ocasión: la imposición por parte de los tribunales de esos porcentajes o mínimos resultan una intolerable intromisión judicial contra el anhelo mayoritario —nacionalista catalán, para más señas— representado en el Parlamento. Como ha señalado la administrativista española Alba Nogueira:

Es profundamente anómalo y excede de la función judicial fijar porcentajes de uso del español en la educación. Los tribunales no legislan, resuelven sobre reclamaciones de familias específicas reconociendo situaciones jurídicas individualizadas que afectan única y exclusivamente a los cursos y clases de sus hijos/as [...]. ¿Cómo veríamos que un tribunal permitiera instancias de una familia para que todos los alumnos de un aula dejaran de aprender biología? ¿O que obligara por un fallo judicial a aplicar a toda un aula las adaptaciones curriculares de niños/as con necesidades educativas especiales (alto rendimiento, discapacidad...)? Intentar legislar desde los juzgados, cuando no se consiguen mayorías democráticas para cambiar normas sin tachas de constitucionalidad es un profundo error.⁷²

Yo también me pregunto: ¿aplicaríamos este mismo razonamiento si de lo que se tratara es de que una mayoría «libertariana» no estuviera dispuesta a que se sufrague la inmunización básica a toda la población infantil en México cuando su Constitución garantiza el derecho a la asistencia sanitaria?, por ejemplo.

Sumado a lo anterior —el carácter de la «sala de máquinas»—, hay un aire paradójico, autocontradictorio, en el planteamiento de

Gargarella, y tanto en su diagnóstico como en su terapia. Cuando se critica la ensoñación del constitucionalismo latinoamericano por pensar que, con una «sala de máquinas» dominada por fuerzas conservadoras y elitistas, se podría alcanzar la justicia social con el solo engranaje institucional de profusas listas de derechos de todas las generaciones (habidas y por haber: sociales, económicas, culturales, medioambientales...) y la instauración de órganos encargados de su aplicación, en el fondo se está presuponiendo que, con «otra sala de máquinas», tales expectativas sí podían haberse satisfecho.

Esa presuposición, empero, cuenta con dos inconvenientes: desprecia, más que confirma, el ideal democrático (pues habría de celebrar que sean a la postre órganos no representativos, o con menos legitimidad que las mayorías parlamentarias, quienes determinen las políticas públicas), y desconoce, más que asume, el hecho del pluralismo razonable sobre los resultados que debiéramos alcanzar en esos ámbitos, los que, a falta de un sintagma mejor, englobamos con el término *justicia social* (o medioambiental, o feminista, para el caso). La democracia, constitucional o con cualquier otra cualificación, es un caso de «justicia procedimental imperfecta», en los términos de John Rawls, pues el procedimiento no garantiza el resultado anhelado, justo. Las mayorías, ciudadanas, parlamentarias o las del propio tribunal o corte constitucional, «se equivocan». ⁷³

Gargarella es bien consciente de las limitaciones de cualquier «sala de máquinas», en especial aquélla llamada a resolver conflictos sociales que implican difíciles transacciones entre intereses diversos o que exigen el conocimiento de realidades muy complejas, inciertas en su devenir. Piénsese en la cobertura sanitaria, la vivienda, la protección medioambiental... ⁷⁴ Consciente,

como digo, de todo ello, Gargarella toma como modelo aquellos litigios en los que las Cortes han dado criterios generales para propiciar que la administración o el Parlamento actúen, o bien aquellas controversias judiciales que han instado a la participación ciudadana; así, Corte del caso Grootboom en Sudáfrica, dando un alcance más cierto que la mera apelación retórica al derecho constitucional a la vivienda en un caso de ocupación ilegal de unas tierras; o el caso Mendoza en Argentina, en el que se ventilaban las demandas por los daños producidos por la contaminación de un río y se celebraron audiencias públicas.⁷⁵

Pero la pregunta —por fidelidad al ideal democrático— se mantiene: cuando no se trata de litigios específicos, ¿por qué no trasladar esos mecanismos «conversacionales» al Parlamento, la sede «natural» de la representación política? Pensemos en un asunto que no implica —del mismo modo que cuando se trata de fiscalizar o dar cumplimiento efectivo a los derechos sociales, económicos o medioambientales— un *expertise* particular o el control presupuestario para alcanzar objetivos tales como la universalización de la asistencia sanitaria, la vivienda digna o la sostenibilidad; así que tomemos el caso del aborto...

¿Cómo debería ser el aborto objeto de una «conversación entre iguales»? Como antes señalaba, Gargarella ha ilustrado su modelo de democracia dialógica con el amplísimo proceso participativo, la conocida como «marea verde», que en Argentina condujo a finales de 2020 a la reforma despenalizadora de la interrupción voluntaria del embarazo en una decisión definitiva que siguió a una deliberación de casi doce horas en el Senado.⁷⁶

Era una decisión inaplazable, viene a sostener Gargarella, porque no decidir no significa neutralidad, «sino tomar partido en beneficio de algunos y en perjuicio de otros». Y añade:

Así, cuando el Estado no toma medidas activas en materia de aborto, en los hechos permite que muchas personas mueran a raíz de las malas condiciones en que se realizan abortos ilegales, que muchas personas no reciban la asistencia médica que merecen, que no encuentren el amparo y reconocimiento que necesitan. De modo similar, cuando el Estado no interviene en materia de cambio climático, deja que los grandes empresarios sigan dañando el planeta con la polución generada por sus empresas.⁷⁷

En Argentina, como en tantos otros países latinoamericanos, se había decidido sobre la cuestión hacía mucho tiempo: de acuerdo con el Código Penal de 1921 el aborto constituía un delito salvo en el supuesto de la evitación del peligro para la vida o la salud de la madre y si el embarazo se había producido como resultado de una violación «o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente [...]».⁷⁸ En la práctica, los abortos al amparo de la ley escaseaban en Argentina, siendo abrumadoramente mayoritarios los abortos clandestinos, y muy abultado el número de mujeres que morían durante esas prácticas. Desde 1984 existían proyectos de despenalización que no lograban llegar a ser debatidos en el Parlamento.

En puridad, no se trataba de que «no se decidiera», sino de que no se decidía la despenalización más amplia de la interrupción voluntaria del embarazo por la que muchos, entre ellos Roberto Gargarella, abogaban. El Estado argentino no era «neutral», sino perfectamente «provida», como se llamaba la «otra marea», la marea de color celeste, que para oponerse a la despenalización apelaba, además, al carácter inconstitucional de una decisión como la que finalmente resultó triunfadora. Y es que, según afirmaban los opositores a la despenalización del aborto, Argentina estaba

obligada a cumplir con el estándar de protección de la vida humana que se consagra en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁷⁹ así como en la declaración interpretativa que había formulado en el momento de ratificar la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.⁸⁰ Así, los derechos humanos que imperan sobre la Constitución boliviana para que Evo Morales también pueda ser reelegido presidente podrían asimismo invocarse para que triunfaran frente al propósito de garantizar lo que, para no pocos, son derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, pero que implican el sacrificio del derecho a la vida del no nacido. ¿Era legítimo entonces que hubiera triunfado la marea celeste, o la «sala de máquinas» del «pueblo» o la «mayoría social» tiene en realidad un botón oculto? ¿La conversación entre iguales en materia de interrupción voluntaria del embarazo hace a todos iguales, o, parafraseando de nuevo a George Orwell, unos son conversacionalmente más iguales que otros?

En la tesis de Gargarella, que «el aborto está por resolverse» quiere decir que «debe permitirse», porque, cuando se ha decidido en el sentido prohibitivo, la práctica, lejos de desaparecer, prevalece o se incrementa, y además se realiza en peores condiciones de salubridad y seguridad para las mujeres. Ésa, que es una cuestión empírica verificable, no puede operar sin embargo como una razón normativa concluyente para permitirlo en todo caso. En 1981, con motivo de la convocatoria en Italia del referéndum para ratificar la Ley 194 despenalizadora del aborto, el gran filósofo del derecho italiano Norberto Bobbio fue entrevistado por Giulio Nascimbeni, y, a propósito de la despenalización del aborto justificada por el argumento de la «seguridad» para practicarlo, decía: «Los hombres son como son, pero la moral y la ley existen para esto. El robo de

automóviles... está muy extendido, es casi impune, pero ¿legitima esto el robo?». ⁸¹

Pues bien, un razonamiento como el que Bobbio ponía en solfa es el que ha abonado en muy buena medida la decisión de la Corte Constitucional colombiana en su sentencia de 21 de febrero de 2022 en la que resuelve la demanda de inconstitucionalidad (acción pública de inconstitucionalidad) del artículo 122 del Código Penal, una decisión tomada por muy estrecho margen y muy discutida (nueve jueces a favor y cuatro en contra). Detengámonos en ello.

Ya en el año 2006, la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-355, había enjuiciado la constitucionalidad de ese mismo precepto resolviendo (¿legislando?) que la tipificación del aborto consentido era constitucionalmente válida («exequible») siempre que se incluyeran tres causas de despenalización: «(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto».

Pues bien, dieciséis años después se plantea una acción pública de constitucionalidad por la persistencia en la persecución judicial de las interrupciones del embarazo con base en el artículo 122 del Código Penal, puesto que la panoplia de obstáculos que las mujeres colombianas encuentran para abortar en las condiciones fijadas por la Corte en 2006 es amplia: falta de recursos materiales o de medios; que no se suministre información objetiva, oportuna, suficiente y adecuada a los profesionales sanitarios (lo cual repercute en su temor a incurrir en un delito y en el número de

objeciones en conciencia); el incesante número de abortos clandestinos con resultado de muerte; y la omisión del Estado colombiano para prevenirlos. Todo ello supone una vulneración de los derechos a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, a la igualdad, a la conciencia y a su autonomía reproductiva. La Corte considera que la tipificación del aborto consentido «entra en fuerte tensión» con todos esos derechos. La penalización se erige como una barrera para la salud reproductiva de las mujeres, pues induce a abortar en condiciones poco seguras —viene a sostener el tribunal—, y, además, de acuerdo con las cifras, no surte el deseado efecto disuasorio o preventivo. En palabras de la propia Corte:

A pesar de que el artículo 122 del Código Penal persigue una finalidad constitucional imperiosa, que consiste en proteger la vida en gestación —bien jurídico que ampara la disposición—, la actual forma de tipificación del delito de aborto consentido no es adecuada para la consecución de los fines de la pena ya que, a pesar de que el tipo penal busca realizar aquel imperativo constitucional, no resulta claro que esta forma de penalización sea efectivamente conducente —esto es, idónea— para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia. En otros términos, no es claro que la penalización del aborto con consentimiento resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación. De allí la evidente tensión constitucional que se presenta entre la disposición demandada y la finalidad preventiva de la pena. ⁸²

La esencia del razonamiento es, como antes apuntaba, del siguiente tenor: resulta improcedente castigar una conducta X porque al hacerlo la conducta X persiste o se desarrolla en peores condiciones. Supongamos que se tipifica el castigo corporal a los menores: ¿ampliaríamos las condiciones en las que cabe dicho comportamiento, o incluso lo despenalizaríamos, si se pegara a los

niños en condiciones menos óptimas o si resultase que la tipificación penal no fuera efectiva? O pensemos en el infanticidio o en la mutilación genital femenina. ¿Hay que relajar su punición porque eventualmente se practica en condiciones menos seguras? En el fondo, como vengo arguyendo, estamos presuponiendo que abortar es, en algunos supuestos, una acción moralmente lícita que debe estar jurídicamente permitida.

La Corte Constitucional colombiana considera que su misión es dar con un «óptimo constitucional», una fórmula intermedia que no sacrifique por entero los dos polos en tensión, la protección del *nasciturus*, su existencia, y la autonomía personal y los derechos de las mujeres gestantes. Pues bien, concluye la Corte, tal óptimo se «obtiene» cuando el aborto es impune hasta la viabilidad extrauterina del feto, la semana 24 de gestación, el umbral fijado en la célebre sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre el caso Roe contra Wade (1973).⁸³

Este juicio de constitucionalidad es, en buena medida, el producto de una larguísima conversación (casi cuatrocientas páginas de sentencia), una conversación en la que, por cierto, participó Gargarella como «perito de la Corte». La pregunta que cabría formularle a Gargarella es si ese tipo de «conversación» legitimadora, por ser «entre iguales», es el que debemos propiciar y celebrar: ¿por qué no podría tratarse más bien de otra muestra del «elitismo constitucional» que es, según Gargarella, consustancial a un constitucionalismo que, además, él quiere dar por fenecido?

Pensemos por un momento en el caso de las decisiones de la Corte Constitucional ecuatoriana de 2019 relativas al llamado matrimonio igualitario,⁸⁴ es decir, entre personas del mismo sexo. La Constitución ecuatoriana establece en su artículo 67 que: «El matrimonio es la unión entre hombre y mujer». Como señala la

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-24/17) que dio origen al juicio de constitucionalidad, puede que una más depurada comprensión del principio de igualdad no permita tal discriminación. Tal vez una opinión consultiva de la Corte sea uno de esos «instrumentos internacionales» a los que Ecuador, de acuerdo con su propia Constitución, esté sometido. No interesa ahora abundar en esa disquisición jurídica, sino en su inquietante corolario: mediante interpretaciones «creativas», «sistemáticas», «extensivas» o basadas en el principio «propersona»,⁸⁵ son finalmente los jueces constitucionales quienes se erigen en los «conversadores iguales», y no así quienes deberían tener la última palabra: los ciudadanos. (O al menos ésa era la promesa central del nuevo constitucionalismo latinoamericano, como vimos páginas atrás.) Y, a esos efectos, recuerda que la Constitución ecuatoriana se había promulgado no hacía tanto tiempo (en 2008), y que las decisiones de la Corte Constitucional sobre el matrimonio igualitario fueron adoptadas con el voto favorable de cinco jueces contra cuatro.

