

diciembre 2022

Perfecto Andrés Ibáñez

El del Consejo: un golpe en patética busca de justificación

Luigi Ferrajoli

El futuro del constitucionalismo

Alain Supiot

La democracia, extenuada por el mercado

Silvina Álvarez Medina

El consentimiento sexual afirmativo y los estándares probatorios

Rosa María Sánchez Carretero

El derecho a la conciliación de la vida personal y familiar de los jueces

José Ricardo de Prada

Discriminación y racismo en Perú (I)

Christian Courtis

Condenas a España del Comité DESC en materia de vivienda

Florentino Egvaras

El pluspositivismo

José Antonio Martín Pallín

La guerra de los jueces

Antonio Giménez

Un diálogo con Pasolini

Montserrat Galcerán

Rossana Rossanda: comunista sin carnet

Jorge Guillén

Actualidad de Keynes

Dossier. Reflexionando sobre el derecho a la salud

Otilia Bisbal

Ser médico en el Siglo XXI

Félix Pantoja

El Ministerio Fiscal y las víctimas de accidentes de trabajo

Nuria Alabao y Ernest Cañada

Dejarse la vida en el trabajo

Fernando Santos Urbaneja

La doble cara de la salud mental

1/6

Este número es indicativo del riesgo del producto siendo 1/6 indicativo de menor riesgo y 6/6 de mayor riesgo.

Banco Santander está adscrito al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Para depósitos en dinero el importe máximo garantizado es de 100.000 euros por depositante en cada entidad de crédito.



En el Santander os tenemos en cuenta.

Por ello, tenemos una cuenta que se adapta a ti: la **Cuenta Corriente Colectivos del Santander**, sin comisión de administración ni mantenimiento de la cuenta¹, sin comisión por transferencias en euros, nacionales y UE realizadas por internet, banca móvil o cajeros.

No aplica a urgentes e inmediatas, y con las tarjetas*:

- **Tarjeta Crédito Santander**
Todo lo que necesitas en una única tarjeta.
- **Tarjeta Débito Santander²**
Sin comisión de emisión ni de mantenimiento.

También tenemos una **oferta preferente de financiación** para ti.

Infórmate en el **915 123 123** o en nuestras oficinas.

1. Cuenta no remunerada. TIN 0% **TAE 0%**. Para un supuesto de que se mantenga de forma constante durante 1 año un saldo diario de 7.000€, aplicando un tipo de interés nominal anual de 0% y una comisión de mantenimiento de 0€. 2. Concesión de la tarjeta sujeta a previa aprobación del Banco. Esta tarjeta permite el pago aplazado. Ten en cuenta que, si eliges una cuota demasiado baja, tu deuda puede alargarse en el tiempo más de lo previsto, ya que la cuota mensual se destinará en primer lugar al pago de intereses y comisiones y en una cantidad menor a la amortización del capital. Recuerda usar tu tarjeta de crédito de forma responsable. El uso abusivo de financiación implica un riesgo de sobreendeudamiento con consecuencias a largo plazo que pueden afectar a tu planificación financiera.

*Consulta resto de condiciones en tu oficina más cercana.

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 105 diciembre 2022

EDITA: **Juezas y Jueces** *para la* **Democracia**

En este número: Álvarez Medina, Silvina. Profesora Filosofía del Derecho, U. Autónoma Madrid
Alabao, Nuria. Antropóloga y periodista
Andrés Ibáñez, Perfecto. Magistrado emérito del Tribunal Supremo
Bisbal, Otilia. Médica internista, Hospital 12 de octubre, Madrid
Cañada, Ernest. Investigador post doctoral en la U. de Islas Baleares
Courtis, Christian. Profesor Filosofía Derecho, Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los DDHH
De Prada, José Ricardo. Magistrado, Audiencia Nacional
Ferrajoli, Luigi. Filósofo del Derecho
Galcerán, Monserrat. Filósofa
Giménez Merino, Antonio. Filósofo del Derecho, Universidad Barcelona
Guillén, Jorge. Magistrado laboralista
Eguaras Mendiri, Florentino. Magistrado, Tribunal Superior Justicia País Vasco
Martín Pallín, José Antonio. Magistrado emérito Tribunal Supremo
Sánchez Carretero, Rosa María. Profesora Derecho del Trabajo, U. Sevilla
Santos Urbaneja, Fernando. Fiscal especializado en Discapacidad. Córdoba
Supiot, Alain. Jurista y sociólogo (Collège de France)

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Jueces y jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto Andrés Ibáñez, Joaquim Bosch Grau, Esther Erice Martínez, José María Fernández Seijo, José Miguel García Moreno, Javier Hernández García, Marcos Marco Abato, Ascensión Martín Sánchez, Fátima Mateos Hernández (secretaria de redacción), Luis Carlos Nieto García, Amaya Olivas Díaz (codirectora), Concha Roig Angosto, Ramón Sáez Valcárcel (codirector) y Yolanda Rueda Soriano.

El dossier ha sido coordinado por Amaya Olivas.

Las imágenes pertenecen al artista Alfred Kubin (escritor e ilustrador expresionista austriaco, 1877-1959)

Consejo asesor: Manuel Atienza (U. Alicante), Antonio Baylos Grau (U. Castilla la Mancha), José Luis Díez Ripo-llés (U. Málaga), Cristina González Beifuss (U. Barcelona), Juan Igartua Salaverria (U. País Vasco), Elena Larrauri Pijoan (U. Pompeu i Fabra), Javier Andrés González Vega (U. Oviedo).

Directrices para los autores: las normas de estilo se encuentran publicadas en nuestra página web.

Boletín de suscripción en la página www.juecesdemocracia.es

Suscripciones y contacto: *Jueces y Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid
Tel. 682 01 28 84

E mail: jpd@juecesdemocracia.es

Precio de este número: 10 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números) / Europa: 34 € / Resto: 40 €

Depósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.

ÍNDICE

Pág.

Debate

- *El del Consejo: un golpe en patética busca de 'justificación'*. Perfecto Andrés Ibáñez 5
- *El futuro del constitucionalismo*. Luigi Ferrajoli 11
- *La democracia extenuada por el mercado*. Alain Supiot 22

Estudios

- *El consentimiento sexual afirmativo y los estándares probatorios*.
Silvina Álvarez Medina 35
- *El derecho a la conciliación de la vida personal y familiar de los jueces*.
Rosa María Sánchez Carretero 53
- *Discriminación y racismo en Perú (I)*. José Ricardo de Prada 61

Teoría/Práctica de la jurisdicción

- *La jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia de derecho a la vivienda en casos que involucran a España*.
Christian Courtis 73
- *El pluspositivismo*. Florentino Eguaras Mendiri 88
- *La guerra de los jueces*. José Antonio Martín Pallín 98

Dossier. Reflexionando sobre el derecho a la salud

- *Introducción* 113
- *Ser médico en el Siglo XXI*. Otilia Bisbal 115
- *El Ministerio Fiscal y las víctimas de accidentes de trabajo*. Félix Pantoja 127
- *Dejarse la vida en el trabajo*. Nuria Alabao y Ernest Cañada 133
- *La doble cara de la salud mental*. Fernando Santos Urbaneja 145

Cultura

- *Un diálogo con Pasolini*. Antonio Giménez Merino 155
- *Rossana Rossanda: comunista sin carnet*. Montserrat Galcerán 162
- *Actualidad de Keynes*. Jorge Guillén 172

El del Consejo: un golpe en patética busca de 'justificación'

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

Tenemos que despolitizar el poder judicial, tenemos que avanzar en su independencia.

Alberto Núñez Feijóo

El oprobioso bloqueo de la renovación del Consejo General del Poder Judicial por el Partido Popular de Casado-Núñez Feijóo (que «tanto monta») cierra, a mi modo de ver, el perverso círculo abierto con la irresponsable reforma del sistema de elección de los vocales judiciales, incluida en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 mediante la asunción de la conocida como «enmienda Bandrés»¹. Cuando la institución, pensada –en la Asamblea Constituyente italiana que alumbró el texto fundamental de 1948– para preservar a la función jurisdiccional de las insidias de la política, fue entregada a la expresión más degradada de esta: la partitocracia.

1 Aprovecho para dar un dato del que tengo constancia personal. Y es que la «enmienda Bandrés» cuenta con un curioso antecedente en lo que, en realidad, fue una especie de *boutade* en el mismo sentido, lanzada, sin otro ánimo que el de provocar –con la fina ironía que siempre le ha caracterizado– por Clemente Auger, en el debate que siguió a una mesa redonda (sobre el Consejo), celebrada en el Ateneo de Madrid en una fecha que no puedo precisar, pero, diría, que de los últimos meses de 1984 o el primer trimestre de 1985.

Un claro ejemplo de lo que Enrico Berlinguer, en una famosa entrevista, calificara de forma de «ocupación» abiertamente ilegítima del estado y sus instituciones por los partidos².

Aquella perturbadora *expedición* legislativa³ –decidida de forma oportunista, abruptamente y sobre la marcha, sin que conste la existencia de un mínimo de reflexión teórica y evaluación de riesgos, y

2 Entrevista concedida a E. Scalfari, aparecida en *La Repubblica* (de 28 de julio de 1981), citada por Stefano Rodotà en *Quale Stato*, con prólogo de D. Novelli, Edizioni Sisifo, Roma, 1994, p. 28. Entre nosotros, Soledad Gallego Díaz habla, cargada de razón, de «apropiación de las instituciones (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, etc.)». De «una especie de reparto “proporcional” de las instituciones, protagonizado por los dos grandes partidos políticos, Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español» («La experiencia de la Transición», en «100 firmas», *Revista Registradores*, pp. 68-69 [2022]).