En su condición de perito en el caso del aborto en Colombia, Gargarella afirmó: «Corresponde a los tribunales un papel central en la conversación colectiva sobre los derechos, su interpretación, y los modos de protegerlos, frente a las violaciones que puedan sufrir, a partir de las acciones y omisiones de los órganos políticos». Y añadió: «La Constitución no impone una resolución específica y sustantiva en la materia, para los límites de los derechos básicos, sino que establece un procedimiento para generar dicha resolución».

No le falta razón a Gargarella: uno podría pensar que la solución a nuestra controversia sobre el derecho al aborto se zanja en un «momento constituyente», la que debería ser la «conversación entre

iguales» por antonomasia. De hecho, en Colombia hubo muchos intentos de «constitucionalizar» el asunto, y, tras la decisión de la Corte en 2006, de legislarlo. La Asamblea Nacional Constituyente colombiana no incluyó finalmente el «derecho a la libre maternidad» que habría conllevado la despenalización del aborto, y posteriormente se truncó la inclusión de un artículo en la Constitución que reza: «[La] interrupción voluntaria del embarazo podrá realizarse en los casos autorizados por la ley» [artículo 11]; y ha habido iniciativas legislativas para promulgar una ley de plazos o dar un contenido más preciso a las causales establecidas en la sentencia C-355 de 2006. En esas «conversaciones legislativas» se han esgrimido todos los derechos aludidos relativos a la dignidad y autonomía de las mujeres, pero también se ha propuesto: consagrar la absolutidad del derecho a la vida del por nacer desde la fecundación hasta la muerte natural; mejorar los mecanismos de adopción; desarrollar programas de ayuda económica a las mujeres embarazadas para que no aborten; o instaurar un día del año «como el día nacional del “niño o niña por nacer y de la mujer embarazada”, destinado a concientizar a las personas acerca de los riesgos en la salud física y mental que sufren las mujeres que abortan». ⁸⁶

En España, durante la tramitación de la Constitución, se sustituyó la redacción inicial del artículo 15, propuesta por el PSOE («*Todas las personas* tienen derecho a la vida...») por la actual dicción «*Todos* tienen derecho a la vida». Pesaba en el ánimo de los constituyentes más conservadores el entonces reciente precedente de la decisión del Tribunal Constitucional alemán que había despenalizado el aborto porque la garantía del derecho a la vida se refería a «las personas» (y no se es persona antes del nacimiento). La cuestión, así, quedaba abierta al legislador futuro, al juego democrático. Ese «óptimo» constitucional al que alude la Corte

Constitucional colombiana se fijó en España en la semana 14 de gestación,⁸⁷ no en la 24, como ya he indicado anteriormente; en otros países o jurisdicciones se ha concretado en otro umbral.

En el estado de Misisipi (Estados Unidos), por ejemplo, el legislador se propuso en 2018 la despenalización hasta la semana 15,⁸⁸ contraviniendo así la doctrina de la Corte Suprema en el caso Roe contra Wade (1973), lo cual motivó que la cuestión del aborto volviera a esa sede. Tan sólo meses después de la «revolucionaria» sentencia colombiana, la Corte Suprema de Estados Unidos anulaba el precedente de Roe en la sentencia Dobbs contra Jackson.⁸⁹ El óptimo colombiano no es óptimo en Misisipi, y lo dice la misma Corte Suprema en la que recalca la Corte Constitucional colombiana.

También Dobbs contra Jackson es concebible como el fruto de una larga «conversación», de una batalla política formidable que se libra en foros diversos desde el instante mismo en el que la sentencia de Roe contra Wade fue promulgada, la cual ha tenido varias secuelas jurisprudenciales⁹⁰ en las que siempre ha asomado la posibilidad de que Roe pudiera ser finalmente declarado como un precedente del que poder apartarse. Tal cosa es lo que finalmente ha acontecido cuando una mayoría menos *pro-choice* que las de antaño ha logrado conformarse en la Corte Suprema tras la presidencia de Donald Trump. Esa mayoría de seis jueces sostiene que la sentencia Roe contra Wade fue «flagrantemente equivocada» (*egregiously wrong*). ¿Por qué?

A juicio de la Corte Suprema, el derecho al aborto no forma parte de la Constitución de Estados Unidos (de 1787), pues no se encuentra expresamente enumerado en la lista que conforman las primeras diez enmiendas ni en las subsiguientes, las conocidas como «de la Reconstrucción». Una de ellas, la XIV, establece que

nadie debe ser privado de su vida, libertad o propiedad sin «debido proceso» (*without due process of law*). Pues bien, de acuerdo con una interpretación «sustantiva» de esa cláusula que la Corte Suprema ha empleado en varias ocasiones, se garantizan ciertos derechos de los individuos —la acción legislativa de los estados no puede vulnerarlos— incluso si no están expresamente mencionados en la Constitución, siempre que se encuentren «profundamente arraigados en la historia y la tradición de la nación» o en el concepto de «libertad ordenada».

Con esa interpretación, la Corte Suprema de Estados Unidos había declarado la inconstitucionalidad de leyes que penalizaban la venta de anticonceptivos o la sodomía consentida entre adultos o que impedían el derecho al matrimonio igualitario, esto es, entre personas del mismo sexo, pues vulneraban el «derecho a la intimidad» (*right to privacy*).⁹¹ También impedían la interrupción voluntaria del embarazo, pero, como señala ahora la mayoría de la Corte Suprema, el aborto es señaladamente distinto, pues involucra una vida ajena, siquiera que esté en formación.⁹²

Por eso la sentencia *Roe contra Wade* fue una decisión equivocada, señala ahora la mayoría de la Corte. También porque la determinación de la viabilidad como momento a partir del cual sí cabe prohibir penalmente el aborto resulta arbitrario: en la medida en la que la viabilidad fetal es dependiente de circunstancias contingentes —acceso a posibilidades tecnológicas—, el feto de 26 semanas de Texas, en 1973, era abortable, y hoy no lo es. Igual situación tenemos si pensamos, por cierto, en mujeres de zonas rurales colombianas. «¿Cómo podría fundamentarse constitucionalmente que el estatuto de un feto depende de la ubicación de la mujer embarazada?», se pregunta la Corte Suprema.

Pero lo que resulta destacable de todo lo anterior es que la Corte Suprema no declara que el aborto esté constitucionalmente prohibido, sino que es una cuestión que la Constitución delega en los legisladores de los estados, que serán quienes habrán de decidir con carácter final. Así, la mayoría de la Corte afirma:

A la hora de interpretar aquello a lo que la Constitución se refiere con «libertad» debemos precavernos de la tendencia natural humana de confundir lo que protege la enmienda con nuestras propias y vigorosas concepciones sobre las libertades que los ciudadanos deben disfrutar [...]. La libertad ordenada fija límites y define las fronteras entre intereses en conflicto [...]. Roe y Casey fijaron una particular ponderación [...] pero la ciudadanía de los distintos estados puede evaluarlos de manera diferente. En algunos de ellos, los votantes pueden creer que el derecho a abortar *debe tener incluso mayor alcance que el derecho reconocido en Roe y Casey* [es decir, que se pueda abortar más allá de la semana 24]. Los votantes en otros estados puede que anhelan imponer restricciones más severas basadas en su creencia de que el aborto destruye un ser humano no nacido. La concepción histórica de la nación sobre la libertad ordenada no impide que sean los representantes del pueblo quienes decidan cómo debe regularse el aborto [...]. La Corte [que adoptó la sentencia Roe] cortocircuitó el proceso democrático clausurándolo para un gran número de ciudadanos que disientían absolutamente con Roe [...]. Nuestra decisión devuelve la cuestión del aborto a los legisladores y permite que las mujeres en ambos bandos puedan afectar el proceso legislativo mediante la influencia en la opinión pública, el cabildeo a los legisladores, votando o siendo candidatas. ⁹³

Parecería con ello que la Corte Suprema, en la sentencia Dobbs, es una Corte «gargarelliana», si bien el propio Roberto Gargarella ha desmentido que lo sea. ⁹⁴

En el fondo, detrás de la controversia en torno a si la sentencia Roe contra Wade proclamó justificadamente la existencia de un derecho constitucional al aborto latén dos concepciones radicalmente opuestas sobre lo que es la Constitución misma.

«Creemos en una Constitución —dicen los jueces de la minoría en Dobbs— que desplaza algunas cuestiones lejos del alcance de la regla mayoritaria. Incluso frente a la oposición pública sostenemos el derecho de los individuos [sí, también de las mujeres] de tomar sus propias decisiones y trazar sus propios futuros. O al menos así lo creíamos.»⁹⁵ Una legión de constitucionalistas y teóricos de la política también lo creen, como, entre otros muchos, el filósofo del derecho argentino Ernesto Garzón Valdés, cuando considera que ciertos intereses se blindan en un «coto vedado» inmune frente a la mayoría; o Luigi Ferrajoli, cuando apela a una «esfera de lo indecible».⁹⁶

Pero preguntarse qué significado y alcance tienen los elementos que conforman esos cotos o esferas, los derechos, es una misión de la que ninguna Corte Constitucional puede escapar. Con lo cual la pregunta no se disipa: ¿en qué sentido cabe describir los derechos —como controvertidamente se dice que es el aborto— como mecanismos «contramayoritarios» si son ellos mismos el resultado de un procedimiento mayoritario, el que gobierna la decisión en el seno de los tribunales o Cortes Constitucionales? ¿Quién debe decidir el perímetro del coto vedado, el tamaño de la esfera de lo indecible? Jeremy Waldron ha afirmado que «toda comunidad política en la que “el derecho a X” esté institucionalmente sustraído al poder de decisión de la mayoría ha tenido que pasar por algún momento en el que la suerte de ese derecho ha estado, forzosamente, en manos del poder de decisión de alguien».⁹⁷

Que esa misión corresponda a Cortes Constitucionales activas o activistas como lo han sido las del nuevo constitucionalismo latinoamericano, o también la estadounidense durante años, no es una consecuencia necesaria de ningún compromiso con los derechos, como el propio Ronald Dworkin llegó a afirmar.⁹⁸ Si nos

tomamos la democracia (más) en serio y asumimos (más en serio) la diversidad y el pluralismo moral de nuestras sociedades, las Cortes Constitucionales pueden ser deferentes —como lo ha sido en Estados Unidos en la sentencia Dobbs—, sin por ello ser absolutamente fútiles: pueden ocuparse centralmente de garantizar las condiciones del procedimiento democrático mismo,⁹⁹ no tener siempre la última palabra¹⁰⁰ o aplicar una regla de «presunción de constitucionalidad de la ley»,¹⁰¹ para lo cual podría incluso pensarse en la necesidad de exigir mayorías reforzadas en el seno del propio tribunal cuando se trate de sobreponerse a la decisión del legislador.¹⁰²

Como ha señalado por su parte Juan Carlos Bayón, el hecho de que el diseño del constitucionalismo democrático —que cuenta con mecanismos «contramayoritarios» como una Constitución rígida y un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de la ley— sea el más idóneo para lograr que los derechos se respeten es una cuestión contingente. Si la justificación global de un procedimiento de toma de decisiones es el resultado de ponderar su valor intrínseco —la posibilidad de conversar, aunque el resultado de ese diálogo no sea el anhelado— y su valor instrumental —proteger bienes e intereses básicos de los individuos—, y si ese balance depende de factores contextuales —culturales, sociales, económicos—, no es en absoluto descartable que por razones también basadas en un derecho básico —la participación en asuntos que nos afectan— la última palabra no la tenga una Corte Suprema o un Tribunal Supremo, sino la mayoría parlamentaria ordinaria.¹⁰³

Epílogo

Las fronteras del derecho: tomarse la moral en serio

El 29 de agosto de 2019 se celebró en el Parlamento español un pleno extraordinario en el que el gobierno dio cuenta de la crisis generada por la negativa italiana a permitir que un barco, el *Open Arms*, gestionado por una ONG española y en el que viajaban decenas de emigrantes, pudiera atracar en un puerto italiano. Las autoridades de aquel país, con el ministro Salvini a la cabeza, confiaban en que lo hiciera en un puerto español, como había ocurrido anteriormente, en junio de 2018, con el buque *Aquarius*, al poco de la llegada del gobierno al poder, en una operación de gran repercusión mediática y que concitó un buen número de aplausos y elogios. «Es nuestra obligación ofrecer a estas personas un puerto seguro. Cumplimos con los compromisos internacionales en materia de crisis humanitarias», decía el presidente del gobierno Pedro Sánchez en un tuit el 11 de junio de 2018.¹ Pero, en agosto de 2019, las reticencias a convertir los puertos españoles en un santuario del rescate de emigrantes a la deriva en el Mediterráneo se multiplicaban. Por entonces, ya habían muerto ahogadas desde principios de ese año más de 850 personas tratando de alcanzar las costas europeas.