3 Como se recordará, acabó en el Tribunal Constitucional, que emitiría una singular sentencia (n.º 108/1986, de 29 de julio). Una resolución de *circunstancias*, fundada en el criterio de que el art. 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuestionado era «susceptible de una interpretación conforme a la Constitución». En ella, al mismo tiempo, con algo de profecía destinada a autoconfirmarse, se advertía del riesgo de que «la lógica del Estado de partidos» acabase por imponerse en la distribución de los puestos en el interior del Consejo, y se aconsejaba la «sustitución» del nuevo sistema de elección. Una forma de evasión de la propia responsabilidad, prueba de que aquella lógica perversa ya había hecho presa en la alta instancia.

en drástica ruptura con el que hasta ese momento había sido el planteamiento institucional del PSOE en la materia⁴— perseguía una sola finalidad y en lo inmediato: quebrar la posición hegemónica de la derecha transfranquista⁵ en el «órgano de gobierno» del ahora «poder judicial». De los tres del estado, el que *le faltaba* a la nueva mayoría nacida de las urnas del 82 que, tras el resultado de estas, trocó su *fervor judicialista* de oposición por una suerte de insensato *antijudicialismo militante*. (suele ocurrir).

El cambio buscado se produjo enseguida, ya en el mandato inaugurado en 1985. Y también los esperables negativos efectos colaterales, pues dio comienzo esta época oscura (que tiene ahora su apoteosis), en la que el Consejo empezó a romperse sistemáticamente por la línea de separación de los dos principales partidos hegemónicos dentro de él. De este modo, dejó de ser el órgano idóneo para garantizar la independencia judicial según la previsión constitucional, y se convirtió en lo que actualmente es: una mera extensión subalterna del escenario de la política general.

Las consecuencias en el ámbito asociativo-judicial fueron nefastas, ya que, al pri-

varse a las asociaciones de la posibilidad de contribuir electoralmente a la formación del Consejo y a su pluralismo interno, se las privó también de parte esencial de su razón de ser, colocándolas en la depresiva posición de colateralismo respecto de los partidos, en la que están. Empujándolas, además, a la inmersión, por contagio, en el tóxico clima de radical antagonismo en el que endémicamente viven estas formaciones, haciendo imposible con ello lo que tendría que haber sido efecto natural del asociacionismo plural. Esto es, servir de marco idóneo para propiciar un cambio cultural en la magistratura, por efecto de la interacción dialógica y la confrontación democrática de sus integrantes, entre sí y con la sociedad civil, sobre los asuntos y los problemas de la jurisdicción.

Lo sucedido a partir de entonces es bien conocido, pero no parece inútil recordarlo. Los nombres de los componentes de los sucesivos mandatos, incluido el del presidente, no salieron nunca de las sedes parlamentarias de Carrera de San Jerónimo y Plaza de la Marina Española, sino —en aparatoso fraude de Constitución y de ley— de las de Ferraz y Génova, pues el *quorum* reforzado de 3/5 destinado, precisamente, a evitar la formación y el reparto de *lotes de partido* en la composición del CGPJ, fue drásticamente abolido en la práctica, y así sigue⁶. De este modo, lo que ha habido y

4 Cfr. el conocido como *Texto alternativo socialista*, publicado en el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, de 16 de abril de 1980, como «Enmienda a la totalidad del proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, presentada por el Grupo Socialista». En él, aparte de optarse sin reservas por el mantenimiento del sistema original-constitucional de designación de los vocales judiciales del Consejo, se preveía para este un amplio régimen de competencias, drásticamente reducido en favor del ministerio de Justicia en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que produjo el efecto de una auténtica *jibización* del instituto.

5 Una derecha, judicial y extrajudicial, que, a sus méritos históricos en la materia, unía en ese momento el hecho de haber desarrollado el art. 122 de la Constitución de una manera abiertamente fraudulenta, mediante la Ley Orgánica 1/1980, para colocar, como colocó, a la *nomenklatura* judicial del franquismo en el primer Consejo, expulsando a la vez del asociacionismo judicial al sector progresista de la magistratura, con la injustificable exigencia de un 15% del escalafón para acceder a aquel.

6 Si fuera necesario acreditarlo, bastará reparar en la identidad de los *negociadores* del último reciente intento de acabar con el bloqueo popular del actual Consejo. También es ilustrativo lo sucedido en uno de los anteriores episodios de tal inacabable proceso, del que la prensa habló en estos términos: «El ministro se ha reunido con el Consejo General del Poder Judicial y subraya que está negociando “con un buen amigo”, en referencia al responsable de Justicia del PP, Enrique López» (*Infolibre*, del 1 de marzo de 2020). Una expresión auténtica del habitual modo de operar en la materia, cuando «negociar», en el *Diccionario* de la RAE, es: «tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercancías o valores». Por cierto, que aquí los «valores» sobre los que se «trata» o con los que se «comercia», no son precisamente los pro-

lo que hay (salvando las excepciones individuales, pocas, que hubiera que salvar), son vocales de una y otra de las formaciones políticas mayoritarias, con algún *fleco* de extracción nacionalista, en un Consejo radicalmente escindido en dos.

La derecha (judicial y extrajudicial) bramó contra la reforma del 85, invocando una cuestión de principios. Y estaba en lo cierto, pues claro que había principios en juego, y maltratados. Pero, según lo ha demostrado en multitud de ocasiones, su actitud de entonces (como la de ahora) no tenía nada que ver con la axiología y sí, en cambio, con un bien preciso sentido del poder y de la política que no debe nada a la democracia. El mismo que le permitió sentirse como en casa en el franquismo. Y el que –todo un síntoma de extraordinaria elocuencia– le hace reaccionar, aún hoy, cual si impulsada por un resorte, contra todo lo que trate de borrar su memoria, aunque solo sea en el plano cultural o estético.

Así las cosas, es claro que no hacía falta llegar a la desastrosa situación actual para saber lo que el Consejo representa para el Partido Popular. Además, si hubiera alguna duda, ahí está también la Ley orgánica 4/2013, de su factura, para disiparla. De nuevo, con renuncia a modificar el sistema de elección cuando podría haberlo hecho, otra intervención de corte *expedicionario* sobre la desgraciada institución, destinada en este caso, sustancialmente, a reducir hasta el límite su colegialidad⁷, con la hipertrofia funcional de la Comisión permanente y del papel del presidente.

prios del mercado, aunque hayan sido irresponsablemente desplazados a él.

⁷ Es lo que ha hecho posible, por ejemplo, que el vocal de la cuota-PP José María Macías Consejo haya podido *compatibilizar* su condición de abogado en activo del bufete Cuatrecasas, con la función de garante de la independencia judicial (cfr. E. Ekaizer, «Cómo pleitear en el Supremo tras nombrar a sus jueces», *El Periódico*, 6 de noviembre de 2022).

Bien ejercido, por cierto, por Carlos Lesmes que –ex cargo en gobiernos del PP y miembro de la comisión redactora de semejante contrarreforma– ha imprimido a su dilatado mandato (sin oposición interna eficaz, que se sepa) el sello de un presidencialismo casi monárquico, en la más perfecta sintonía con el espíritu de ese regresivo texto legal⁸. Todo, curiosamente, cuando sucede que Alberto Ruiz Gallardón, ministro de Justicia desde 2011 e inspirador de este último, había prometido solemnemente el retorno al sistema original-constitucional de designación de los vocales judiciales⁹, que ha resultado ser el falso *oscuro objeto de deseo* del Partido Popular con el que mantiene una relación enfermiza. Tanto que, diría, demanda un psicoanalista como intérprete, pues, *reprimido* cuando esta formación ha estado en condiciones de satisfacerlo, ha vuelto a manifestarse con sospechosa vehemencia en su retorno a la oposición. Curioso.

⁸ Por cierto, su Exposición de motivos contiene este apartado: «III. Eliminación de situaciones de bloqueo en la constitución del Consejo General del Poder Judicial». En él se lee: «La actual regulación del Consejo permite que la falta de renovación del órgano cuando finaliza su mandato dé lugar a la prórroga, a menudo durante mucho tiempo. Este fenómeno debe ser evitado en la medida de lo posible [...] Así, las Cámaras pueden en todo momento evitar una situación manifestamente inadecuada para el correcto funcionamiento de las instituciones como es ésta». Como si las Cámaras, convertidas, gracias a su obsequiosa pasividad, en simples «convidadas de piedra», jugasen algún papel en este asunto. Claro que podrían, mejor, deberían haberlo jugado, y más en una gravísima situación de emergencia como al creada por la actitud del PP, según ha señalado Manuela Carmena (en «CGPJ: diputados y senadores, ¡a votar!», *El País*, 2 de noviembre de 2022).

⁹ En efecto, pues el Ruiz Gallardón ministro se había comprometido solemnemente a «acabar con esa politización que tienen los españoles» y volver «al espíritu de la Constitución» (intervención en el Congreso de los Diputados del 25 de enero de 2012, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 25 [2012], p. 4). Claro que también propugnó la abolición del ministerio de Justicia, en su intervención del 27 de septiembre de 1988, tronando frente a la mayoría socialista: «Señorías, o se suprime el ministerio de Justicia o ustedes no están acatando el mandato constitucional» (*Diario de sesiones del Senado*, 89 [1988], pp. 3981-3982).

Y, si de la indagación sobre el sentido del Consejo se pasa al de la jurisdicción como instancia del estado constitucional en el imaginario del PP, el esquema de comportamiento se reitera de forma aún más exuberante. En efecto, pues blandido el principio de independencia judicial, en particular frente al PSOE, como norte inabdicable de su política (de oposición): ahí está el *test-Cosidó*, para poner, también aquí, las cosas en su lugar¹⁰. Así es, porque, en el momento de traducir *–negociando*, claro– aquel ideal en hechos, o sea, en concretos perfiles de vocales y de titular de la presidencia del órgano, la formación popular fue a decantarse por el magistrado idóneo, a su juicio, para «controlar la Sala Segunda desde detrás», en lo que se consideró «una jugada estupenda», por lo satisfactorio del resultado. Cuando el PP tenía buenos motivos para tratar de «controlar» ese tribunal, después de que la magistrada Espejel y los magistrados López y González, estratégicamente situados en la Audiencia Nacional en espera de las causas del *Gürtel*, hubieran sido apartados de su conocimiento, por su inequívoco perfil partidista.

Luigi Ferrajoli, llamando a las cosas por su nombre, como suele, ha calificado de «salvajes» a los poderes que campan al margen del derecho¹¹. Pues bien, «salvaje» es el calificativo que corresponde a seme-

jante profesión explícita de fervor antijurisdiccional, anticonstitucional y anti-todo, por parte de un sujeto público. Producida, por cierto, no en una noche loca bajo los efectos del alcohol, sino en una comunicación, informal, sí, pero *oficial*, en cuanto dirigida *–repárese bien–* por el portavoz del grupo parlamentario popular a los 146 senadores integrantes de su mayoría absoluta en el Senado. Dando por hecho (y sus razones tendría) que *estaban en el ajo* y, por eso, cabía hablarles del asunto con semejante obscena desenvoltura, con fines de celebratorios.

Creo que no es necesario ir más lejos para formar criterio acerca de la cuestión de que se trata. Es decir, para saber lo que la jurisdicción y su órgano de garantía representan para el Partido Popular. Pero no estará de más pasar revista a las *razones* invocadas *–de Casado a Núñez Feijóo–* para tratar de blanquear una postura tan indecorosa¹². Intento perfectamente inútil, pues, dado el tamaño del desafuero, toda la cal empleada cada primavera en los pueblos de Andalucía para enjalbregar sus fachadas, sería insuficiente a ese efecto.

Vidal-Folch, siempre atento a lo que (nos) sucede, recogía en un artículo de prensa lo más granado de ese argumentario¹³: evitar que pudiera sentarse en el Consejo algún magistrado próximo a Podemos; impedir que esta formación participase en las *negociaciones* para la reno-

10 Y, si no fuera suficiente, bastaría evocar la insidiosa campaña desatada por esa formación y los medios afines contra el magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, con ocasión de la sentencia condenatoria de la primera causa del *Gürtel*, basada en la mentira acerca de lo resuelto por la confirmatoria en casación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Puede verse, al respecto, P. Andrés Ibáñez, «El Consejo rehúye de nuevo su responsabilidad: la campaña de prensa desatada contra José Ricardo de Prada no es información, es calumnia e intimidación» (*Boletín Informativo de Jueces y Jueces para la Democracia*, n.º 87, de 8 de septiembre de 2022, pp. 8 ss.).

11 Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, traducción y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2ª edición, 2011.

12 Como si en la materia cupiera argumento alguno apto para convertir lo que es un indecible deber constitucional y legal, en opción de cumplimiento facultativo, utilizable o no a discreción, dentro del juego político, para condicionar la voluntad del adversario. El deber de renovar el mandato del Consejo existe por imperativo del texto fundamental dirigido en este caso al PP en razón de su posición en el espectro parlamentario, y no en virtud de alguna ocasional relación sinalagmática de esa formación con el PSOE, que le habilitase para reclamar de él, como condición, una determinada *prestación* de cualquier tipo.

13 Xavier Vidal-Folch, «Feijóo. Líder suma cero» (*El País*, 29 de octubre de 2022).

vacación del mandato; lo mismo, en el caso de los republicanos catalanes; reclamar, con carácter previo, la reforma del sistema de designación de vocales judiciales; exigir que los perfiles de los candidatos formasen parte del acuerdo... Luego se trataría de evitar «que Sánchez haga una justicia a la medida del independentismo»¹⁴. Después, en el momento de escribir estas páginas, ha sido posible ver a Núñez Feijóo en el telediario, explicando, ahora, que la suspensión del acuerdo se produjo al tener constancia de que «el gobierno quería debilitar nuestras instituciones». Tal cual y sin pestañear, cuando sucede que, si hay una institución en situación de debilidad extrema, terminal, es el Consejo General del Poder Judicial; y que el estrés inducido, por el PP con su actitud, en una institucionalidad tan maltrecha como la judicial, lleva años produciendo desastrosos efectos, seguramente irreversibles. A sumar a los generados por la pluridecenal, *consensuada*, degradación de su constitucional «órgano de gobierno» y, al fin, del propio sistema judicial, como víctimas ambos de la partitocracia.

En semejante contexto, ¿qué decir de *los veintuno*? Pues algo tan sencillo de explicar, como difícil de entender: que –con sorprendente consenso, en un Consejo siempre dividido por la línea de adscripción partidista– se han sumado, todos a una, a la estrategia de ruptura del Partido Popular, siguiéndole dócilmente al terreno de la inconstitucionalidad y de la ilegalidad¹⁵. Y ahí

siguen desde hace cuatro años, al parecer, cómodamente instalados. (Ahora sin Carlos Lesmes). El ya citado José María Macías, en una entrevista reciente¹⁶, a la pregunta de por qué los vocales no habían dimitido en bloque, respondió capciosamente que por sentido de la responsabilidad y porque hacerlo habría constituido un delito del art. 409 del Código Penal¹⁷. A pesar de que el precepto, que habla de «abandono [...] manifiestamente ilegal de un servicio público», no viene en absoluto al caso. Y sin contar con que, *para responsabilidad*, la suya y de sus colegas. Porque es obvio que, de no ser por su aberrante comportamiento, hace ya años que en la sede de Marqués de la Ensenada estaría funcionando un Consejo regularmente constituido. Además, por si esto no bastase, sucede que el propio Macías y otros siete, en un «más difícil todavía», han rizado, incluso, el rizo de la antijuridicidad¹⁸, con la obstinada negativa a cumplir la ley (vigente, les guste o no) dirigida a facilitar la renovación del Tribunal Constitucional, otra de las víctimas de estas alucinantes vicisitudes.

Tomás De la Quadra-Salcedo, refiriéndose a la actuación del PP sobre el Consejo, ha escrito que muy bien puede calificársela de golpe de estado¹⁹. Y está en lo cierto, pues lo producido es una quiebra gravísima de la normalidad institucional y del regular funcionamiento de un órgano de relevancia constitucional. La voz «col-

gitimador de su participación en la función pública como vocales.

16 Publicada en *La Razón*, de 9 de septiembre pasado.

17 Sería el delito cometido por Carlos Lesmes con su dimisión.

18 Llevado, por cierto, al extremo por el vocal Wenceslao Olea y por el secretario general José Luis de Benito, con su recurso contra el nombramiento del presidente suplente del Consejo, por razón de su ilegalidad. Como si en el presente estado de cosas cupiera hablar de algo legal dentro de órgano tan desdichado.

19 En «Las palabras y las cosas», *El País*, 5 de septiembre de 2022.

14 Que es como se califica el propósito de reducir la pena del delito de sedición. Por cierto, al respecto, cabe señalar que –haciendo, obviamente, abstracción de la dinámica comisiva– el bien jurídico que con este delito trataría de tutelarse, al criminalizar, entre otras, las conductas consistentes en «impedir [...] fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes», guarda indudable relación de parentesco con el permanentemente vulnerado por el Partido Popular en este caso.

15 En efecto, pues lo cierto es que, una vez caducado el mandato, cesó de producir efectos el regular criterio le-

po di stato» en el prestigioso *Dizionario di politica* de Bobbio-Matteucci-Pasquino²⁰, recurre, por su expresividad, al concepto que del mismo ofrece el clásico Larousse, condensando la tradición francesa en la

materia: «*violation délibérée des formes constitutionnelles par un gouvernement, une asssemblée ou un groupe de personnes qui détiennent autorité*». O sea: «blanco y en botella».

20 Voz «*Colpo di stato*», de Carlos Barbé, *Dizionario della politica*, dirigido por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, Utet, Turín, 1990, p. 155.

El futuro del constitucionalismo*

Luigi FERRAJOLI

La impotencia y la inadecuación del constitucionalismo actual

Partiré de la pregunta con la que se titula el libro de Gaetano Azzariti, *Può il costituzionalismo moderno sopravvivere?*¹ «¿Hay un futuro (y cuál) para el constitucionalismo moderno en una época global?»². La respuesta de Azzariti es pesimista. Los principios de nuestras constituciones, afirma, están hoy amenazados, bastante más que «que por las transformaciones internas de los ordenamientos jurídicos y políticos nacionales», por los «procesos externos producidos por la globalización», el primero de todos la «mundialización de las economías»³. En relación con los actuales poderes globales –los poderes políticos de las grandes potencias militares y los poderes económicos y financieros transnacionales– no se puede «huir del tema –ineludible y esencial para el jurista “positivo”– de la efectiva fuerza normativa adscribible a las disposiciones constitucionales vigentes»⁴. Si es cierto que el papel de las constituciones consiste en la limitación de los poderes en

garantía de los principios formulados en ellas –la paz, la igualdad, la igual dignidad de todas las personas, el universalismo de los derechos humanos–, entonces este papel no puede ser desarrollado por las constituciones estatales, dado que los poderes que cuentan y de los que provienen las mayores agresiones a los derechos establecidos por ellas están deslocalizados fuera de las fronteras nacionales.

No hacen falta muchas palabras para mostrar la inadecuación del constitucionalismo nacional a la hora de hacer frente a los desafíos que hoy provienen de estas agresiones globales: las guerras y el peligro del holocausto nuclear; el calentamiento climático que, de no detenerse, tendrá como efecto el de hacer inhabitables partes crecientes de nuestro planeta; el aumento en el mundo de las desigualdades y las violaciones masivas de los derechos humanos; la explotación salvaje del trabajo; el drama de decenas de millares de migrantes, cada uno de los cuales huye de una de estas catástrofes. Las políticas nacionales están vinculadas a los estrechos espacios de los territorios nacionales y a los cortos plazos de las competiciones electorales, o, peor aún, de las encuestas. Espacios angostos y tiempos breves que evidentemente impiden a los gobiernos de los estados, interesados sobre todo en el consenso electoral, afrontar los desafíos y los problemas globales con políticas a su altura. La democracia política actual está aquejada de presentismo y de localismo:

* Publicado en *Costituzionalismo.it*, 2 (2022), pp. 182 ss. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

1 G. Azzariti, *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Laterza, Roma-Bari, 2013. La pregunta ha sido retomada recientemente por Íd. (editor), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2022.