El diputado Gerardo Pisarello clamaba desde la tribuna: «[...] no dejar morir a personas naufragas en el mar no es una opción, es una obligación, y es una obligación jurídica, y es una obligación

moral». ² «No hay ninguna ley..., repito, no hay ninguna ley, ninguna norma, ningún tratado, ningún acuerdo..., nada que esté por encima de la vida humana», afirmaba por su parte la diputada María Carvalho Dantas. ³

En agosto de 2014 (cinco años atrás), un ciudadano de Mali (N. D.) y otro de Costa de Marfil (N. T.) trataban de entrar en territorio español junto con otros centenares de africanos a través de la valla de Melilla, siendo inmediatamente devueltos —«en caliente»— una vez que, tras el enfrentamiento con la guardia civil y no pocos daños físicos, lograban penetrar en esa suerte de «zona penumbrosa», pseudofronteriza, que constituye la cúspide de la valla y los pasillos interiores. Ambos ciudadanos, tras solicitar la condición de refugiados y agotar las vías judiciales internas, demandaron al Estado español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la violación de diversas normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como de otras normas del derecho de la Unión Europea, en particular por esa «expulsión en caliente», colectiva, sin posibilidad alguna de evaluación individual de las condiciones que pudieran alegarse para buscar refugio. ⁴

¿Habían sido «expulsados» o «rechazados en la entrada» como alegaba España? ¿Constituye una violación de los derechos humanos consagrados en el Convenio que frente a esa expulsión inmediata no haya un «recurso judicial»? , como alegaban los recurrentes. En la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso N. D. y N. T. contra España, la sentencia, de 13 de febrero de 2020, responde «sí» a la primera pregunta y «no» a la segunda: «[...] el Tribunal considera que los recurrentes se colocaron ellos mismos en una situación ilegal intentando deliberadamente entrar en España cruzando las protecciones

fronterizas de Melilla [...]. Escogieron así no emplear los procedimientos legales que existían para entrar en territorio español legalmente incumpliendo así la normativa relevante relativa al tránsito de las fronteras exteriores del espacio Schengen». ⁵

El 24 de junio de 2022, la gendarmería marroquí impidió que un numeroso grupo de emigrantes atravesara la valla de Melilla. Murieron 23 de ellos, y, pese a los varios testimonios gráficos y orales que apuntan a que algunos de esos fallecidos lo fueron en territorio español y que se «trasladaron» después a zona marroquí, o que los heridos no fueron asistidos en España, sino «expulsados en caliente», el gobierno lo negó. «No conozco ningún país que admita un ataque violento a sus fronteras», ⁶ afirmó el ministro del Interior en el Parlamento el 30 de noviembre de 2022 para dar explicaciones sobre esa tragedia, una de muchas.

Pese a su presunto carácter robusto y determinable, las fronteras entre Estados, como se ve, son porosas y ambiguas en los límites. Y más lo son si pensamos en las fronteras entre el derecho, la política y la moral. Sus conexiones, por débiles que sean, o que queramos que sean, son evidentes. Nuestras sociedades están gobernadas por un sistema de normas cuya identificación y reconocimiento está, y debe estar, disponible para cualquiera; normas que se reforman o derogan, normas que, de algún modo, también disponible para general conocimiento, «nacen» y «mueren» al calor de cambios sociales, orientaciones ideológicas, o innovaciones científicas o tecnológicas disruptivas. No son normas eternas, como se supone que lo son las leyes del derecho natural. Es la autoridad, no la «verdad», lo que conforma el derecho, dijo célebremente Thomas Hobbes, uno de los precursores del

positivismo jurídico. Y en ese sentido hay una conexión profunda, ineludible, entre derecho y política.

Nuestros sistemas jurídicos, los propios de la democracia constitucional, se encuentran fuertemente «moralizados», como se ha encargado de mostrar como nadie Manuel Atienza.⁷ Incorporan principios, valores, objetivos, derechos y una encomienda a los tribunales, especialmente a los tribunales o Cortes Constitucionales, para que resuelvan todos los casos, por moralmente difíciles que sean. Constituciones, convenios y tratados internacionales proclaman la dignidad de todos los seres humanos y consagran libertades y derechos fundamentales que, no se cesa en repetir, tienen carácter absoluto, universal e inalienable.

¿Cómo es posible? ¿Cómo tomarse en serio esos derechos, el principio de dignidad de todo ser humano, su igualdad básica, y admitir la expulsión, ora en frío ora en caliente, de quienes atraviesan nuestras fronteras por el solo hecho de no «ser de aquí»? El liberalismo, según ha dicho justificadamente María José Guerra, traiciona su universalismo moral y jurídico cuando mantiene las fronteras cerradas o prácticamente cerradas.⁸ En la misma línea, Joseph Carens ha mostrado que, tomados en serio los planteamientos de libertarios como Nozick o de liberales igualitaristas como Rawls, el derecho de todos a la libertad de movimientos transfronterizos impide la actual existencia de restricciones a la emigración de los seres humanos. Tomarse su igual condición de agentes morales en serio no permite el actual «feudalismo» que supone haber nacido en Bamako (Mali) frente a haberlo hecho en la próspera Sausalito (California).⁹ Apelando al iusnaturalista Francisco de Vitoria, Ferrajoli afirma que «[...] tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía

de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación [...]». ¹⁰

En esa línea, Manuel Atienza considera cabalmente que no se puede expulsar a un extranjero del territorio nacional sin atentar contra su dignidad y contra el principio de igualdad básica de todos los seres humanos, pero un juez que evita tomar la decisión de la expulsión no podría justificarla en derecho. ¹¹

Un sistema jurídico, una democracia liberal y constitucional, me atrevo a decir *mutatis mutandis*, completamente insensible a la explotación masiva e inmisericorde a la que rutinariamente, y sin distinción, sometemos a todas las especies animales, también traiciona sus principios profundos; pero un juez tampoco podría justificar, de acuerdo con el derecho español, la prohibición de las corridas de toros o el sacrificio ritual del cordero o tantos y tantos ejercicios del más descarnado especismo.

En un mundo ideal no habría fronteras, ni tortura ponderable, ni presunción de inocencia negociable, y los animales no humanos serían mucho mejor tratados, las prisiones preventivas serían escasas y los presos que fueran finalmente absueltos serían sustancialmente indemnizados; en un mundo ideal toda desigualdad obedecería sólo a la irresponsabilidad, al ejercicio de la libertad individual una vez depuradas las tiranías, todas, relativas al origen.

«¿Cuál es entonces tu querella con la moralización de las democracias liberales, amigo De Lora?», barrunto que a estas alturas te estarás preguntando, amigo lector... Ruego que se me permita una última elipsis.

En *Political liberalism (El liberalismo político)*, de 1993, John Rawls defiende el concepto de «razón pública» como característica de las sociedades democráticas, allí donde no se impone una cosmovisión o «doctrina comprehensiva» sobre todos los aspectos valiosos de la vida humana en el ámbito político. En este contexto priman los valores «políticos» a la hora de resolver cuestiones fundamentales para la convivencia. Por ejemplo, las cuestiones relativas a quién es sujeto de derechos, cuál es el valor de la vida humana prenatal o el alcance de la disponibilidad de la vida propia en las últimas fases de nuestra existencia. Para resolver esas controversias hemos de esgrimir razones y argumentos que puedan apelar a la conciencia y al raciocinio de quienes no comparten nuestra religión o nuestros planteamientos filosóficos más profundos. Las razones, o la razón pública, deben predominar de manera especialmente intensa en las instituciones del gobierno y, señaladamente, en las cortes supremas, pero también en la ciudadanía, en su participación en los foros públicos y en el ejercicio de sus derechos políticos. Las doctrinas comprehensivas que resultan incompatibles con la razón pública, señala Rawls como advertencia, «son aquellas que no pueden sostener un balance razonable de valores políticos». ¹²

La moralización que infecta nuestras democracias liberales es, en el mejor de los casos, el resultado de no escuchar la anterior advertencia rawlsiana; es decir, es la derivada de creer, infantilmente, que en sociedades razonablemente plurales como las nuestras, cupo y cabe «asaltar los cielos» mediante el instrumento del derecho, o bien de la justicia constitucional, y que aquél, una vez «constitucionalizado», tiende una escalera de acceso directo al mundo ideal; que para tal cosa basta con insertar las palabras correctas en el BOE, desconociendo así el principio de realidad que

impone la política. Pero, además, es precisamente porque tal cosa no sucede, porque el derecho no agota la moralidad ni la justicia, por lo que cabe seguir señalando la injusticia del derecho en los ámbitos que antes he señalado y en otros tantos.

Tomarse la moralidad en serio en democracias constitucionales como la nuestra, repujadas de invocaciones jurídicas a la dignidad, la paz y el bienestar, así como de floridos catálogos de derechos fundamentales y de jueces inmodestos en su quehacer, no es sino tratar de mantener una frontera, un espacio acotado para la resistencia: la moral crítica, allí donde los derechos no son sólo retórica que funciona como excusa o justificación absolutoria de los poderes establecidos, sino que nos siguen sirviendo como parámetro aspiracional y de denuncia.

Bibliografía

- Alemany, Macario, «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en Munar, Pedro, ed., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: el Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 52 (2018), pp. 201-222.
- Alexy, Robert, «Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral», en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- Alonso, Juan Pablo, «Violación, aborto y las palabras de la ley», *Pensar en Derecho*, 1, 0, (2012), pp. 301-329.
- Alterio, Ana Micaela, *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, México, 2020.
- Álvarez García, Javier, «La libertad sexual en peligro», *Diario La Ley*, 10007 (2022).
- Appelbaum, Paul, «Saving the UN convention on the rights of persons with disabilities – from itself», *World Psychiatry*, 18, 1 (febrero de 2019).
- Arruñada, Benito, «Malas leyes», *Información Comercial Española (ICE), Revista de Economía*, 915 (2020), pp. 9-28.
- Atienza, Manuel, *Sobre la dignidad humana*, Editorial Trotta, Madrid, 2022.

- Marx y los derechos humanos*, Palestra, Perú, 2008.
- El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- «Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos», *Isonomía*, 6 (abril de 1997), pp. 7-30.
- Atienza, Manuel; y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Perú y Colombia, 2012.
- Atria, Fernando, «Personas, cosas, derechos», *Revista Derecho del Estado*, 54 (enero-abril de 2023), pp. 163-200.
- La Constitución tramposa*, LOM Ediciones, Chile, 2013.
- Austin, John [1832], *The province of jurisprudence determined*, Cambridge University Press, Inglaterra, 1995.
- Bachoff, Otto, *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963.
- Bayón, Juan Carlos, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Betegón, Jerónimo, *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 67-138.
- Becker, Marc, «The stormy relations between Rafael Correa and social movements in Ecuador», *Latin American Perspectives*, 40, 3 (2013), pp. 43-62.
- Bentham, Jeremy [1789], *An introduction to the principles of morals and legislation*, H. L. A. Hart y J. H. Burns (eds.), Methuen, Inglaterra y Estados Unidos, 1970.
- Berdugo, Ignacio, «Derecho represivo en España durante los períodos de la guerra y la postguerra (1936-1945)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 3 (1981), pp. 97-128.
- Betancor, Andrés, «Relato de ley», *El Mundo*, 7 de diciembre de 2022.

- Bickel, Alexander, (1962): *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Bobbs-Merrill, Estados Unidos, 1962.
- Biggar, Nigel, «What's wrong with subjective rights?», *History of European Ideas*, 45, 3 (2019), pp. 399-409.
- Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993.
- Boorse, Christopher, «On the distinction between disease and illness», *Philosophy and Public Affairs*, 5, 1 (otoño de 1975), pp. 49-68.
- Bueno, Gustavo, *Zapatero y el pensamiento Alicia: un presidente en el País de las Maravillas*, Temas de Hoy, Madrid, 2006.
- Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, 1790, edición de Jonathan Bennett, 2017, <<https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/burke1790part2.pdf>>.
- Calamandrei, Piero, *Sin legalidad no hay libertad*, Editorial Trotta, Madrid, 2020.
- Calderón Almendros, Ignacio, «Segregating children for their disabilities is a violation of human rights», agencia SINC (Servicio de Información y Noticias Científicas), 13 de junio de 2018, <<https://www.agenciasinc.es/en/Opinion/Segregating-children-for-their-disabilities-is-a-violation-of-human-rights>>.
- Calvo Sotelo, José, *La doctrina del abuso el derecho como limitación del derecho subjetivo*, Victoriano Suárez, Madrid, 1917.
- Carens, Joseph, «Aliens and citizens: the case for open borders», *The Review of Politics*, 49, 2 (primavera de 1987), pp. 251-273.
- Carozza, Paolo, «Constitutionalism's post-modern opening», en Loughlin, Martin; y Walker, Neil (eds.), *The paradox of constitutionalism. constituent power and constitutional form*, Oxford University Press, Inglaterra, 2007, pp. 169-187.
- Cicerón, Marco Tulio, *De legibus*, Akal, Madrid, 1989.

Couso, Javier, «Las democracias radicales y el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”», en *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Librería/SELA, Argentina, 2014, pp. 193-208. Disponible en <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA_13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf>.

Cuenca, Patricia, «De objetos a sujetos de derechos: reflexiones filosóficas sobre el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», en Munar, Pedro A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: el Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 47-75.

Delgado-Gal, Álvaro, *Los conservadores y la revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 2023.

Dixon, Rosalind, «Constitutional rights as bribes», *Connecticut Law Review*, 50, 3 (agosto de 2018), pp. 767-818.

Doménech, Gabriel; y Jiménez, Juan Luis, «¿Cuánto vale para los jueces españoles el tiempo pasado en prisión preventiva?», *Nada es Gratis*, 22 de mayo de 2023, <<https://nadaesgratis.es/juan-luis-jimenez/cuanto-vale-para-los-jueces-espanoles-el-tiempo-pasado-en-prision-preventiva>>.

Dworkin, Ronald, «The moral reading and the majoritarian premise», en Hongju Koh, Harold; y Slye, Ronald C., *Deliberative democracy and human rights*, Yale University Press, Estados Unidos, 2008.

—*Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, Knopf, Estados Unidos, 1993. Hay traducción castellana: *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994.

—*Taking rights seriously*, Harvard University Press, Estados Unidos, 1977. Hay traducción castellana: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012.

Edmonds, David, *Would you kill the fat man?: the trolley problem and what your answer tells us about right and wrong*, Princeton University Press, Estados Unidos, 2015.

Fabre, Cécile, *Whose body is it anyway?: justice and the integrity of the person*, Clarendon Press, Inglaterra, 2006.

Faria, Catia, *Animal ethics in the wild: wild animal suffering and intervention in nature*, Cambridge University Press, Inglaterra, 2023.

Fernández Núñez, Miguel, «Algunas acotaciones al dominio de los derechos», en Fernández Núñez, Miguel (ed.), *Materiales para una teoría de los derechos: ensayos de filosofía analítica*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 13-66.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 7.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2010.