2 G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno*, cit., p. 22.

3 *Ibid.*, p. 8.

4 *Ibid.*, pp. 8-9.

no recuerda y elimina el pasado y no se hace cargo del futuro, o sea, de lo que acontecerá más allá de los tiempos de los vencimientos electorales y más allá de las fronteras nacionales.

Por otra parte, debido a sus límites espaciales, los gobiernos nacionales y sus constituciones son objetivamente impotentes frente a las catástrofes planetarias en curso, lamentablemente destinadas a agravarse. Ningún estado, por sí solo, es capaz de afrontar los desafíos globales. Ningún estado abrirá totalmente sus fronteras si no lo hacen también los demás. Ningún gobierno podrá jamás hacer frente, por sí solo, a los problemas del cambio climático, las desigualdades globales, el hambre y la sed en el mundo o las enfermedades no tratadas de centenares de millones de personas. Ningún país, y menos aún los dotados de armamentos nucleares, procederá a un desarme unilateral. Además, se ha invertido la relación entre mercados y estados, por la asimetría entre el carácter global de los primeros y el carácter local de los segundos. Ya no son los estados los que garantizan la competencia entre las empresas, sino las grandes multinacionales las que ponen a competir a los estados privilegiando, para sus inversiones, a los países que permitan explotar el trabajo en mayor medida, pagar menos impuestos, devastar el medio ambiente y corromper a los gobiernos.

Por otra parte, ha quebrado el embrión de constitución del mundo formado por la Carta de la ONU y las diversas cartas internacionales de los derechos humanos. Las razones del fracaso de la ONU son esencialmente dos. La primera consiste en la contradictoria conservación de la soberanía de los estados, en su Carta estatutaria. «La Organización se funda en el principio de la soberana igualdad de los estados

miembros», afirma el art. 2,1; aunque luego esta igualdad es contradicha por la posición de dominio reservada por la propia Carta a las potencias vencedoras de la segunda guerra mundial. Por tanto, todo el derecho internacional, todas las instituciones y las organizaciones internacionales están modelados según el paradigma del estado nacional soberano. Los estados son los únicos actores y destinatarios del derecho internacional. Es claro que la conservación de la soberanía de los estados y consecuentemente de las distintas y desiguales ciudadanía estatales hace ilusorios, por no estar rígidamente vinculados, los principios de la paz y la igualdad y los derechos fundamentales, no obstante su proclamación en tantas cartas de los derechos humanos.

La segunda razón del fracaso de estas cartas ha sido su falta de actuación, al no haberse introducido las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales establecidos en ellas. A diferencia de los derechos patrimoniales, que nacen junto con sus garantías —el crédito con la deuda, la propiedad privada con la prohibición de perturbar su ejercicio— todos los derechos fundamentales requieren leyes de actuación, que introduzcan las prohibiciones de lesiones y las obligaciones de prestaciones que son sus garantías. En cambio, poco o nada se ha hecho en actuación de estas cartas. La única garantía importante que se ha introducido ha sido la institución del Tribunal Penal Internacional para los Crímenes contra la Humanidad, a cuyo estatuto, sin embargo, no se han adherido las mayores potencias. Los principios de la paz y de la igualdad, los derechos de libertad y los derechos sociales de todas las personas, prometidos en tantas cartas de derechos, se han quedado en el papel para la gran mayoría del género humano, como promesas incumplidas.

Dos opuestas concepciones de la constitución y del constitucionalismo

Así pues, el constitucionalismo, en sus formas actuales tal como han sido recibidas de nuestra tradición, no puede sobrevivir. Si no queremos resignarnos a la impotencia y a las catástrofes, la pregunta que hemos de hacernos es distinta de la formulada en el punto de partida: *¿cómo puede sobrevivir el constitucionalismo?*

Yo creo que la respuesta racional a tal pregunta es que hay una sola posibilidad: la expansión del paradigma constitucional más allá del estado, al nivel de los poderes globales de cuyo ejercicio desregulado provienen hoy las principales agresiones a los bienes comunes y a los derechos fundamentales proclamados en tantas cartas constitucionales e internacionales. Dicho brevemente, el constitucionalismo solo podrá sobrevivir de ser llevado a la altura de los poderes salvajes, políticos y económicos, que debe limitar en garantía de la paz, la igualdad, la defensa y la salvaguardia de la naturaleza y de los derechos fundamentales de todos.

Se plantea, al respecto, una primera cuestión teórica de fondo, relacionada con el papel de las constituciones y la naturaleza misma del constitucionalismo. En efecto, pues hay dos concepciones opuestas de la constitución y del constitucionalismo. Según la primera, que es la que prevalece en nuestra tradición, existiría un nexo entre constitución, pueblo y estado nacional⁵. Las constituciones serían posibles, antes aún que deseables, solo de tener como base la existencia de un pueblo y del

correspondiente estado soberano. «Hay que limitar la palabra “constitución”», escribió Carl Schmitt, al que se remonta esta concepción nacionalista e identitaria, «a constitución *del Estado*, es decir, de la unidad política de un pueblo»⁶. Esta expresa «la unidad del pueblo como conjunto político»⁷, de acuerdo con «el axioma democrático fundamental de la identidad de voluntades de todos los ciudadanos»⁸. Es claro que tales unidad e identidad no existen a escala internacional. Pero en sociedades democráticas –basadas en el pluralismo, en el conflicto político, en la lucha de clases y en la «igual dignidad social» de todas las diferencias, según las palabras del

6 *Teoría de la constitución* (1928), trad. cast. de F. Ayalá, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, § 1, p. 3.

7 C. Schmitt, *El defensor de la constitución* (1931), trad. cast. de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, en Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, estudio preliminar de G. Lombardi, Tecnos, Madrid, 2009, III, § 4, p. 286. «La constitución», prosigue Schmitt, vale para «dar a la autoridad del Presidente del Reich posibilidades para enlazarse de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como defensor y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación» (*ibid.*, p. 287).

8 *Ibid.*, II, § 2, A), p. 155. «La premisa fundamental de toda democracia», escribió Schmitt, implica «el axioma de que la minoría derrotada se somete de antemano al resultado de la elección (y no aspira a imponer su propia voluntad) y de que, por consiguiente, reconoce como voluntad suya la voluntad de la mayoría» (*ibid.*); ya que «el estado es una unidad indivisible, y que la parte vencida en la votación no ha sido obligada y violentada realmente, sino conducida a este resultado por su propia y efectiva voluntad» (*ibid.*, III, § 2, p. 261). «Con la palabra “identidad”, había escrito Schmitt en *Teoría de la constitución*, cit., § 17, III, p. 273, «se designa lo existencial de la unidad política del pueblo a diferencia de cualesquiera igualdades normativas, esquemáticas o ficticias. La democracia presupone [...] un pueblo homogéneo en sí, que tiene la voluntad de existencia política». Es, pues, inevitable que esta supuesta identidad y unidad política del pueblo se encarnen en la persona y en la voluntad de un jefe: «El presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán» y por eso está en condiciones de «establecer una relación directa con los ciudadanos electores *contra* el parlamento [...] Está ideado como un hombre que reúne en sí la confianza de todo el pueblo por encima de los límites y del marco de las organizaciones y burocracias de los partidos» (*ibid.*, § 27, III, 4, p. 404).

5 «La conexión entre estado y constitución es un dato que ha condicionado el desarrollo del constitucionalismo moderno» (G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno*, cit., p. 15).

art. 3 de la Constitución italiana— tampoco existen a nivel nacional. En efecto, pues solo son concebibles sobre la base de la idea schmittiana, autoritaria e iliberal, del *demos* como entidad homogénea, en relación de oposición y de exclusión con los demás pueblos pero también con cuantos son diferentes o disienten de esta supuesta homogeneidad y, por eso, virtualmente enemigos⁹.

Totalmente opuesta es la idea de constitución expresada por el universalismo de los derechos humanos estipulados en las constituciones de la segunda posguerra y por el principio de igualdad tal como se encuentra formulado en los dos incisos del art. 3 de la Constitución italiana: la «igual dignidad social» de todas las diferencias de identidad y la reducción de las desigualdades económicas y materiales. Entendidas en este sentido, las constituciones y los principios establecidos en ellas, a diferencia de las leyes ordinarias, no pertenecen a la que se puede llamar *la esfera de lo decidible* y que, en democracia, está confiada a la voluntad popular y a sus representaciones. Aquellas son

pactos de convivencia pacífica y solidaria entre diferentes y desiguales, en las que está estipulada la *esfera de lo no decidible*: lo que ninguna mayoría puede decidir, esto es, las limitaciones de los derechos de libertad que son todos derechos a la tutela y a la afirmación de las diferencias personales, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, es decir, la satisfacción de los derechos sociales que son todos derechos a la eliminación o a la reducción de las desigualdades económicas y materiales. Por eso, las constituciones son legítimas y democráticas no en cuanto «queridas» por el pueblo, o sea, por todos o por la mayoría, sino porque garantizan a todos, incluso a su pesar. Antes bien, son tanto más legítimas y necesarias cuanto mayores sean las diferencias que están llamadas a tutelar y las desigualdades que les corresponde reducir. Legítimas y necesarias, pues, todavía más que a escala nacional, en el plano internacional, a nivel global, donde mayores son las diferencias de identidad —étnicas, lingüísticas, religiosas, culturales— que las constituciones tienen el deber de tutelar y las desigualdades económicas y materiales que deben reducir.