—*Democracia y garantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Inglaterra, 1980.

Flores d'Arcais, Paolo, *El individuo libertario*, Seix Barral, Barcelona, 2001.

Foot, Philippa, «The problema of abortion and the doctrine of the double effect», *Oxford Review*, 5 (1967), pp. 5-15.

García, Eloy, «Las leyes volitivas», *El Confidencial*, 20 de abril de 2023, <https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2023-04-20/leyes-volitivas-vivienda_3614136/>.

García Amado, Juan Antonio, «¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?», *Revista Nuevo Foro Penal*, 12, 86 (enero-junio de 2016), pp. 13-61.

García de Enterría, Andrea; y Lozano Cutanda, Blanca, «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un “embrollo jurídico”», *Diario La Ley* (25 de octubre de 2022), <<https://diariolaley.laleynext.es/dli/2022/11/04/la-declaracion-del-mar-menor-y-su-cuenca-como-persona-juridica-un-embrollo-juridico>>.

García Figueroa, Alfonso, «Derechos de la naturaleza, neoconstitucionalismo andino y eco-populismo: a propósito de la constitucionalización de los derechos de la Pacha Mama en la República del Ecuador», 2022.

García Manrique, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, Fontamara, México, 2007.

García Rubio, María Paz, «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad: en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, V, 3 (julio-septiembre de 2018), pp. 173-197.

Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran —por fin— al diálogo ciudadano*, Clave Intelectual-Siglo XXI Editores, Madrid, 2022.

—«El derecho al aborto según “Dobbs”: originalismo y mayoritarismo en fallidas dosis», *Revista Pensamiento Penal*, 429 (julio de 2022^a), pp. 1-9.

—*La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

Gascón, Daniel, «Abolir el mal», *El País*, 9 de junio de 2022.

Guerra, María José, «Fronteras y migraciones: la crisis de los cayucos en las islas Canarias y la ceguera del liberalismo igualitarista», *Dilemata*, 12 (2013), pp. 75-94.

Harris, John, «The survival lottery», *Philosophy*, 50 (1975), pp. 81-87.

Herrero y Rodríguez de Miñón, Miguel, «Preámbulo», en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel; y Casas Baamonde, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, en *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, Tribunal Constitucional (España), Wolters Kluwer y Ministerio de Justicia, tomo I (2018), pp. 3-10.

Hierro, Liborio, «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en Díaz, Elías; y Colomer, José Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 11-73.

—«El imperio de la ley y la crisis de la ley», *Doxa*, 19 (1996), pp. 287-308.

Hohfeld, Wesley, «Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning», *Yale Law Journal*, 23 (1913).

Ignatieff, Michael, *Human rights as politics and idolatry*, Amy Gutmann (ed.), Princeton University Press, Estados Unidos, 2001. Hay traducción castellana: *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.

Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, estudio preliminar y edición de Luis Lloredo Alix, Dykinson y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2018.

—*El espíritu del derecho romano*, Comares, Granada, 1998.

Juliá, Santos, «Consejo de guerra contra Julián Besteiro», en Muñoz Machado, Santiago (ed.), *Los grandes procesos de la historia de España*, Crítica, Barcelona, 2002, pp. 466-483.

Kelsen, Hans, «La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)», en Ruiz Manero, Juan (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155.

- Kymlicka, Will; y Donaldson, Sue, *Zoopolis: a political theory of animal rights*, Oxford University Press, Inglaterra, 2013. Hay traducción castellana: *Zoópolis, una revolución animalista*, Errata Naturae, Madrid, 2018.
- Lambooy, Tineke; Venis, Jan van de; y Stokkermans, Christiaan, «A case for granting legal personality to the Dutch part of the Wadden Sea», *Water International*, 44, 6-7 (2019), pp. 786-803.
- Laporta, Francisco, «Ley», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22 (2022), pp. 253-266.
- «Imperio de la ley y constitucionalismo: un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 61 (2008), pp. 307-326.
- El imperio de la ley: una visión actual*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- «Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley», *Doxa*, 22 (1999).
- Lascuraín, Juan Antonio, «Las penas de los delitos sexuales: tres preguntas», *El País*, 23 de noviembre de 2022, <<https://elpais.com/opinion/2022-11-23/las-penas-de-los-delitos-sexuales-tres-preguntas.html>>.
- Lidahl, Hans, «Constituent power and reflexive identity: towards an ontology of collective selfhood», en Loughlin, Martin; y Walker, Neil (eds.), *The Paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*, Oxford University Press, Inglaterra, 2007, pp. 9-24.
- Locke, John [1689], *Two treatises of government*, Peter Laslett (ed.), Cambridge University Press, Inglaterra, 1970. Hay traducción castellana: *Dos Tratados sobre el Gobierno y otros escritos*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2015.
- Lora, Pablo de, *El laberinto del género: sexo, identidad y feminismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2021.

- Justicia para los animales: la ética más allá de la humanidad*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- «Justicia constitucional y deferencia al legislador», en Laporta, Francisco (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003^a, pp. 345-370.
- La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la filosofía del derecho*, en *Boletín Oficial del Estado (BOE)* y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Loughlin, Martin, *Against constitutionalism*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2022.
- Luna Ramos, José Alejandro, «200 años de evolución de los derechos político-electorales de los pueblos y comunidades indígenas», en *México en Cádiz, 200 años después: libertades y democracia en el constitucionalismo contemporáneo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), México, 2015, p. 33-42.
- Maeztu, Ramiro de, *La crisis del humanismo*, Almar, Salamanca, 2001.
- Magaña, Pablo, *The kitchen and the forum: nonhuman animals and their political representation*, tesis doctoral, 2022. Disponible en <<https://www.tdx.cat/handle/10803/687308>>.
- Martínez, Fernando, «Hipoteca de esclavos: garantías reales mobiliarias, entre derecho indiano y legislación ultramarina», *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Berlín, 2016.
- Miguel, Josu de, *Libertad: una historia de la idea*, Athenaica, Sevilla, 2022.

Mill, John Stuart [1874], *La naturaleza*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

Molina, Fernando, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las universidades de Madrid celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos (URJC), 8-10 de marzo de 2005, URJC Servicio de Publicaciones, Dykinson, Madrid, 2006.

Möllers, Christoph, «“We are (afraid) of the people”: constituent power in German constitutionalism», en Loughlin, Martin; y Walker, Neil (eds.), *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*, Oxford University Press, Inglaterra, 2007, pp. 87-105.

Mora-Sanguinetti, Juan S., «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española: cuantificación e impacto de la complejidad normativa en España», *Revista de las Cortes Generales*, 114 (segundo semestre de 2022), pp. 231-253.

Moreso, Josep Joan, «Gargarella sobre la democracia constitucional: un pequeño y sucio secreto», *Revista de Libros*, 28 de julio de 2022, <<https://www.revistadelibros.com/gargarella-sobre-la-democracia-constitucional-un-pequeno-y-sucio-secreto/>>.

—«Entre el deseo y la razón: los derechos humanos en la encrucijada», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115 (2019), pp. 425-442.

—«La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos inexcusables», en Prieto Sanchís, Luis; y Ferrer, Jordi, *Los desacuerdos inexcusables*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 49-86.

- Moyn, Samuel, *The last utopia: human rights in history*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2010.
- Müller, John, «Un minuto para pensar», *Pauta*, 16 de agosto de 2022.
- Munar, Pedro A., «Notas sobre algunos principios y algunas novedades del anteproyecto», en Munar, Pedro A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 175-193.
- Noguera Fernández, Albert, *Utopía y poder constituyente: los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*, Sequitur, Madrid, 2012.
- Ortega Soriano, Ricardo Alberto, «La política sobre la técnica: algunos obstáculos no jurídicos para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales», en Cruz Parcero, Juan Antonio (coord.), *Los derechos sociales en México: reflexiones sobre la Constitución de 1917*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2020, pp. 287-323.
- Ovejero, Félix, *Sobrevivir al naufragio: el sentido de la política*, Página indómita, Barcelona, 2020.
- Palacios, Agustina; y Romañach, Javier, *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitás Ediciones, Madrid, 2006.
- Peña Freire, Antonio, *Legalidad y orden jurídico: el debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Atelier, Barcelona, 2018.
- Pérez Álvarez, Marino; y Errasti, José, *Nadie nace en un cuerpo equivocado: éxito y miseria de la identidad de género*, Deusto, Madrid, 2022.

- Pérez Castellanos, Luz María, «La Constitución de Cádiz y la construcción de la ciudadanía», *Estudios Jaliscienses*, 87 (febrero de 2012), pp. 42-54.
- Pirie, Fernanda, *Ordenar el mundo: cómo 4.000 años de leyes dieron forma a la civilización*, Crítica, Barcelona, 2022.
- Pisarello, Gerardo, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999: balance de una década», *sinpermiso*, 29 de noviembre de 2009, <<https://www.sinpermiso.info/textos/el-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-y-la-constitucion-venezolana-de-1999-balance-de-una-dcada>>.
- Platón, *Las leyes*, Alianza Editorial, Madrid, 2014.
- Pollán, Ana, «Cinco mitos sobre la “asistencia sexual”», *Tribuna Feminista*, 12 de abril de 2017, <<https://tribunafeminista.org/2017/04/cinco-mitos-sobre-la-asistencia-sexual/>>.
- Preuss, Ulrich K., «The exercise of constituent power in Central and Eastern Europe», en Loughlin, Martin; y Walker, Neil (eds.), *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*, Oxford University Press, Inglaterra, 2007, pp. 211-228.
- Rawls, John, *Political liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993. Hay traducción castellana: *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 2019.
- A theory of justice*, Harvard University Press, Estados Unidos, 1971. Hay traducción castellana: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997.
- Riechmann, Jorge, *Bailar encadenados: pequeña filosofía de la libertad*, Icaria, Vilassar de Dalt (Barcelona), 2023.
- Roach, Kent, «The uses and audiences of preambles in legislation», *McGill Law Journal*, 47, 1 (2001).

- Rodríguez Fernández, Ignacio, *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- Rodríguez de Santiago, José María, «Una cuestión de principios», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77 (2006), pp. 257-272.
- Rosell, Victoria, «Los derechos y las derechas», *Público*, 22 de abril de 2023.
- Ruiz Miguel, Alfonso, «Los derechos en el franquismo», en Sánchez, Pilar (ed.), *Los jueces contra el franquismo: justicia democrática*, Maia Ediciones, Madrid, 2016, pp. 47-88.
- Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- Salazar, Pedro, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)», en González Pérez, Luis Raúl; y Valadés, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, pp. 345-387.
- San Agustín, *La ciudad de Dios*, La Editorial Católica, Madrid, 1977.
- Scheffler, Samuel, *Death and the afterlife*, Oxford University Press, Inglaterra, 2013.
- Schmitt, Carl, «Cuarto informe» en *Respuestas en Núremberg*, Escolar y Mayo Editores, Madrid, 2016.
- «El *Führer* defiende el derecho», en *Carl Schmitt, teólogo de la política*, edición de Héctor Orestes Aguilar, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Schofield, Philip, «Jeremy Bentham's "Nonsense upon stilts"», *Utilitas*, 15, 1 (marzo de 2003), pp. 1-26.
- Sen, Amartya, «Utilitarianism and welfarism», *The Journal of Philosophy*, 76, 9 (septiembre de 1979), pp. 463-489.

- Simón Yarza, Fernando, *Ley natural y realismo clásico: una defensa*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022.
- Entre el deseo y la razón: los derechos humanos en la encrucijada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- Singer, Peter, *Animal liberation*, HarperCollins, Estados Unidos, 1975. Hay traducción castellana: *Liberación animal: el clásico definitivo del movimiento animalista*, prefacio de Yuval Noah Harari, 2.^a ed., ampliada, Taurus, Barcelona, 2018.
- Sotelo, Ignacio, *El estado social: antecedentes, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.
- Stone, Christopher, «Should trees have legal standing?: toward legal rights for natural objects», *Southern California Law Review*, 45 (1972), pp. 450-501.
- Sussman, David, «What's wrong with torture?», *Philosophy and Public Affairs*, 33, 1 (2005), pp. 1-33.
- Tănăsescu, Mihnea, *Understanding the rights of nature: a critical introduction*, Transcript, Alemania, 2022.
- Tébar Rubio-Manzanares, Ignacio J., «Derecho penal del enemigo en el primer franquismo: el caso de Julián Besteiro», *Revista de Historia Actual*, 11, 11 (2013), pp. 63-78.
- Terzi, Lorella, «The social model of disability: a philosophical critique», *Journal of Applied Philosophy*, 21, 2 (2014), pp. 141-157.
- Thayer, James Bradley, «The origin and scope of the American doctrine of constitutional law», *Harvard Law Review*, 7, 3 (1893): pp. 129-156.
- Viciano, Roberto, *et al.*, *Por una asamblea constituyente: una solución democrática a la crisis*, Sequitur, Madrid, 2012.

- Viciano, Roberto; y Martínez Dalmau, Rubén, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 2011, pp. 1-24.
- Waldron, Jeremy, «Torture and positive law», *Columbia Law Review*, 105, 6 (octubre de 2005), pp. 1681-1750.
- Law and disagreement*, Clarendon Press, Inglaterra, 1999. Hay traducción castellana: *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Wulf, Andrea, *Magníficos rebeldes: los primeros románticos y la invención del yo*, Taurus, Madrid, 2022.
- Yturbe, Corina, «La utopía en los orígenes de los derechos sociales en México», en Cruz Parceró, Juan Antonio (coord.), *Los derechos sociales en México: reflexiones sobre la Constitución de 1917*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2020, pp. 31-48.
- Zamora Bonilla, Jesús Pedro, *Contra apocalípticos: ecologismo, animalismo, posthumanismo*, Shackleton Books, Barcelona, 2021.