Por esto, todos los nacionalismos son los obstáculos y no las bases sociales y culturales del constitucionalismo. Por eso, los estados soberanos, inventados por la cultura occidental en simultaneidad con sus distintas ciudadanías, son, al igual que los mercados globales, asimismo resistentes a los límites y vínculos jurídicos, los verdaderos enemigos del constitucionalismo, del principio de igualdad y de los derechos fundamentales: porque tales derechos y sus garantías son universales, o no son. Es por lo que las constituciones democráticas, teniendo el cometido de garantizar el pluralismo político y el multiculturalismo y, a la vez, condiciones de una vida digna a todos los seres humanos, son por su naturaleza

9 «La distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo [...] El enemigo no necesita ser moralmente malo [...] Simplemente es el otro, el extraño [...] en último extremo pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero “no afectado” o “imparcial”» (C. Schmitt, *El concepto de lo político*, trad. cast. de R. Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 1991, II, pp. 56-57). Y esto vale también «dentro de un estado», donde, cuando «las diferencias entre partidos políticos se convierten en “las” diferencias “políticas a secas”, es que se ha alcanzado el grado extremo de la escala de la “política interior”, esto es, que lo que decide en materia de confrontación armada ya no son las agrupaciones de amigos y enemigos propias de la política exterior sino de las internas del estado» en la forma de la «guerra civil» (*ibid.*, p. 62); y más adelante (*ibid.* p. 63-64): «Los conceptos de amigo, enemigo y lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad real de matar físicamente [...] La guerra no es pues en modo alguno objetivo o incluso contenido de la política, pero constituye el *presupuesto*».

internacionalistas, es decir, antinacionalistas y antifascistas. En efecto, pues su lógica, expresada por los derechos humanos y por el principio de igualdad, no es nacional sino universal. No es casualidad que la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 haya querido llamarse «universal».

Por tanto, en garantía de la convivencia pacífica, de los derechos humanos de todos, de la protección de la naturaleza y de sus bienes vitales y, por eso, de la misma supervivencia de la humanidad, esta concepción universalista de las constituciones requiere la expansión de constitucionalismo rígido más allá del estado. En una cuádruple dirección: hacia un *constitucionalismo supranacional*, agregado al estatal; hacia un *constitucionalismo de derecho privado*, agregado al de derecho público, edificado solo frente a los poderes públicos, pero no también frente a los poderes económicos privados; hacia un *constitucionalismo social* agregado al liberal, para las garantías de los derechos sociales; hacia un *constitucionalismo de los bienes fundamentales*, de los bienes comunes a los fármacos esenciales y a la alimentación básica, agregado al de los derechos fundamentales. Son cuatro expansiones dictadas por la propia lógica del constitucionalismo, cuya historia, hasta hoy, ha consistido –y podrá consistir aún si es que quiere sobrevivir– en una ampliación progresiva de la esfera de los derechos. De los derechos de libertad en las primeras declaraciones y en las constituciones del 800, a los derechos de los trabajadores y a los derechos sociales en las constituciones del pasado siglo, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente, la información, al agua potable y la alimentación, hoy reivindicados y todavía no constitucionalizados. Se ha tratado de una historia social y política, antes que teórica, dado que ninguno de estos derechos ha caído desde lo alto,

sino que todos han sido conquistados por movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales americana y francesa, después los movimientos europeos por los estatutos, en el siglo XVIII, más tarde, la lucha de liberación antifascista de la que nacieron las actuales constituciones rígidas del pasado siglo. Hoy, lo que los desafíos globales imponen al derecho y a la política, es un nuevo salto de civilidad. En respuesta a tales desafíos y, antes aún, en actuación de su lógica universalista, el constitucionalismo tomado en serio solo podrá ser, en el futuro, un constitucionalismo global¹⁰.

El constitucionalismo tomado en serio: una constitución global como adveración y actuación del paradigma constitucional

Si este es el constitucionalismo tomado en serio –el expresado por la Constitución italiana y la alemana, basadas ambas en las garantías del pluralismo y de la igualdad como igual valor de las diferencias de identidad y como reducción de las desigualdades materiales– entonces su expansión más allá del estado no es solo una ampliación. Es también, e incluso antes, su *adveración* y su coherente *actuación*, capaz de superar las dos contradicciones internas del constitucionalismo actual, enormemente agravadas con la globalización. La primera contradicción es entre universalismo de los derechos fundamentales establecidos en tantas cartas y convenciones y la *ciudadanía* como presupuesto de sus garantías. La

10 Sobre la necesidad de esta expansión del constitucionalismo, remito a mis *Constitucionalismo más allá del estado*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018; *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, cap. VIII (trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, en preparación por Editorial Trotta); y *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2022.

segunda es entre principio de la paz y la soberanía armada de los estados.

El paradigma constitucional verdadero por la universalización de sus garantías es, en primer lugar, incompatible con la ciudadanía, que es el último accidente de nacimiento –un derecho a tener derechos– que diferencia a las personas y las garantías de sus derechos sobre la base de su estatus, en manifiesta contradicción con el principio de igualdad. Las personas a las que se deja ahogar en el Mediterráneo cuando intentan alcanzar nuestros paraísos democráticos, el *apartheid* mundial en el que viven y mueren un millardo de seres humanos, las represiones violentas de las libertades fundamentales en gran parte del planeta, nos dicen que fuera de las fronteras de Occidente los derechos fundamentales se muestran como privilegios y sus proclamaciones, sin su carácter indivisible, se degradan a vacía retórica.

En segundo lugar, el paradigma constitucional estipulado en garantía de la paz es incompatible con la soberanía de los estados, en virtud de la cual las relaciones entre estados soberanos son aún, según la configuración que de ellas ofrece la entera filosofía política clásica, las relaciones de guerra propias del estado de naturaleza, basadas en la ley del más fuerte¹¹. Hoy esta ley, no solo ha entrado en contradicción con todas las cartas internacionales sobre la paz y sobre los derechos humanos, sino que ha llegado a ser más que nunca insostenible a causa de dos nuevos fenómenos: la ilimitada potencia destructiva de los armamentos en posesión de los estados y

la creciente integración y la inevitable interdependencia de todos los pueblos de la tierra generadas por la globalización.

De aquí la necesidad de una redefinición tanto de la ciudadanía como de la soberanía, lógicamente consecuente con el universalismo de los derechos humanos y con el principio de la paz, y por eso la urgencia de un salto de cualidad del constitucionalismo impuesto por las emergencias globales que pesan sobre el futuro de la humanidad. La ciudadanía, cuando desaparezcan las exclusiones y las limitaciones de las garantías de los derechos fundamentales generadas por las fronteras entre los estados, dejará de ser una figura distinta del estatus de persona, convirtiéndose en la igual titularidad de tales derechos por parte de todos los seres humanos, de acuerdo con su carácter universal¹². Lo mismo vale para la soberanía. «La soberanía pertenece al pueblo», afirman aún muchas constituciones democráticas, incluida la italiana. Pero esta norma es compatible con el paradigma constitucional, que no admite poderes absolutos, solo si se la entiende en dos significados complementarios entre sí. *En negativo*, en el sentido de que la soberanía pertenece al pueblo y a ningún otro, de modo que ningún poder constituido, ni asamblea representativa, ni presidente electo pueden usurparla; y *en positivo*, en el sentido de que, al no ser el pueblo un macrosujeto sino el conjunto de todos los asociados, la soberanía pertenece a todos y a cada uno, identificándose con el conjunto de esos fragmentos de soberanía, es decir, de poderes y contrapoderes, que son los derechos fundamentales de los

11 Me limito a recordar a T. Hobbes. *Leviatán*, edición de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989, cap. 21, p. 177; J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, edición de C. Mellizo, cap. 2, § 14, p. 44; I. Kant, *La paz perpetua*, presentación de A. Truyl Serra, trad. cast. de J. Abellán, Sección segunda, pp. 25-26; G. W. H. F. Hegel, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, edición de J. Abellán, Tecnos, Madrid, §§ 333-334, pp. 335.

12 Quizá sea superfluo precisar que esta tesis no resulta contradicha por la atribución de los derechos políticos a los ciudadanos –o mejor a los residentes– de los distintos estados y, más en general, de las diversas circunscripciones electorales en las que todos son llamados a votar por sus gobernantes.

que todos y cada uno son titulares. Dicho brevemente, la soberanía es de todos o, lo que es igual, no es de ninguno; del mismo modo que la ciudadanía corresponde a todos, o, lo que es lo mismo, no corresponde a ninguno.

Lo que hay que cuestionar, es, pues, el nexo entre constitución y estado nacional, que pesa todavía en la actual cultura constitucionalista. No solo porque está ligado a un fenómeno contingente como fue la formación del estado moderno, con los dogmas correspondientes de su unidad, coherencia y plenitud internas; no solo porque el constitucionalismo nacional hoy ya no está a la altura de los grandes desafíos históricos generados por la globalización y por los poderes globales que amenazan a los derechos y los bienes fundamentales de todos, más aún que los tradicionales poderes estatales. Ese nexo debe rechazarse en el plano teórico porque contradice la idea de constitución expresada por las constituciones rígidas de la segunda posguerra. Por otra parte, también la idea de «territorio», conexa por lo común con la de constitución, debe ser ampliada. «No se puede tener constitución sin territorio, del mismo modo que no hay *nomos* sin tierra» ha escrito Gaetano Azzariti¹³. Pero ¿qué impide considerar como territorio de una Constitución global la misma tierra? Por lo demás, la fuerza del carácter formal de la teoría del derecho, y por ello de la sintaxis lógica expresada por la estructura en grados de los sistemas constitucionales, está en que tal estructura –cuyos contenidos democráticos son el producto de las batallas civiles, políticas y sociales libradas en su defensa– es válida para cualquier institución política.

Dos realismos: el realismo vulgar que naturaliza la política y la economía y el realismo racional que se hace cargo de los desafíos e indica las soluciones posibles

Naturalmente, nada permite ser optimistas. En efecto, pues es difícil prever si esta expansión del constitucionalismo y de la democracia llegará a desarrollarse, o bien seguirán prevaleciendo la miopía y la irresponsabilidad de los gobiernos y los intereses de los grandes poderes económicos globales. No obstante, hay que distinguir lo que resulta improbable por la miopía de la política y por los obstáculos opuestos por los grandes intereses privados, de lo que es imposible en el plano teórico, para no eximir de responsabilidad a la política y para no legitimar como inevitable lo que solo es fruto de la voluntad de los poderosos.

Esta es una confusión que se produce con frecuencia y que, en nombre del realismo político, permite descalificar como utópica e irrealizable la perspectiva de la posible expansión del paradigma constitucional más allá del estado, que aquí se defiende. Por eso, paso a la segunda cuestión teórica de fondo –más exactamente, una cuestión de carácter metateórico y epistemológico– que, a mi juicio, se impone a la reflexión de la filosofía política, la ciencia jurídica y, sobre todo, de las disciplinas constitucionalistas. El significado mismo del realismo político y jurídico, que desde hace algunos decenios pesa, como una suerte de obsesión, sobre los estudios de teoría política y de teoría del derecho, paralizando sus capacidades de innovación teórica y de planeamiento político.

Pienso que hay que distinguir dos tipos opuestos de realismo. Hay un realismo que llamaré *realismo vulgar*, consistente en la naturalización de la realidad social, del de-

¹³ *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 35.

recho y de la política a través de la bien conocida tesis de que «no existen alternativas» a cuanto acontece. Es un realismo ideológico que produce una suerte de legitimación cruzada: la *legitimación científica* de la tesis teórica de la falta de alternativas al actual estado de cosas, mediante la descripción del funcionamiento de hecho de las instituciones y, a la inversa, la *legitimación política* del estado de cosas existente por la tesis teórica de que no existen alternativas a las reales, en cuanto efectivas, leyes del más fuerte, como normas fundamentales bastante más efectivas que las cartas constitucionales. Es el realismo que ignora la normatividad del derecho y específicamente de las constituciones y, así, acaba legitimando y secundando como inevitable lo que no es sino obra de los hombres y responsabilidad de los actores de nuestra vida económica y política.

Hay un segundo tipo de realismo, que llamaré *realismo racional* –el realismo de Hobbes, Kant, Marx, pero también, y, sobre todo, de las constituciones más avanzadas– que, frente a las injusticias y las catástrofes determinadas por el juego «natural» e incontrolado de las relaciones de fuerza, elabora en el plano teórico y formula, normativamente, los remedios racionales capaces de asegurar la dignidad de las personas y su convivencia pacífica. Según este realismo, las alternativas existen y las ofrece la propia tradición del constitucionalismo moderno como sistema de límites y vínculos a los poderes salvajes de los más fuertes, y depende de la cultura jurídica actualizarlas, de los movimientos y las fuerzas democráticas reivindicarlas y de una política de progreso adoptarlas. Mientras la verdadera utopía, la hipótesis menos realista, es la idea de que la realidad puede permanecer a largo plazo tal como es: que podremos seguir basando nuestras democracias y nuestros despreocupados tenores

de vida en el hambre y la miseria del resto del mundo, en la fuerza de las armas y en el desarrollo ecológicamente insostenible de nuestras economías. Todo esto no puede durar. Es el mismo preámbulo a la Declaración Universal de los Derechos de 1948 el que establece, con realismo y racionalidad, un nexo de implicación recíproca, que solo una Constitución de la Tierra y sus instituciones de garantía pueden asegurar hoy, entre paz y derechos, seguridad e igualdad y, hay que añadir, entre salvamento de la naturaleza y salvamento de la humanidad.

Hay una bella página de Kant sobre la naturaleza de la paz y la guerra que vale para iluminar el sentido del realismo racionalista: la guerra –escribe en *La paz perpetua*– es un fenómeno natural, que refleja el estado de naturaleza, mientras la paz es un fenómeno artificial, que debe ser instituido por el derecho¹⁴. Idéntica tesis había sido formulada por Thomas Hobbes: el estado de naturaleza es el estado del *bellum omnium*, que solo puede ser superado con un pacto de civil y pacífica convivencia. Así pues, mientras la guerra es un hecho natural, la paz es un hecho artificial, que el derecho debe instituir y garantizar con la prohibición de las armas y también, añadía Kant, con la abolición

14 «El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*» (*Por la paz perpetua*, cit., Sección segunda, p. 14). Con tal fin, es necesario, en consecuencia, lograr algo que a los hombres «les obligue a que la guerra, el mayor obstáculo de lo moral, pues no hace sino retrasarlo, se haga poco a poco más humana, luego menos frecuente, y por último desaparezca como guerra agresiva, para, de este modo, implantar una constitución que, por su índole, sin debilitarse, apoyada en auténticos principios de derecho, pueda progresar con toda constancia hacia mejor» (*Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor* [1789], en I. Kant., *Filosofía de la historia*, prólogo y traducción de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, § 10, pp. 116-117).

de los ejércitos permanentes¹⁵. Pero lo mismo puede decirse para la democracia, para la igualdad de los seres humanos, para su dignidad de personas, para todos los derechos fundamentales. La ley del más fuerte es natural. En cambio, son artificiales esas leyes del más débil que son todos los derechos fundamentales y sus garantías. Es natural la opresión política ejercida por los despotismos iliberales. Son, en cambio, artificiales las libertades fundamentales. Son naturales la ignorancia, las enfermedades, la pobreza, la explotación del trabajo, las violencias criminales. Son artificiales las garantías de la educación, la salud, la subsistencia, el trabajo y la seguridad. Es natural, por efecto de la ausencia de límites al desarrollo industrial ecológicamente in-

sostenible, la devastación de la naturaleza. Es artificial la prohibición de emisiones de efecto invernadero y el demanio planetario dirigido a sustraer los bienes vitales de la naturaleza a la comercialización y a la destrucción. El realismo racionalista no es más que la invención y la institución de los artificios jurídicos y políticos, que deberán ser instituidos si se quiere impedir y prevenir las prevaricaciones y las devastaciones naturales.

El papel de la cultura jurídica y política: mostrar que la alternativa, el constitucionalismo global, es posible, debido, necesario, urgente

El constitucionalismo global no es, pues, una utopía. Por el contrario, es la única respuesta racional y realista al mismo dilema afrontado hace cuatro siglos por Thomas Hobbes: la inseguridad general determinada por la libertad salvaje de los más fuertes, o bien el pacto racional de supervivencia, convivencia pacífica y socorro mutuo basado en la prohibición de la guerra y en las garantías de la vida.

Pero hay una diferencia que hace las emergencias actuales, y en particular el calentamiento climático y la pesadilla nuclear, incomprensiblemente más graves y dramáticas que aquellas contra las que, en el pasado, la humanidad pudo formular en cada caso sus solemnes «nunca más» constitucionales. La sociedad natural del *homo homini lupus* hipotizada por Hobbes ha sido sustituida por una sociedad de lobos ya no naturales, sino artificiales –los estados y los mercados– dotados de una fuerza destructiva incomparablemente mayor que cualquier armamento tradicional. A diferencia de todos los horrores del pasado, hasta de las guerras mundiales y los totalitarismos, la catástrofe ecológica

15 I. Kant, *Por la paz perpetua*, cit., Sección primera, § 3, p. 7: «“Los ejércitos permanentes (*miles perpetuus*) deben desaparecer totalmente con el tiempo”. Pues suponen una amenaza de guerra para otros estados con su disposición a aparecer siempre preparados para ella. Estos estados se estimulan mutuamente a superarse dentro de un conjunto que aumenta sin cesar y, al resultar finalmente más opresiva la paz que una guerra corta, por los gastos generados por el armamento, se convierten ellos mismos en la causa de guerras ofensivas, al objeto de liberarse de esta carga; añádese a esto que ser tomados a cambio de dinero para matar o ser muertos parece implicar un abuso de los hombres como meras máquinas e instrumentos en manos de otro (del estado); este uso no se armoniza bien con el derecho de la humanidad en nuestra propia persona». Este «abuso de los hombres como meras máquinas o instrumentos en manos de otros», con violación de la primera máxima de la moral, fue estigmatizado por Kant todavía más duramente un año después, en un pasaje de *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, en *La metafísica de las costumbres*, trad. cast. de A. Cortina y J. Conill, estudio preliminar de A. Cortina, Tecnos, Madrid, 1989, § 55, p. 183-184: «Qué derecho tiene el estado frente a sus propios súbditos a servirse de ellos en la guerra contra otros estados, a emplear o arriesgar en ello sus bienes, e incluso su vida?». Kant responde que «este derecho [...] es el de cada uno de hacer lo que quiera con lo suyo (con su propiedad)», es decir, la absurda pretensión del soberano de dar «a sus súbditos» el trato propio de un «producto suyo», como el que se daría a «las plantas (por ejemplo, las patatas) y los animales domésticos» a los que se «puede utilizar, consumir y destruir (hacer que los maten), parece que también pueda decirse del poder supremo del estado, del soberano, que tiene el derecho de mandar a la guerra a sus súbditos [...] como a una cacería y a un combate como a una excursión».

y la nuclear, no solo son más graves, sino también irreversibles. En efecto, pues, por primera vez en la historia, existe el peligro de que se adquiera conciencia de la necesidad de cambiar de vía cuando ya sea demasiado tarde.

Si esto es así, corresponde a los juristas una tarea insustituible. Las constituciones rígidas han diseñado el *deber ser* del derecho. Han impuesto límites y vínculos a los poderes salvajes de los más fuertes. Han tomado posición, como es el caso del art. 3, 2 de la Constitución italiana, contra la realidad de los obstáculos que de hecho limitan la libertad y la igualdad de las personas. Han señalado horizontes y proyectos altos, difíciles pero posibles, a la política y a las luchas sociales. Y con ello han invertido la antigua función social del derecho, la jurisdicción y la ciencia jurídica: ya no la mera conservación, sino la transformación del estado de cosas de los poderes y las relaciones sociales, en actuación de los principios establecidos en ellas. De aquí un papel y también una nueva fascinación del derecho y de la cultura jurídica, llamada a la crítica de la realidad existente y al planeamiento de la realidad futura.