Notas

1. Véase, para todos, Lascuráin, 2022.

2. Una ley que conllevaría, entre otras reformas, la del delito de sedición y malversación en el Código Penal.

3. Así, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, se procede a esta suerte de «aviso a navegantes» (jueces y tribunales): «[...] la aplicación de las reformas penales contenidas en esta ley a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor, las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera reproducen las disposiciones transitorias de otras leyes orgánicas destinadas a modificar el Código Penal, como la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que a su vez se corresponden sustancialmente con las que en su momento estableció el Código Penal de 1995, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que son disposiciones que hoy se encuentran vigentes y han sido convenientemente interpretadas por el Tribunal Supremo. Por consiguiente, aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. No obstante, la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal [verbigracia: la ley del sólo sí es sí] aconseja su introducción expresa, conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución española».

4. «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» [artículo 178.1, Código Penal].

5. Así, Lascuráin, 2022, y Álvarez García, 2022.

6. *Leyes*, libro IV, 719e. En *De legibus*, libro 2.º, señala Cicerón que Platón adoptó la idea de la exposición de motivos de Zaleuco (legislador de los locrios) y de Carondas (legislador de los turienses).

7. Herrero, 2018, p. 7.

8. Roach, 2001.

9. Ibidem, p. 132.

10. Ley 16/2012, de 28 de junio, de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco; BOE de 19 de julio de 2012.

11. BOE de 15 de marzo de 2019 (debo el hallazgo a Juan Antonio García Amado).

12. Real Decreto Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales.

13. «Con la crisis como oportunidad, desde la llegada al gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso consistente y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del gobierno»; se trata de la reforma mediante la que se suprime el delito de coacciones en el contexto de la huelga del artículo 315 del Código Penal (BOE de 23 de abril de 2021).

14. Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. BOE de 20/3/2007.

15. Alexy, 1998, pp. 120 y ss.

16. Preámbulo del Estatuto de Cataluña.

17. El Tribunal Constitucional estimó parcialmente la inconstitucionalidad de dicha resolución en sentencia de 25 de marzo de 2014. A juicio del Tribunal, la declaración de soberanía era inconstitucional pero no así, bajo determinada interpretación, la proclamación del «derecho a decidir».

18. *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía*, de 4 de octubre de 2022.

19. Real Decreto 1225/1981, de 24 de junio.

20. *Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, de 4 de mayo de 2004.

21. [Real Decreto 538/2020](#), de 26 de mayo.

22. Las formas más conocidas son, por supuesto, la de Estado social (o Estado social y democrático de derecho, tal y como reza el artículo 1 de la Constitución española) y estado de bienestar. A ese respecto, véase Sotelo, 2010. Del «Estado de obras» llegó a hablar Gonzalo de la Mora en un libro con ese título (*El Estado de obras*, Doncel, Madrid, 1976), aludiendo a un Estado que se legitima por sus realizaciones, no por la ideología.

23. El término *santimonia*, según la definición de la RAE, equivale a 'santidad', 'cualidad de santo'.

24. El «lenguaje jurídico “catártico”», en expresión de Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, guarda un aire de familia con el concepto de «ley santimonia» que yo estoy manejando. Así, el preámbulo de la propia Constitución española sería catártico en buena medida. (Véase Herrero, 2018, pp. 8-9.)

25. Laporta, 2008, p. 311. Años antes, Laporta se había referido al mismo fenómeno como «sobreconstitucionalización»; véase Laporta 2007, pp. 158-159, y 1999, p. 322.

26. Kelsen, 1988, p. 143.

27. Esencialmente las llamadas «normas programáticas» o «mandatos de optimización»; véase, para todos, Atienza, Manuel; y Ruiz Manero, Juan, «Sobre principios y reglas», *Doxa*, 10, 1991, pp. 101-120.

28. Para todos, Ferrajoli, 2010, p. 65.

29. Este ensayo se enmarca en el proyecto de investigación «El reto de la normativa COVID para los derechos fundamentales» (PID2020-113472RB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. Esta ley, la 4/2023, de 28 de febrero, fue finalmente publicada en el BOE de 1 de marzo de 2023.

2. Mora-Sanguinetti, 2022, p. 237.

3. Ibidem, pp. 241-242.

4. En una formulación decimonónica, el Código Civil establece en su artículo 1.1 que las fuentes del derecho son «la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

5. La expresión es de Francisco Laporta (2022). El artículo 1 del Código Civil menciona también «la costumbre y los principios generales del Derecho» como «fuentes» del derecho, aunque en el Estado constitucional el sistema de fuentes es extraordinariamente más complejo y las dos segundas son extraordinariamente residuales.

6. Rawls, 1971.

7. Laporta, 2022, p. 257. «La ley es un instrumento normativo creado deliberadamente por los órganos representativos electivos superiores de una comunidad (Parlamentos o Asambleas) subordinado a la “Constitución” y superior en rango a los reglamentos del gobierno y la administración ejecutiva, que pone en vigor (o deroga) normas jurídicas generales sobre la organización de los poderes y aspectos de la vida individual y social de la comunidad considerados relevantes por la cultura vigente», dirá en una formulación más depurada páginas después; ibídem, p. 264.

8. Ibidem, p. 256.

9. Arruñada, 2020.

10. Los datos proceden de <<https://www.epdata.es/datos/numero-reales-decretos-aprobados-espana-estadistica/591>>.

11. El plan se puede consultar en la página del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, <<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mpresidencia14/Paginas/2023/030323-bolanos-plan-normativo.aspx>>. El dato procede de la página 11 del documento, véase <<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2023/310123-PAN2023.pdf>>.

12. Belmonte, Eva; Cabo, David; y Torrecillas, Carmen, «La crisis sanitaria y económica acelera el aluvión de decretos ley[es], que bate todos los récords con Sánchez», Civio, 7 de julio de 2022, <<https://civio.es/el-boe-nuestro-de-cada-dia/2022/07/07/decretos-ley-desde-1996/>>.

13. Fue el caso del Real Decreto Ley 12/1999, de 31 de julio, de Medidas urgentes para la contención del gasto farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud.

14. Se trata del Real Decreto Ley 1/2023, de 10 de enero, de Medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. Véase Belmonte, Eva, «El extraño caso de los decretos ley[es] que tardaron semanas en llegar al BOE», Civio, 16 de enero de 2023, <<https://civio.es/el-boe-nuestro-de-cada-dia/2023/01/16/cuando-no-hay-prisa-por-publicar-un-decreto-ley/>>.

15. Exposición de motivos del Real Decreto Ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (conocida comúnmente como «ley de memoria histórica»).

16. Lo hace, a la espera de dar a conocer su sentencia, en la «nota informativa» 23/2023, de 21 de marzo de 2023: <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_023/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2023-2023.pdf>. Esa denuncia también se ha hecho en relación con la urgente y extraordinaria necesidad de dictar medidas provocadas por la crisis financiera de 2008. Así se hizo en los votos particulares de la magistrada Adela Asúa Batarrita y los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y Fernando Valdés Dal-Ré en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 199/2015, de 24 de septiembre de 2015, sentencia en la que se enjuicia la constitucionalidad del Real Decreto Ley 8/2014 de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

17. Véase, para todos, el más extenso de todos los decretos leyes aprobados hasta la fecha: el Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, que ocupa 252 páginas.

18. «Saco», «escoba» son también denominaciones acostumbradas entre los constitucionalistas —por ser bien expresivas.

19. Entre las primeras, la STC 119/2011, de 5 de julio de 2011, que resuelve, a su favor, el recurso de amparo de un grupo de senadores del PSOE que cuestionaban la constitucionalidad de la introducción por parte del Grupo Popular de enmiendas a la Ley de Arbitraje mediante las que se introducía en el Código Penal, entre otros, el delito de convocatoria ilegal de un referéndum.

20. Se trataba de lograr su vuelta a España, o de habilitarlos para el cargo público, mediante la rebaja de sus penas firmes o posibles, dictadas o imponibles por la comisión de los delitos de malversación y sedición.

21. Así lo establece la STC 119/2011 mencionada anteriormente. A mi juicio, y al de otros muchos, este asunto ha llevado al sistema institucional español a la que, sin exageración, cabe describir como una de sus más graves crisis desde el advenimiento de la democracia tras la muerte de Franco (excepción hecha de los golpes de Estado del 23-F y del protagonizado por las autoridades catalanas en los meses de septiembre y octubre de 2017). Pocos dudan de la flagrante contravención que, para la arquitectura constitucional española, hubiera supuesto la aprobación de dichas enmiendas; pero es igualmente peligrosísimo el precedente de dictar unas medidas «cautelarísimas», a solicitud de los diputados recurrentes en amparo, que, en aras de la preservación de su derecho a la participación recogido en el artículo 23 de la Constitución española, ha implicado la paralización de un procedimiento legislativo. La aceptación de esas medidas cautelarísimas se hizo mediante Auto 177/2022, de 19 de diciembre.

[22.](#) Belmonte, Cabo y Torrecillas, artículo cit., 7 de julio de 2022.

23. La cita procede del segundo tratado de Locke, 1970, p. 425.

24. Bachoff, 1963, pp. 41-42.

25. Ferrajoli, 2010, p. 12.

26. Bachoff, 1963, pp. 38, 40.

27. Ídem.

28. Hierro, 1996, p. 294.

29. García, 2023.

30. Betancor, 2022.

31. Ley 8/2023, de 9 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial de Aragón* el 23 de marzo de 2023.

32. Gascón, 2022.

33. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 25 de febrero de 2022.

34. Conviene señalar de nuevo que para lograr los anteriores objetivos no hay apelación a principios, programas, estrategias o propósitos, sino crasas prohibiciones: no habrá «nuevas autorizaciones de exploración, permisos de investigación de hidrocarburos o concesiones de explotación para los mismos» [artículo 9.1], ni de «[...] exploración, permisos de investigación o concesiones directas de explotación, ni sus prórrogas, regulados al amparo de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas, de minerales radiactivos, tal y como se definen en la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, cuando tales recursos sean extraídos por sus propiedades radiactivas, fisionables o fértiles» [artículo 10.1].

35. BOE de 19 de julio de 2012.

36. Véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de junio de 2022.

37. «[...] nacimiento o lugar de nacimiento; procedencia, nacionalidad o pertenencia a una minoría nacional; raza, color de piel o etnia; opinión política o de otra índole; religión, convicciones o ideología; lengua; origen cultural, nacional, étnico o social; situación económica o administrativa, clase social o fortuna; sexo, orientación, identidad sexual y de género o expresión de género; ascendencia; edad; fenotipo, sentido de pertenencia a grupo étnico; enfermedad, estado serológico; discapacidad o diversidad funcional, o por cualquier otra condición, circunstancia o manifestación de la condición humana, real o atribuida».

38. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

39. Flores d'Arcais, 2001, cap. VIII. En la misma línea, Peña Freire, 2018, pp. 151, 194.

40. Schmitt, 2016, pp. 115 y ss.

41. Dirigida por Stanley Kramer, en España se tituló *Vencedores o vencidos*, y en Hispanoamérica *Juicio en Núremberg* y *El juicio de Núremberg*.

42. 2022, p. 391.

43. Ihering, *El espíritu del derecho romano*, 1998. Por su parte, Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, el «padre» del Código de Napoleón, el Código Civil francés, afirmaba en 1793: «Existe una ley superior a todas las demás, una ley eterna, inalterable, propia de todos los pueblos, conveniente a todos los climas: la ley de la naturaleza. He aquí el código de las naciones, que los siglos no han podido alterar ni los comentadores transformar. Es ella únicamente lo que se necesita consultar».

44. Carta de 30 de octubre de 1811. Disponible en
<<https://founders.archives.gov/documents/Madison/03-03-02-0595>>.

45. Cita extraída de la edición de *De los delitos y de las penas* de Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 21.

46. Publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional*, número 3, Burgos, 30 de julio de 1936.

47. Una excelente y exhaustiva crónica del proceso es la de Juliá, 2002, pp. 466-483. Véase también Tébar Rubio-Manzanares, 2013.

48. «[I]nstruir las actuaciones encaminadas a demostrar plenamente la ilegitimidad de los poderes actuantes en la República española en 18 de julio de 1936», reza el artículo 1 de la Orden de 21 de diciembre de 1938 publicada en el BOE el 22 de diciembre de 1938. Bajo el título «Dictamen de la Comisión sobre la ilegitimidad de poderes actuantes en 18 de julio de 1936», fue finalmente presentado en febrero de 1939.

49. Esta prerrogativa se confirmó como «personalísima» por la Ley Orgánica del Estado de 1967, pues no sería adquirida por quien sucediera a Franco a título de rey.

50. Esta defensa schmittiana de ser el *Führer* la fuente del derecho alemán (*Führerprinzip*) aparece en el artículo «El *Führer* defiende el derecho» en el que Schmitt glosa el discurso de Hitler ante el Reichstag pronunciado el 13 de julio de 1934 tras la Noche de los Cuchillos Largos; véase Schmitt, 2001, p. 117 (la cursiva enfática es mía).

51. Junto con los generales Manuel Goded, Miguel Cabanellas, Gonzalo Queipo de Llano, Joaquín Fanjul y Andrés Saliquet.

52. En *La ciudad de Dios*, san Agustín cuenta la historia de un pirata capturado por Alejandro Magno al que aquél espeta: «[...] porque pirateo con un pequeño bajel, me llaman ladrón, y a ti, que con una armada imponente pirateas, te aclaman emperador».

53. Berdugo, 1981, p. 123.

54. La ley está publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de septiembre de 1939, pp. 5421 y ss.

55. *Gaceta de la República*, número 132, de 13 de mayo de 1937, pp. 667-668.

56. La expresión alude a los tribunales populares «extralegales» que predominaron durante el Sacro Imperio Romano Germánico.

57. Miguel, 2022, p. 25.

58. Tomo la cita de Wulf, 2022.

59. Laporta, 1999, p. 323.

60. Laporta, 2007, p. 151.

61. Ibídem, p. 67; y García Manrique, 2007, pp. 66-67.

62. STC 53/2002, de 27 de febrero, fundamento jurídico 7.

63. Discurso *Pro Cluentio*.

64. Calamandrei, 2020; John Adams, «A dissertation on the canon and the feudal law» (1765), disponible en <<https://founders.archives.gov/documents/Adams/06-01-02-0052-0007>>.

65. Rawls, 1971, p. 60.

1. Lo hizo el 18 de diciembre de 2019 ante el Senado de la república colombiana.

2. Véase <<https://news.un.org/en/story/2021/10/1104082>>.

3. «Elsa, la niña “trans” que ha dado una lección a los políticos en el Parlamento extremeño», *El Confidencial*, 5 de diciembre de 2019, <https://www.elconfidencial.com/espana/2019-12-05/menor-transexualidad-elsa-asamblea-extremadura-diversidad_2365871/>.

4. Sobre éste y sobre los problemas del tratamiento trans a los menores, me remito a mi libro *El laberinto del género: sexo, identidad y feminismo* (Alianza Editorial, Madrid, 2021) y al de Marino Pérez Álvarez y José Errasti *Nadie nace en un cuerpo equivocado: éxito y miseria de la identidad de género* (Deusto, Madrid, 2022).

5. El 18 de octubre de 2019 es el día en el que se produjo el estallido social en Chile que muchos cifran como inicio del proceso constituyente.

6. Véase <<https://www.youtube.com/watch?v=xWPqrMiplCw>>.

7.

Véase

<<https://www.elmostrador.cl/noticias/multimedia/2022/05/03/convencional-nicolas-nunez-realizo-votacion-en-la-comision-de-medio-ambiente-mientras-se-tomaba-una-ducha/>>.

8. Por Orden DSA/1009/2021, de 22 de septiembre, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (BOE de 27 de septiembre de 2021).

9. Con datos del INE de 2022, la población española de individuos entre diez y diecinueve años ronda los cinco millones.

10. He obtenido los párrafos de la sentencia del sitio de noticias argentino *Marca Informativa*: <<https://www.marcainformativa.com/justicia/juli-tenes-razon-el-increible-fallo-una-jueza-familia-n2646>>.

11. La comparecencia se produjo el 23 de abril de 2020, y se puede ver en <<https://www.youtube.com/watch?v=pJatDJNMam8>>.

12. Ésta es la información oficial del Instituto de la Juventud (INJUVE):
<<https://www.injuve.es/prensa/noticia/el-ministerio-de-derechos-sociales-y-agenda-2030-presenta-el-primer-campamento-para-jovenes-trans-organizado-por-el-gobierno>>.

13.

<<https://www.elmundo.es/espana/2023/05/06/645634e1fdddf14588b45c8.html>>.

14. Una de las juristas españolas más expertas e influyentes en la materia lo ha denominado un «tsunami»; véase García Rubio, 2018, p. 174.

15. De acuerdo con Terzi (2014), el *locus* más importante en el desarrollo de dicho modelo es la obra de Michael Oliver *Understanding disability: from theory to practice* (Palgrave, Inglaterra, 1996).

16. La proposición de ley, que sigue en este momento en el trámite de enmiendas, se puede consultar en el BOCG de 17 de septiembre de 2021.

17. Palacios y Romañach, 2006, pp. 106-107.

18. y pp. 102 y ss.

19. Ibidem, pp. 48-64.

20. El aclamado documental de Netflix *Crip Camp* (2020) recrea aquella experiencia y el activismo en el mundo de la discapacidad que allí germinó.

21. La comparecencia puede consultarse en
<[https://www.congreso.es/ca/busqueda-de-iniciativas?
p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciati
vas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XII&_iniciativas_id=219%2F00
1308](https://www.congreso.es/ca/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XII&_iniciativas_id=219%2F001308)>.

22. Esta tesis ya la había defendido antes Ignacio Calderón Almendros (Calderón, 2018).

23. Ibidem.

24. Francisco Bescós ha narrado su experiencia en *Las manos cerradas* (Sílex Ediciones, Madrid, 2020) y en la entrevista realizada por Juan Soto Ibars aparecida en *El Confidencial* el 21 de octubre de 2020, disponible en <https://www.elconfidencial.com/cultura/2020-10-21/paco-bescos-las-manos-cerradas-entrevista_2798255/>.

25. Véase el propio blog de la familia de Ashley: <<http://www.pillowangel.org/>>.

26. Y función es, desde el punto de vista biológico, la contribución causal estándar a un objetivo que el organismo persigue (Boorse, 1975, pp. 57-60).

27. Las Administraciones educativas continuarán prestando el apoyo necesario a los centros de educación especial para que éstos, además de escolarizar a los alumnos y alumnas que requieran una *atención muy especializada*, desempeñen la función de centros de referencia y apoyo para los centros ordinarios» (las cursivas enfáticas son mías).

28. No se trata de la utopía, sino de la no aceptación del principio de realidad, una realidad mucho más compleja de lo que se quiere aceptar; véase Bueno, 2006.

[29](#). Sobre los avatares del colapso de esa distinción, véase Munar, 2021, p. 178.

30. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.»

31. Con sagacidad, Alemany destaca que el Comité traiciona su propia posición «perspectivista» cuando entre sus miembros no hay un solo representante de la «discapacidad mental» pues son todas personas con diversidad funcional «física».

32. Appelbaum, 2019, p. 1.

33. Véase Alemany, 2018, pp. 202-204, y 2021.

34. La noticia la dio Telecinco; véase
<https://www.telecinco.es/noticias/espana/joven-discapacidad-convocada-formar-parte-mesa-electoral_18_2760720122.html>.

35. Se trata de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo.

36. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo.

37. STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023 (fundamento jurídico n.º 8).

38. (Las cursivas son más, porque, leída atentamente la recomendación, es clamorosa la ausencia de mención alguna a la incapacidad futura —sólo se alude a la «imposibilidad comunicativa»—, cosa que se reafirma en el inciso final cuando se alude la posibilidad de evaluación de la capacidad mental.)

[39](#). Como ejemplo de clamorosa incursión en tal falacia, véase Cuenca, 2021, p. 52.

40. No ocurre así, obviamente, cuando de alteraciones genéticas hablamos.

41. (La intervención de Txema Guijarro comienza en 1:48:10.) La cursiva enfática es mía.

42. Se alude con ello a lo que el ex primer ministro luxemburgués y presidente del Eurogrupo Jean-Claude Juncker expuso en un artículo en *The Economist* titulado «The quest for prosperity», publicado el 17 de marzo de 2007.

43. Véase el artículo 5 ter de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: «A fin de conciliar el derecho a la salud con el empleo, se reconoce a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de incapacidad temporal en los términos establecidos por el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre».

44. Así, el artículo 510.1 dispone: «Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, [la] hostilidad, [la] discriminación o [la] violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, [la] religión o [las] creencias, [la] situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad».

45. BOE de 13 de diciembre de 2021.

46. 31).

47. Andrés Durà, Raquel, «València se blindo contra el odio con sanciones contra el acoso en la calle o el silencio cómplice», *La Vanguardia*, 14 de septiembre de 2021, <<https://www.lavanguardia.com/local/valencia/20210914/7717148/valencia-blinda-odio-sanciones-acoso-calle-silencio-complice.html>>.

48. ¿Acaso no es una denuncia la «no denuncia» que consta oficialmente?

49. «La ley integral es mucho más que una ley penal [...]», ha afirmado la delegada del gobierno contra la Violencia de Género, Victoria Rosell, en su artículo «Los derechos y las derechas», aparecido en *Público*, el 22 de abril de 2023 (Rosell, 2023).

50. Los beneficiarios de esos derechos, que también incluyen ayudas económicas, al empleo o al acceso a la vivienda [artículos 39-42], son las personas comprendidas en el artículo 3.2, que menciona «mujeres, niñas y niños», no así hombres.

51. Así se pronunciaba la ministra de Igualdad Irene Montero en una comparecencia en el Senado en la que respondía a la oposición; véase «Irene Montero dice que “la mayoría” de los agresores sexuales en España “no pisan” un juzgado, y el PP insiste en su dimisión», Europa Press (web), 28 de marzo de 2023, <<https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-irene-montero-dice-mayoria-agresores-sexuales-espana-no-pisan-juzgado-pp-insiste-dimision-20230328191801.html>>.

52. La encuesta está disponible en
<<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>>.

53. Rosell, 2023, artículo cit.

54. Según el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía integral de la libertad sexual.

55. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

56. Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía integral de la libertad sexual.

57. El artículo 1.3 de la mencionada Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, establece los fines, entre los que hay, según reza en el punto a): «Mejorar la investigación, la recolección, la recopilación y la producción de datos [...] con el fin de estudiar y analizar su situación, sus causas estructurales y sus efectos, su frecuencia [...], así como la eficacia de las medidas adoptadas para aplicar esta ley orgánica».

58. En esa línea se manifestaron el presidente del gobierno y el portavoz del PSOE del Grupo Parlamentario Socialista, Patxi López; véase <<https://twitter.com/patxilopez/status/1649001266394136576>>.

59. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

60. Véase <<https://www.iberley.es/noticias/proposicion-no-ley-crear-un-permiso-laboral-acompanamiento-personas-riesgo-suicidio-32246>>.

61. Más sobre esto en el próximo capítulo.

62. Entre las más caracterizadas teóricas del feminismo y críticas con la «asistencia sexual» está Ana Pollán; entre sus publicaciones está la siguiente: <<https://tribunafeminista.org/2017/04/cinco-mitos-sobre-la-asistencia-sexual/>>.

1. Ruiz, 2016, pp. 81-84.

2. Rodríguez Fernández, 2022, pp. 20 y ss.

3. Ignatieff, 2001, pp. 66-67.

4. Rodríguez Fernández, 2022, pp. 22-23; y Atienza, 2022, pp. 39 y 77.

5. *La crisis del humanismo*, p. 88; véanse también las pp. 83 y 165. En esa misma tradición iusnaturalista católica española y contraria a la ideal liberal de los derechos subjetivos se enmarca la tesis doctoral de José Calvo Sotelo publicada en esa época (Calvo Sotelo, 1917). Y, por supuesto, en la tradición conservadora recelosa de la Revolución francesa y los «derechos del hombre» que encarnó Burke o, en nuestros pagos, Donoso Cortés, como pone de manifiesto el reciente y luminoso estudio de Álvaro Delgado-Gal *Los conservadores y la revolución* (Alianza Editorial, Madrid, 2023; véanse pp. 60-61, 70-71 y 137-138).

6. Simón, 2022, p. 158.

7. Atria, 2023, p. 168.

8. Así lo cuenta Fernando Martínez, historiador del derecho (Martínez, 2016).

9. Bentham [1789], 1970.

10. Es Peter Singer, el filósofo australiano, el que con mayor influencia y persistencia ha portado la antorcha de Bentham en su obra filosófica, muy densa por otro lado. Baste mencionar su primigenia obra *Animal liberation* (HarperCollins, 1975); véase Singer, 1975 (hay traducción castellana). Modestamente me ocupé de la cuestión en 2003.

11. Simón, cit., pp. 158-165.

12. Esas alternativas se conocen en la literatura iusfilosófica como «teoría del interés», defendida por Ihering en *El espíritu del derecho romano*, y como «teoría de la voluntad», especialmente defendida por uno de sus máximos exponentes, H. L. A. Hart; sobre todo ello, véase Atria, 2023, pp. 177-185.

13. Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* [1797], Tecnos, Madrid, 1994, p. 310.

14. Atria, 2023, p. 188; y Atienza, 2022, p. 146.

15. Me refiero principalmente a la obra pionera de Barry Commoner y al Informe del Club de Roma *Los límites del crecimiento* (1972).

16. Véase <<https://valenciaplaza.com/adoracion-guaman-entrevista>>.

17. Stone, 1972.

18. Tănăsescu, 2022, p. 22.

19. Lambooy, Venis y Stokkermans, 2019.

[20.](#) Sentencia T-622/16 de la Corte Constitucional.

21. Mill [1874], 1998.

22. García y Lozano, 2022.

[23](#). Así, véase el artículo 7.3 de dicha Ley.

24. García Figueroa, 2022.

25. Así lo destaca oportunamente García Figueroa, *ibídem*.

26. A finales de agosto del 2019 proliferaban los incendios. «El capitalismo es incompatible con la vida», rezaba un tuit que publicó Izquierda Unida el 22 de agosto de 2019, junto al eslogan: «No es fuego, es capitalismo»; <<https://twitter.com/iunida/status/1164624967138533378>>.

27. La intervención completa de Herrero en el Parlamento Europeo está en
<https://twitter.com/yayo_herrero/status/1259185085372411909> y
<[https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-191070?
lg=ES&tin=1610&tout=2150](https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-191070?lg=ES&tin=1610&tout=2150)>.

28. Rawls, 1993, p. 14.

29. En su novela de 1992 *The children of men* (*Los hijos de los hombres*), llevada al cine por Alfonso Cuarón con el título *Hijos de los hombres* (2006), película en la que se narran los efectos disruptivos de la infertilidad general de la especie humana.

30. Con o sin cambio o emergencia climática, y hasta tanto no alcancemos la inmortalidad, morir, moriremos todos.

31. Scheffler, 2013.

32. Zamora, 2021, pp. 101 y ss.

33. Véase el reciente tratamiento que Catia Faria hace de ello (Faria, 2023).

34. Artículo 333 y 333 bis del Código Civil.

35. Artículos 111 y 605 de la Ley Hipotecaria.

36. El cerdo fue la especie elegida en la mordaz recreación que de la deriva del comunismo hizo George Orwell en *Rebelión en la granja*, un animal capaz de modular sus compromisos iniciales para beneficio propio y conservación de sus privilegios. Recuerde el lector: los iniciales mandamientos con los que se protegía a todos los animales de granja frente al tirano granjero *Homo sapiens sapiens*, se acaban convirtiendo en el apotegma «todos los animales son iguales pero algunos son más iguales que otros».