Ciertamente, no podemos ni debemos hacernos demasiadas ilusiones acerca de la capacidad de tutela y sobre el papel de progreso del derecho. El garantismo, los derechos, las garantías, los principios constitucionales son las leyes de los más débiles, que tienen de su parte la fuerza del derecho y de las constituciones. Sin embargo, los fuertes tienen de su parte el dinero, la violencia, la prepotencia, la despreocupación, la capacidad de mistificación ideológica, la total disponibilidad a violar, en su interés, el derecho y los derechos cada vez que les resulte posible. Pero esta es una razón de más para que los juristas tomen en serio el derecho vigente y su misma profesión, que no les permite ignorar las diver-

gencias entre el deber ser y el ser efectivo del derecho, entre los derechos y los principios de justicia positivamente establecidos y sus llamativas violaciones en perjuicio de millardos de seres humanos. Precisamente frente a estas violaciones, la ciencia jurídica puede desarrollar un papel de desvelamiento, de crítica, deslegitimación y, sobre todo, de estímulo a la actualización y la actuación del paradigma constitucional. Tales son los objetivos que me he propuesto con el proyecto de una *Constitución de la Tierra*: sobre todo, mostrar con la elaboración de un esbozo en 100 artículos¹⁶, que la alternativa es posible; en segundo lugar, que de tomar en serio el derecho y las constituciones, la alternativa es obligada; y, en tercer lugar, que es necesaria y urgente porque, esta sí, es la única alternativa posible a un futuro de catástrofes.

En esta perspectiva, quiero concluir con una nota de optimismo. Se está poniendo de manifiesto una novedad: el mundo es cada vez más interdependiente. Hace sesenta años vivíamos en él dos millardos de personas, pero desconocíamos lo que sucedía en la otra parte del planeta y era en todo caso irrelevante e indiferente. Hoy somos casi ocho millardos y, sin embargo, el mundo es bastante más pequeño que entonces: basta pensar en el virus de la pandemia,

16 Es el incluido como apéndice a *Por una Constitución de la Tierra*, cit., pp. 127 ss. Lo he escrito por invitación del Comité ejecutivo de la asociación «Costituyente Terra», para facilitar el debate y estimular, a partir de un texto base, modificaciones e integraciones. Al ser el fruto de una reflexión teórica sobre el «deber ser» de una esfera pública a la altura de los desafíos globales, el esbozo, como escribo en Presentación, *ibid.*, p. 128, se caracteriza por la radicalidad de muchas de sus normas: de la justiciabilidad de las lesiones de las libertades fundamentales debidas a los regímenes despóticos a la garantía de los derechos a la salud, la educación y la subsistencia de todos los seres humanos, de la ciudadanía universal a la abolición de las armas y los ejércitos, de la creación de un demanio planetario para la tutela del medio ambiente a la institución de una fiscalidad mundial sobre los grandes patrimonios y sobre las altísimas rentas capaz de financiar las instituciones globales de garantía.

que, nacido en China, no conoce fronteras e inundó el mundo en unas pocas semanas. Cada vez la humanidad está más integrada, es más frágil y, repito, más interdependiente. Porque estamos todos interconectados; porque estamos todos gobernados por poderes económicos y financieros globales; porque todos estamos expuestos a las mismas amenazas y a las mismas emergencias que pueden llevar a hacer la tierra inhabitable y a la extinción de la humanidad.

Esto quiere decir que por vez primera en la historia existe un pueblo global, en cuanto interconectado y unificado por los mismos desafíos y amenazas globales. No solo. Es la primera vez en la historia que está manifestándose un interés público y general bastante más amplio y vital que todos los diversos intereses públicos del pasado: el interés de todos por la supervivencia, asegurado hoy por los tratamientos y las vacunas y, mañana, por la prohibición de las armas y de los ejércitos y por las garantías de los bienes comunes y los derechos fundamentales de todos, como límites y vínculos a todos los poderes, tanto políticos como económicos. Esta es la

gran, positiva novedad generada por las emergencias y los desafíos globales: la creciente interdependencia entre los pueblos de la tierra, apta para generar una solidaridad sin precedentes entre todos los seres humanos y para refundar la política como política interna del mundo.

Naturalmente, el proceso constituyente de una Federación global basada en una Constitución de la Tierra está destinado a encontrar obstáculos potentísimos: en la miopía de la clase política, interesada en mantener sus pequeños poderes, y en los intereses de los grandes poderes económicos y financieros. Pero, frente a los desafíos y las amenazas que unen a todos, pobres y ricos, débiles y fuertes –la tierra, dice un viejo eslogan, es el único planeta que tenemos–, un despertar de la razón es posible. A la demanda acerca del sujeto constituyente de este proceso se puede responder que es el pueblo de la tierra; y que sus vanguardias son los sujetos débiles, víctimas de las violaciones –cada vez más masivas y visibles, escandalosas e intolerables– de los derechos fundamentales de los que ellos, como todos, son titulares.

La democracia extenuada por el mercado*

Alain SUPIOT**

La democracia es una de las respuestas inventadas por la humanidad para resolver la cuestión de la imposición de reglas de vida en una sociedad dada, que deben ser respetadas por todos sus miembros. Se trata de una cuestión vital para la especie humana y que únicamente se le plantea a la misma.

Para comprender este hecho es preciso remitirse a la antropología física, a este proceso, tan bien descrito por Leroi-Gourhan, que ha precipitado a los grandes simios que somos en un mundo de signos y de objetos, que dotan de materialidad a sus imágenes mentales¹. Como todo animal vivo, el ser humano está en el mundo sobre todo gracias a sus sentidos, pero a diferencia de todos ellos accede mediante el lenguaje y la técnica a un universo simbólico, que trasciende el aquí y el ahora de esta experiencia sensible. A la finitud de su vida orgánica y visceral se superpone el mundo ilimitado de sus representaciones mentales.

Pero como ha escrito el poeta, «el mundo mental miente, monumentalmente»². Ser bidimensional que tiene los pies sobre la tierra y la cabeza en el cielo, el ser humano se halla siempre amenazado por la pérdida de contacto con la realidad, por la posibilidad de ser raptado por el vértigo de sus representaciones mentales. Al acceder al universo embriagador de los símbolos, los seres humanos se encuentran expuestos en el mismo a un riesgo desconocido por otros animales: el riesgo de delirar y, ante todo, el riesgo de delirar de omnipotencia, razón por la cual deben ser «instituidos», es decir, hallarse sujetos a una representación del mundo que se imponga a la totalidad de los seres humanos. Una sociedad que no instituye a sus niños y niñas se atiene a la consecuencia de contemplar el surgimiento de niños y niñas asesinos. Instituir la razón es conducir a todo ser humano a encontrar el equilibrio entre la finitud de su existencia física y la infinitud de su universo mental o, dicho de otro modo, instituir es hacer que aprendamos a distinguir en el mundo de nuestras imágenes mentales, que simultáneamente nos liga y nos separa del mundo físico, lo que remite a la realidad y lo que remite a lo posible y al fantasma.

Este aprendizaje, que cada uno de nosotros hemos debido hacer como niños

* Traducción de Carlos Prieto del Campo (jurista, traductor y editor de *New Left Review* en castellano).

** Alain Supiot (1949), doctor en Derecho, ha desarrollado su trabajo en dos campos complementarios: el derecho laboral y la teoría jurídica. Catedrático de Universidad (Poitiers y Nantes), miembro de la Academia Británica y profesor del Collège de France. Entre sus obras destacan: *Critique du droit du travail* (1994), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit* (2005, reed. 2009), *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total* (2010), *La gouvernance par les nombres* (2015); *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXe siècle* (2019) y *La justice au travail. Quelques leçons de l'histoire* (2022), todas ellas traducidas al castellano.

1 André Leroi-Gourhan, *Le geste et la parole*, París, 1964; ed. cast.: *El gesto y la palabra*, Caracas, 1971.

2 Jacques Prévert, «[...] quand on le laisse seul / le monde mental / ment / monumentalement», «Il ne faut pas...», *Paroles* [1946], *Oeuvres complètes*, París, Gallimard-La Pléiade, 1992, p. 139.

y que de hecho nunca acaba verdaderamente, es indispensable para salir del solipsismo de nuestra vida subjetiva y para que compartamos con nuestros semejantes una misma representación del mundo, que nos permita comunicarnos con ellos. La condición primera de esta comunicación es someterse a la ley del lenguaje, es decir, referirse a símbolos que son exteriores a nosotros mismos y que se imponen sobre todos nosotros. Solo entonces podemos participar en una «asamblea de palabras» de la cual la democracia designa un tipo particular. Retomar la cuestión de la democracia a este nivel elemental de una «asamblea de palabras» permite evidenciar las condiciones de su constitución y de su perennidad. Como toda asamblea de palabras, la democracia supone que sus miembros comparten una misma referencia normativa, que en el caso de la democracia no es únicamente lingüística, sino también moral y económica.

I. La democracia es un tipo de asamblea de palabras

Es necesario, pues, efectuar en este momento una pequeña incursión en la lingüística para comprender lo que diferencia los intercambios lingüísticos de las señales que intercambian los animales. Si recurrimos a la tipología propuesta por Charles S. Peirce (1839-1914) podemos distinguir tres tipos de representación del mundo a las cuales corresponden tres tipos de referencias³:

La primera es *icónica*, siendo el ícono la imagen física del objeto representado con independencia de que este objeto exista o no; las imágenes son íconos, pero también

lo son los diagramas, las ecuaciones algebraicas o las metáforas⁴.