37. Se trata de la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo.

38. Faria, 2023, pp. 36-37.

39. Para lo cual, como buena pieza de legislación santimonia que es, se crea un Consejo Estatal de Protección Animal, una Estadística de Protección Animal y un Plan Estatal de Protección Animal.

40. Artículo 1.3 de la Ley Orgánica 7/2023.

41. De nuevo, no es exagerado conjeturar que, con ello, el legislador exhibe nuevamente «músculo moral»: los animales, pero sólo los de compañía, y, de entre éstos, un subconjunto no se «cosifican».

42. Artículo 25 f) de la Ley Orgánica 7/2023. En un alarde de impostura y de exhibición de virtud, se añade: «Sin que este precepto cuestione el derecho de las personas sin hogar a ir acompañadas de sus animales de compañía». ¿Qué se quiere decir exactamente? ¿Está o no está permitido? ¿Qué significa «cuestionar»? ¿Se trata de una excepción explícita a una regla general? Se trata, cabe conjeturar, de que el legislador constata su buen corazón.

43. Véase el artículo 340 bis del Código Penal.

44. Sentencia C-336/19.

45. Así le resulta también a Manuel Atienza, que apuesta por una visión «gradual» del estatuto moral y de la dignidad atribuible a los animales no humanos; en relación a los más próximos a nosotros en la posesión de características moralmente relevantes, se podría hablar de dignidad «precaria» o «incipiente», y en cuanto a sus «derechos», derechos no «en sentido pleno», no equiparables a los derechos que asignamos a los miembros de la especie humana. Véase Atienza, 2022, pp. 39 y 142-150.

46. Poder instar a un juez a que ordene la presentación de un detenido presuntivamente privado de su libertad arbitrariamente.

47. En especial la de los grandes simios: chimpancés, bonobos, orangutanes y gorilas. El llamado Proyecto Gran Simio, liderado por Peter Singer y Paola Cavalieri, propugnaba conceder a dichas especies sus derechos básicos a la vida, integridad física (prohibición de tortura) y libertad.

48. Así lo han defendido Will Kymlicka y Sue Donaldson (Kymlicka y Donaldson, 2013) y, más recientemente, Pablo Magaña en su tesis doctoral (Magaña, 2022).

49. Éstas son las cuatro posiciones normativas que, de acuerdo con el jurista estadounidense Wesley Hohfeld, engloba el paraguas del término *derecho*. A cada una de ellas corresponde una posición normativa correlativa (no-derecho, incompetencia, sujeción y deber). Quien tiene un «privilegio» tiene un permiso para hacer o no hacer sin que ello implique que los demás no puedan interferir en su acción (es lo que ocurre con la libertad de suicidarse); quien tiene un «poder» puede cambiar los derechos y deberes de otros (cualquier autoridad, árbitro, etcétera); aquellos que gozan de una «inmunidad» pueden o no hacer algo sin que nadie pueda impedirselo, y quien tiene una «pretensión» tiene la capacidad de obligar a otros a hacer algo. (Véase Hohfeld, 1913; y, de la vasta literatura sobre el análisis hohfeldiano, véase Fernández Núñez, 2022.) Al respecto de la importancia de las tesis de Ockham en la emergencia del moderno concepto de derecho subjetivo, véase, de entre la vastísima literatura, la reciente explicación de Fernando Simón (Simón, 2022, pp. 138 y ss.).

50. Rodríguez Fernández, 2022, pp. 46-47.

51. Ihering, 2018, pp. 80-81. (Las cursivas en la cita son más.)

52. Así, para todas, la provocadora política pública esbozada por John Harris (Harris, 1975) o la mucho más seria y sofisticada apuesta de Cécile Fabre por la confiscación de riñones (Fabre, 2006).

53. Ferrajoli, 2010, p. 46.

54. Ibidem, pp. 47-48.

55. Con parecido espíritu crítico, véase Atienza, 2022, pp. 45-46.

56. La libertad tiene una «prioridad lexicográfica» en los términos de John Rawls, es decir, no hay balance o ponderación entre libertad e igualdad (Rawls, 1971, p. 43).

57. Rodríguez Fernández, 2022, p. 221.

58. Ibidem, p. 216.

59. Por todos, Ignatieff, 2001, p. 5.

60. Dworkin, 1993.

61. Ignatieff, 2001, pp. 55, 57.

62. Simón, 2022.

63. En la historiografía convencional es frecuente referirse a la Carta Magna inglesa de 1215, al Bill of Rights de 1689 y, por supuesto, a las grandes declaraciones de las Revoluciones estadounidense —Declaración de Independencia de 1776, Bill of Rights de la Constitución de 1787— y francesa —Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

64. El original apareció en francés y después en inglés bajo el título *Anarchical fallacies: being an examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution*, en 1838, aunque el título *Nonsense upon stilts* era el preferido por Bentham, y así se recoge ahora en la edición canónica de sus obras completas; al respecto, véase Schofield, 2003, p. 1, nota 2.

65. Burke, 1790 [citado según Bennett, 2017], p. 33.

66. Atienza, 2008, p. 12.

67. Ibidem, p. 19.

68. Samuel Moyn ha destacado que Ivor Jennings, un importante jurista británico que participó en la redacción de varias constituciones de las excolonias británicas durante el proceso de descolonización, señalaba con indisimulada superioridad que «no podía garantizarse [que esos países] adquirirán el tipo de intuición que nos permite a nosotros reaccionar casi por instinto contra las interferencias en contra de nuestras libertades fundamentales»; véase Moyn, 2010, posición 1292.

69. Enmienda presentada el 13 de mayo de 1948.

70. Ídem.

71. Moyn, 2010, posición 9.

72. Ibídem, posición 50.

73. Atienza, 2001, pp. 206-207.

74. Hierro, 2002.

75. Citado en Ignatieff, 2001, p. 53.

76. Así, Nigel Biggar, 2019.

77. Moyn, 2010, posición 1382.

78. Gargarella, 2022, p. 283.

79. Ibidem, p. 163.

80. Véase <<https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/derechos-humanos-emergentes/declaracion-universal-de-derechos-humanos-emergentes.php>>. Véase la entrevista concedida por Adoración Guamán, profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia y directora general de coordinación de la Consejería de Vivienda, al diario *Valencia Plaza* el día 10 de mayo de 2020 a la que aludí con anterioridad: <<https://valenciaplaza.com/adoracion-guaman-entrevista>>.

81. Hierro, 2002, pp. 35-36.

82. En conversación particular.

83. Finnis, 1980, p. 211.

84. Simón, 2022, pp. 154-155.

85. Ignatieff, 2001, p. 20.

86. Así en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2023 (fundamento jurídico 3).

1. Dworkin, 1977, p. 269.

[2.](#) Véase *supra* nota 202.

3. Así en declaraciones a *Semana* el 25 de octubre de 2016:
<<https://www.semana.com/nacion/articulo/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-dice-que-plebiscito-no-era-necesario/501096/>>.

4. Gargarella, 2022, pp. 170, 174-176 y 208-209.

5. Austin, 1995 (1832), p. 157.

6. Artículo 8.1 a) del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre.

7. Se trata de la STC 341/1993, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, vulgarmente conocida como la de «la patada en la puerta» o la «ley Corcuera», en alusión a José Luis Corcuera, quien entonces era ministro del Interior del gobierno socialista.

8. Atienza y García Amado, 2012, pp. 39-46.

9. Atienza, 1997, p. 15.

10. Atienza, 1997, pp. 13-15.

11. El caso fue propuesto por Philippa Foot en 1967 (Foot, 1967). Ulteriores versiones fueron las de Judith Jarvis Thompson y Frances Kamm, entre otras muchas. La literatura es hoy ingente y ha dado lugar, de hecho, a todo un género. Sobre la génesis del experimento, véase David Edmonds, 2015.

12. Se trata de la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 5 de febrero de 2006.

13. Artículo 2 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de la ONU. No deja de ser interesante recordar que estas restricciones categóricas se aplican sobre millones de ciudadanos que profesan una fe religiosa que incorpora el anuncio de que muchos de ellos sufrirán tormentos eternos en la otra vida, de acuerdo con lo que dispone el catecismo de la Iglesia católica en su epígrafe 1035: «Las almas de los que mueren en estado de pecado mortal descienden a los infiernos inmediatamente después de la muerte y allí sufren las penas del infierno, “el fuego eterno”».

14. Atienza y García Amado, 2012, pp. 46-50.

15. Sobre el caso Daschner (un comisario juzgado y condenado por amenazas de tortura a un sospechoso de secuestro, que finalmente resultó ser culpable), véase Molina, 2006. Fernando Molina sí apuesta por la prohibición categórica, en todo caso, de la tortura.

16. Molina, 2006.

17. Sussman, 2005.

18. Se trata del escenario en el que un terrorista es torturado para que indique dónde se encuentra una bomba programada que al explotar matará a miles de seres humanos.

19. En una conferencia en 2005, que se puede ver en <<https://www.youtube.com/watch?v=ZwduZXueBVQ&t=2926s>>. Un ejemplo muy parecido ha sido usado también por Juan Antonio García Amado para poner contra las cuerdas a quienes mantienen la asimetría entre la legítima defensa de tercero mediante la muerte y la legítima defensa de tercero mediante la tortura (García Amado, 2016, pp. 30-31).

20. De hecho, así lo hizo el grupo terrorista Exèrcit Popular Català (EPOCA) en 1977 con el empresario José María Bultó, y, en 1978, el Front Nacional de Catalunya con el exalcalde de Barcelona Joaquín Viola Sauret.

21. Ignatieff, 2001, p. 20.

[22.](#) Simón, 2022, p. 142.

23. «Abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.»

24. Véase <https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_25_2023.pdf>.

25. Sentencia de la Audiencia Nacional 5305/2019. Un estudio reciente (2023) del administrativista Gabriel Doménech y el economista Juan Luis Jiménez sobre esas reclamaciones muestra algunos resultados perturbadores. Así, desde 2019, la cuantía diaria se ha reducido significativamente (un 87 por ciento), y tiene una relación inversamente proporcional con el tiempo que se haya permanecido en prisión preventiva; en todo caso, resulta irrisoria. Además, el monto es discriminatorio entre quienes son funcionarios (especialmente del Cuerpo Superior de Policía) y quienes no lo son, pues estos últimos obtienen sustancialmente menos. Los primeros, además, siguen cobrando buena parte de sus retribuciones mientras están en prisión, y recuperan fácilmente todo lo perdido al reincorporarse a su puesto. Véase <<https://nadaesgratis.es/juan-luis-jimenez/cuanto-vale-para-los-jueces-espanoles-el-tiempo-pasado-en-prision-preventiva>>.

26. Véase <<https://twitter.com/ierrejon/status/1370393107490017286>>. El tuit es de 12 de marzo de 2021. Se trata del mismo tipo de defensa de la libertad, la «igualibertad», como ese «bailar encadenados» que Jorge Riechmann ha defendido recientemente (Riechmann, 2023).

[27](#). Rodríguez Fernández, 2022, pp. 314-316. Se trata de la STC 85/2019.

28. Ibídem, p. 272. Del mismo modo se pronunció en su día Rodríguez de Santiago, 2006.

29. Así, Sen, 1979, y Rawls, 1971.

30. Por más que frecuentemente se invoque como una razón deontológica la de imponer un dique a la tortura en la forma de una prohibición jurídica categórica. Y es que en el fondo, como sostuvo célebremente John Rawls, toda teoría moral sería es consecuencialista; véase Rawls, 1971.

31. Waldron, 2005, p. 1727.

32. Molina, 2006; y Waldron, 2005, pp. 1701-1702.

33. García Amado, 2016, pp. 33-35. En el mismo sentido se ha manifestado Fernando Molina (2006) cuando defiende el efecto oclusivo, que, en el caso de la tortura, debería operar de la manera absoluta que establece el artículo 2 del Convenio contra la Tortura. La ponderación ya se hizo, y no hay excepciones ni indicaciones que puedan introducirse *ex post* por parte de los aplicadores del derecho.

34. García Amado, 2016, p. 54.

35. Simón, 2022, p. 145.

36. Simón, 2017, p. 103.

37. Ibidem, p. 104.

38. Ídem.

39. Así, Moreso, 2019, pp. 433 y ss.

1. Luna, 2015, p. 34.

2. Pérez Castellanos, 2012, p. 49.

3. Loughlin, 2022, p. 32. En el mismo sentido, véase Ferrajoli, 2010, p. 67.

4. Dixon, 2018, p. 767.

5.

Véase

<<https://twitter.com/RichardAlbert/status/1377406781589164036/photo/1>>.

6. Loughlin, 2022, p. 191.

7. Ferrajoli, 2008.

8. Sin entrar en muchos detalles historiográficos y teóricos, es preciso remontar a la obra de John Austin *The province of jurisprudence determined* (1832) el acta de bautismo del positivismo jurídico, y a algunas ideas de Thomas Hobbes y de la Escuela Histórica de Savigny, las semillas de lo que resulta embrión del positivismo. Sobre todo ello, véase Bobbio, 1993, y Ruiz Miguel, 2002.

9. Bachoff, 1963, p. 15.

10. La cita la tomo del propio Bachoff, 1963, p. 16.

11. Laporta, 1999, p. 322. Loughlin se refiere, en la misma línea, a la era en que vivimos como de «Constitución total», puesto que todos los conflictos jurídicos y políticos se encuentran «constitucionalizados»; véase Loughlin, 2022, p. 131.

12. Loughlin, 2022, p. 163.

13. Bachoff, 1963, pp. 35-36.

14. Ibidem, p. 38.

15. Loughlin, 2022, p. 14.

16. Ídem.

17. Cito por la edición de la Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2017, p. 128.

18. Hale, Charles, *El liberalismo mexicano en la época de Mora*, Siglo XXI Editores, Ciudad de México, 1972, p. 81. (He tomado la cita de Yturbe, 2020, p. 34.)

19. Yturbe, 2020, p. 34.

20. Alterio, 2020, p. 36.

21. Couso, 2013; Salazar, 2013, p. 349.

[22.](#) Así, Fernando Atria, en relación con la Constitución de Chile de 1980; véase Atria, 2013, pp. 39-41.

23. Así se plasma en el artículo 444 de la Constitución ecuatoriana, el 411 de la boliviana y el 347 de la venezolana.

24. Viciano y Martínez Dalmau, 2011, p. 11. Véase también Viciano *et al.*, 2012.

25. En ese sentido, Ulrich K. Preuss dice que una Constitución es «[...] la aniquilación del poder constituyente y, al [mismo] tiempo, su perfección»; Preuss, 2007, p. 218. El «poder constituyente», es decir, el que logró promulgar una Constitución vigente conserva, ineluctablemente, un cierto aire paradójico. Es un poder «no reglado» por definición. Como en feliz metáfora describe Fernando Atria en *La Constitución tramposa* (p. 39), el agente político «se da a luz a sí mismo», «se nace». Pero, además sólo se manifiesta o evidencia retrospectivamente, al modo en el que Schopenhauer se refería al sentido de la vida humana (se vive prospectivamente, pero la vida sólo adquiere sentido retrospectivamente). Es decir el *We the People* del preámbulo de la Constitución estadounidense sólo lo es cuando así sea reconocido por la generación futura, el *They the People*, precisamente mediante el ejercicio de los poderes conferidos por el *We the People*. En definitiva: sólo llegará a ser poder constituyente el que se haya ejercido en el acto constituyente como si ya lo fuera. Sobre ello, véase, para todos, Lindahl, 2007, p. 19.

26. Möllers, 2007, pp. 87-88.

27. Viciano y Martínez Dalmau, 2011, p. 5

28. Noguera, 2012, p. 161.

29. Celebrado por Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau; véase Viciano y Martínez Dalmau, 2011, pp. 13-14.

30. Me permito una referencia a mi, ya antigua, obra *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la filosofía del derecho*, de 1998.

31. Alterio, 2020, p. 37 (las cursivas enfáticas son más).

32. Preuss, 2007, p. 220.

33. No pocos constitucionalistas han tildado dicho Decreto de flagrantemente inconstitucional, una discusión en la que no cabe ahora entrar. Repárese en que, en los análisis de los entusiastas del NCL, como el constitucionalista y diputado de Unidas Podemos Gerardo Pisarello, la oposición es siempre montaraz, un bloqueo o escollo, y al otro lado hay «movimientos populares de resistencia». Véase Pisarello, 2009.

34. El Decreto se publicó en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* número 6.295, extraordinario, de 1 de mayo de 2017.

35. El artículo 101 de la Constitución de Ecuador reza: «Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados serán públicas, y en ellas existirá la silla vacía que ocupará una representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones».

36. Alterio, 2020, pp. 144-146.

37. Pisarello, 2009. Véanse, en esa misma línea, las disecciones de Alterio, 2020, p. 59, y Noguera, 2012, p. 103.

38. Atria, 2013, p. 25.

39. Tomo la cita de Fernando Atria en *La Constitución tramposa* (Atria, 2013).

40. Carozza, 2007, p. 175.

41. No exagero: en la propaganda política partidaria de rechazar el texto el lema era: «Voy a rechazar porque será el triunfo del amor».

42. Müller, 2022.

43. El artículo 6 del proyecto de Constitución chileno de 2022 se refiere a la igualdad sustantiva de «mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género». Admitida la distinción entre sexo y género, ¿qué distingue a las «diversidades sexuales y de género» de las «disidencias»? ¿Se refieren en el primer caso a la orientación sexual y en el segundo a la identidad sexual, a la condición «cis» o trans» de los ciudadanos? Y lo más importante: ¿cómo conjugar todo ello con las promesas paritarias entre hombres y mujeres que pueblan el texto constitucional? Sin ir muy lejos, ese mismo artículo 6, en su inciso dos, establece que: «Todos los órganos colegiados del Estado, los autónomos constitucionales, los superiores y directivos de la administración, así como los directorios de las empresas públicas y semipúblicas, deberán tener una composición paritaria que asegure que, al menos, el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres».

44. Proyecto de Constitución chileno de 2022, artículo 8.

45. Ibídem, artículo 181.

46. El artículo 29 del proyecto de Constitución de Chile proclama: «El Estado reconoce la neurodiversidad»; y el artículo 30.3 se refiere a los derechos a la salud reproductiva de las mujeres y «personas gestantes».

47. Salazar, 2013, p. 357.

48. «Toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada, saludable, suficiente, nutricionalmente completa y pertinente culturalmente», señala el artículo 56 del proyecto de Constitución chileno.

49. Salazar, 2013, pp. 361-363.

50. Gargarella, 2022, p. 246.

51. Ibídem. El ciudadano boliviano, según ejemplifica Gargarella, partidario de la impronta indigenista de la Constitución boliviana tuvo que «tragarse» una forma extrema de presidencialismo.

52. Pisarello, 2009.

53. Ortega Soriano, 2020, pp. 287-323.

54. He tomado la cita de Ortega Soriano, 2020, p. 304. (La cursiva enfática es mía.)

55. Dixon, 2018, pp. 771 y 791-795.

56. Becker, 2013.

57. No deja de haber un cierto tufo elitista en esta condescendencia: como si no cupiera presumir del «pueblo» su pulcritud o instrucción.

58. Viciano y Martínez Dalmau, 2011, pp. 16-18.

59. Pisarello, 2009.

60. Pisarello, 2009.

61. El término lo popularizó el constitucionalista estadounidense Alexander Bickel. Sobre el particular la bibliografía es ingente. Véase Bickel, 1962.

62. Es la Sentencia Constitucional Plurinacional 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017.

63. Alterio, 2020, pp. 156 y ss.

64. Noguera, 2012, p. 174. (Las cursivas enfáticas son más.)

65. En 1996, una de sus primeras obras de una larga lista.

66. Gargarella, 2022, pp. 21 y 187.

67. Ibídem, pp. 188-189. En su reseña al libro de Gargarella, Moreso (2022) consigna que, efectivamente, el relativo éxito comparativo del Estado social en Europa no se debe a la existencia de profusas declaraciones de derechos y mecanismos de control constitucional con jueces activistas, sino a la existencia de una administración «weberiana» y un sistema fiscal redistributivo eficaz.

68. Ibidem, p. 190.

69. Ibídem p. 312. Se refiere Gargarella a las excepciones que la Corte Constitucional de Ecuador aceptó en relación con la minería en el caso n.º 0038-13-IS (2013).

70. Ibidem, p. 320.

71. Ibídem, p. 315.

72. Nogueira López, «No es función judicial fijar la lengua vehicular ni los contenidos educativos», en Agenda Pública, *El País*, 20 de diciembre de 2021; <<https://agendapublica.elpais.com/noticia/16172/no-es-funcion-judicial-fijar-lengua-vehicular-ni-contenidos-educativos>>. Véase también, Nogueira López, Alba, «Lengua y separación de poderes», *El País*, 6 de junio de 2022; <<https://elpais.com/opinion/2022-06-06/lengua-y-separacion-de-poderes.html>>.

73. La tesis de la falibilidad de los órganos de vigilancia constitucional es tildada felizmente por Josep Joan Moreso como «doctrina Julia Roberts», en alusión a una célebre interpelación de esa actriz en la película *El informe pelícano*; véase Moreso, 2010.

74. Gargarella, 2022, pp. 252-253.

75. Ibidem, pp. 253-255.

76. Mediante la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (Ley n.o 27.610 publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina* de 15 de enero de 2021), el aborto está ahora permitido en Argentina hasta la semana 14 de gestación, y será cubierto por el sistema sanitario público. Fuera de dicho plazo, el aborto está permitido si el embarazo «fuere resultado de una violación» y cuando «estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante».

77. Gargarella, 2022, p. 268.

78. La redacción del artículo 86 del Código Penal argentino adolecía de una ambigüedad sintáctica, pues no resulta claro si se trata de una disyunción de circunstancias (embarazo fruto de una violación o embarazo sobre una mujer «idiota o demente») o de una conjunción de éstas, siendo entonces que el aborto será impune cuando sea el fruto de una violación a una mujer «idiota o demente». La controversia se agudizó en el caso F., A. L. s/medida autosatisfactiva, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2012, en el que se juzgaba la petición de interrupción voluntaria del embarazo de una menor violada en la provincia de Chubut. La Corte se decantó por la primera de las interpretaciones. Sobre todo ello, véase Alonso, 2012.

79. «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción [...].»

80. Allí se dice que niño es «todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad».

81. La entrevista se publicó en el *Corriere della Sera* el 8 de mayo de 1981: «Giulio Nascimbeni entrevista Norberto Bobbio nel 1981 alla vigilia del referendum sull'aborto», disponible en <<https://www.gliscritti.it/blog/entry/1954>>.

[82](#). Sentencia de la Corte Constitucional C-055/22, de 21 de febrero de 2022, par. 403.

83. Sin embargo, y como indiqué páginas atrás, el Tribunal Constitucional español considera que ese «óptimo» se puede dar antes: hasta la semana 14 de gestación.

84. Sentencia n.º 10-18-CN/19 y Sentencia n.º 11-18-CN/19.

85. En la nueva doctrina constitucionalista latinoamericana, tal principio se entiende como la interpretación de las normas jurídicas que haga mayor el alcance y la extensión de los derechos fundamentales.

86. La cita procede de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-055/22, de 21 de febrero de 2022.

87. Ley Orgánica 2/2010, recientemente declarada conforme con la Constitución.

88. Mississippi's Gestational Age Act; véase Miss. Code Ann. §41-41-191 (2018).

89. 597 US (2022).

90. Fundamentalmente, *Planned Parenthood v. Casey* 505 US 833 (1992).

91. Así, *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965); *Lawrence v. Texas* 539 US 558 (2003); y *Obergefell v. Hodges* 576 US 644 (2015).

92. Además, abunda la Corte, el aborto no forma parte de los derechos «profundamente enraizados en la historia de la nación o en la tradición», sino más bien al contrario.

93. Sentencia Dobbs contra Jackson, pp. 14 y 65.

94. Véase Gargarella, 2022a. Las razones, aparte de su crítica a la lectura «originalista» de la Constitución, radican en que su apuesta «mayoritarista» frente a las instituciones elitistas o contramayoritarias, como la Corte Suprema, no se traduce por «debate legislativo» sino «público» o de la ciudadanía. Y ello porque tales asambleas o legislaturas están frecuentemente cooptadas por élites y oligarquías. Además, en la sentencia Dobbs contra Jackson, la Corte se mostraría inconsistente con otros supuestos muy recientes en los que sí se sobrepuso a la decisión mayoritaria del legislador estatal.

95. Opinión disidente de los jueces Breyer, Kagan y Sotomayor; sentencia Dobbs contra Jackson, p. 7.

96. Ferrajoli, 2010, pp. 15-16.

97. Waldron, 1999, p. 303.

98. Dworkin, 2008.

99. El propio Gargarella ha mostrado repetidamente sus simpatías por esta aproximación deudora del planteamiento del constitucionalista John Hart Ely en *Democracy and distrust: a theory of judicial review* (Harvard University Press, Estados Unidos, 1980).

100. Así ocurre en Canadá por aplicación de la *notwithstanding clause* (sección 33 de la Canadian Charter of Rights and Freedoms) que permite al Parlamento aprobar ciertas leyes con una inmunidad temporal frente al posible juicio de inconstitucionalidad de la Corte Suprema.

101. Al modo en el que el constitucionalista estadounidense James Bradley Thayer propuso en los momentos de la emergencia del constitucionalismo estadounidense; véase Thayer, 1893.

102. Así lo sugerí, modestamente, en mi colaboración en *Constitución: problemas filosóficos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid).

103. Véase Bayón, 2004, pp. 97-98.

1. Véase <<https://twitter.com/sanchezcastejon/status/1006184112963670016?lang=es>>.

[2.](#) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* del 29 de agosto de 2019,
p. 14.

3. Ibidem, p. 19.

4. El artículo 4 del Protocolo número 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

5. Parágrafo 242.

6. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, p. 41.

7. Atienza y García Amado, 2012, pp. 19-20.

8. Guerra, 2013, pp. 76 y 82-83. En el mismo sentido, véase Ferrajoli, 2010, p. 31.

9. Carens, 1987.

10. Ferrajoli, 2010, p. 32.

11. Atienza y García Amado, 2012, pp. 20-25.

12. Rawls, 1993, p. 243.

Los derechos en broma

Pablo de Lora

La lectura abre horizontes, iguala oportunidades y construye una sociedad mejor. La propiedad intelectual es clave en la creación de contenidos culturales porque sostiene el ecosistema de quienes escriben y de nuestras librerías.

Al comprar este ebook estarás contribuyendo a mantener dicho ecosistema vivo y en crecimiento.

En **Grupo Planeta** agradecemos que nos ayudes a apoyar así la autonomía creativa de autoras y autores para que puedan seguir desempeñando su labor. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra. Puede contactar con CEDRO a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 91 702 19 70 / 93 272 04 47.

© del diseño de la portada: Sylvia Sans Bassat

© Pablo de Lora, 2023

© Centro de Libros PAPF, SLU., 2023

Deusto es un sello editorial de Centro de Libros PAPF, SLU.

Av. Diagonal, 662-664

08034 Barcelona

www.planetadelibros.com

Primera edición en libro electrónico (epub): septiembre de 2023

ISBN: 978-84-234-3647-7 (epub)

Conversión a libro electrónico: Realización Planeta

**¡Encuentra aquí tu próxima
lectura!**



¡Síguenos en redes sociales!