La segunda es *indiciaria*: el índice es la marca física o temporal de la presencia del objeto; no se asemeja a este objeto pero «señala» su presencia; «todo lo que marca la atención —escribe Peirce— es un índice en la medida en que marca la confluencia entre dos estados de la experiencia»⁵: un golpe dado a la puerta o un trueno, la vestimenta empapada del visitante, las manos callosas del trabajador, los andares acompañados del marinero, el reloj parpadeante del presidente, los movimientos de la vela, etcétera.

La tercera es *simbólica*: el símbolo se refiere al objeto por la mediación de un sistema de signos, independiente de toda semejanza o lazo físico o temporal con el mismo. Peirce lo define como un «*legisigno*»: «un símbolo es una ley»⁶, escribe, el signo constituye una ley para la totalidad de sus usuarios singulares. Toda palabra ordinaria es, pues, un símbolo aplicable a todo lo que puede realizar la idea ligada a la misma⁷. A diferencia del índice la palabra no se halla ligada físicamente a ningún objeto. Se halla ligada a los objetos por la mediación del sistema de signos del cual participa.

Al final de su vida Peirce afirmará que «el hombre es un signo» o, dicho de otro modo, es un animal *simbólico*, hecho que lo diferencia de los animales. Las señales que los animales se dirigen entre sí son numerosas y responden a situaciones diversas, pero evidencian una lógica indiciaria: cierto grito o silbido corresponde un objeto⁸.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

3 Charles S. Peirce, *The Essential Peirce*, vols. 1 y 2, *Selected Philosophical Writings (1867-1893)*, Minneapolis (IN), 1992.

8 Cf. Terence Deacon, *The Symbolic Species. The Coevolution of Language and the Human Brain*, Nueva York, 1997.

Una rata o un mono pueden aprender, pues, a establecer una correlación entre el sonido *comida* y la alimentación. Existe entonces un vínculo directo entre el signo y el objeto, siendo cada signo el índice de la presencia de un objeto o de una situación determinada, de un cierto peligro, por ejemplo. Se trata de un estímulo que funciona independientemente de otros en tanto que se encuentra verificado por el aquí y el ahora de la experiencia sensible (el estímulo desaparece si, de modo repetitivo, la rata deja de ver a su cuidador presentarse cuando oye la palabra *comida*, al igual que se deja de prestar atención a una alarma de incendios que se activa sin razón varias veces por semana).

Por el contrario, el significado de una palabra del lenguaje se conserva independientemente de su actualización y estaría tentado a decir que tanto más cuanto más esta actualización no es posible: la evocación de un baño de mar o de un paseo en la montaña tiene todavía más fuerza para un detenido que se pudre en una celda o para el enfermo entubado desde hace semanas en la cama de un hospital. De ahí esta capacidad del lenguaje subrayada por Leroi-Gourhan de transportarnos lejos del aquí y del ahora de nuestra existencia física. Esta capacidad se debe al hecho de que las palabras del lenguaje, a diferencia de los gritos de los animales, no funcionan como índices, independientemente los unos de los otros, sino por referencia las unas respecto a las otras, porque son solidarias de una misma estructura lingüística y su sentido varía, pues, en función de su asociación recíproca, tal y como se evidencia al consultar un diccionario. La palabra inglesa *fast* puede designar tanto el ayuno, como la fijeza o la velocidad⁹. El lenguaje nos per-

mite evocar tanto lo real como lo imaginario mediante esta estructura simbólica.

En lingüística, la noción de Referencia significa, pues, algo más que una simple indexación de las cosas o que un conjunto de señales indicadoras. Es también y ante todo una referencia a una estructura simbólica, que es necesariamente compartida por los hablantes. En palabras del gran lingüista Émile Benveniste:

En un enunciado, el lenguaje [*langue*] se utiliza para expresar una determinada relación con el mundo. La condición misma de esta movilización y apropiación del lenguaje es, en el hablante, la necesidad de referir a través del discurso y, en el otro, la posibilidad de co-referir idénticamente en el consenso pragmático que hace de cada hablante un co-hablante. La referencia es una parte integral de la enunciación¹⁰.

Mientras que el índice se refiere a un objeto natural, el lenguaje se refiere a un sistema de signos.

La referencia, en el sentido lingüístico utilizado aquí por Benveniste, no significa la referencia directa de una palabra a una cosa, sino la referencia común a un sistema simbólico capaz de expresar cualquier tipo de experiencia, real o imaginaria.

Como condición del lenguaje esta Referencia con R mayúscula no es obvia. O dicho de otro modo, lo que garantiza el sentido escapa a los sentidos. La comunicación lingüística nunca es, por consiguiente, binaria, sino siempre ternaria porque presupone en su concretización que los hablantes se refieren al mismo sistema simbólico. Este carácter ternario compromete a los sujetos humanos en lo que puede denominarse, en el sentido primario del término, una lógica de lo inter-dicto.

10 Émile Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, t. 2, París, 1974, p. 82 [ed. cast.: *Problemas de lingüística general*, 2 vols., Madrid, 2004]. Véase también sobre este punto Dany-Robert Dufour, *Les mystères de la trinité*, París, 1990, especialmente la segunda parte «La trinité et la langue», pp. 73 y ss.

9 Ch. S. Peirce, *The Essential Peirce*, vols. 1 y 2, *Select Philosophical Writings (1867-1893)*, cit., p. 122.

Existe una relación de ser que no se puede saber [...]. Este saber imposible, está, por lo tanto, interdicto [...]. Este saber imposible se censura, se defiende, pero no lo es si escribimos pertinentemente lo inter-dicto. Se dice entre las palabras, entre las líneas [...].

Se trata de mostrar por dónde va su conformación, este metalenguaje que no es y que yo hago ex-sistir. Sobre lo que no se puede demostrar, puede decirse, sin embargo, algo de verdad¹¹.

La referencia es un tercero obligado que al mismo tiempo se interpone y conecta a los hablantes, es decir, en sentido literal, constituye una fuente de *interdicción*. Podemos comprender, pues, por qué las sociedades humanas no pueden reducirse a rebaños ni las comunidades políticas al hecho de «vivir juntos». Como demuestra la experiencia de los niños salvajes, los sujetos humanos no pueden alcanzar la razón sin la sociedad y tampoco formar una sociedad sin someterse a una Referencia común, es decir, sin obedecer a una lógica de la interdicción, que les permita intercambiar palabras en lugar de golpes. Abordar la cuestión de la democracia a este nivel elemental nos permite comprender lo que la asemeja y lo que la distingue de otras formas de organización política. Lo que la asemeja es la necesidad de una referencia común y la lógica de la *interdicción*. Lo que la distingue de otras formas de organización política es la forma en que se imponen estas *interdicciones*.

En la larga historia de los sujetos humanos pobres, estas interdicciones han sido impuestas la mayor parte de las veces por los pocos, cuyo poder se basaba en la religión, la tradición o, más raramente, en la mera fuerza. Tal es el caso de los regíme-

nes aristocráticos, monárquicos o despóticos, que la ciencia política se ha esforzado en clasificar desde Aristóteles hasta Montesquieu. En todos estos regímenes reina la heteronomía, es decir, las reglas de la vida se atribuyen a dioses o a hombres que gozan de un estatus superior a los demás.

La democracia nace de una práctica en realidad rara, de la que la antigua Grecia no tenía, sin embargo, el monopolio, consistente en que los hombres libres de una determinada sociedad se reúnen para decidir juntos y en pie de igualdad sobre los asuntos comunes. De ahí el derecho de cada miembro de esta asamblea a contribuir a la promulgación de la norma contradiciendo eventualmente el punto de vista de sus homólogos. De ahí la dimensión agonística de la democracia, que, desde el punto de vista jurídico, en ningún caso se ha expresado con más fuerza que en el derecho laboral¹².

La investigación comparativa impulsada por Marcel Détienne¹³ ha demostrado que la práctica democrática de las asambleas de palabras puede encontrarse en épocas y lugares tan diversos como en los *ochollo* de Etiopía¹⁴, en las comunidades monásticas de Japón¹⁵ o de la Europa medieval¹⁶, en las asambleas del clero en la Francia del siglo XV y de los guerreros cosacos en la Ucrania de los siglos XVI y XVII, o

12 Chantal Mouffe, *L'illusion du consensus*, París, 2016 y de la misma autora *Agonistique*, París, 2014.

13 Cf. Marcel Détienne (ed.) *Comparer l'incomparable*, París, 2000, y bajo su dirección *Qui veut prendre la parole?*, París, 2003, prefacio de Pierre Rosanvallon.

14 Cf. Marc Abelès, «Pouvoir et société chez les Ochoollo d'Éthiopie méridionale», *Cahiers d'études africaines*, vol. 18, núm. 71, 1978. pp. 293-310; y «Revenir chez les Ochoollos», en M. Détienne, *Qui veut prendre la parole?*, cit., pp. 393 y ss.

15 Cf. Pierre-François Souyri, «Des communautés monastiques dans le Japon médiéval», en M. Détienne, *Qui veut prendre la parole?*, cit., pp. 85 y ss.

16 Cf. Hélène Millet, «Chanoines séculiers et conseils de prélats. En France, à la fin du Moyen Âge», *ibid.*, pp. 95 y ss.

11 Esta grafía evocadora («inter-dicto») fue propuesta por primera vez por Lacan. Cf. Jacques Lacan, *Encore. Séminaire, vol. XX*, Jacques-Alain Miller ed., París, Seuil, 1975, p. 151; ed. cast.: *Seminario 20: Aun. 1972-1973*, Buenos Aires, 1998.

en las asambleas de los habitantes de los atolones del Pacífico, de acuerdo con las descripciones efectuadas por los primeros etnólogos que desembarcaron allí en el siglo XIX¹⁷. Más allá de su diversidad, todos estos casos presentan algunas constantes: la institución de un *lugar de lo político* donde las personas se reúnen según *procedimientos reglados* para debatir en *pie de igualdad* cuestiones de *interés común* y tomar *decisiones* que se impondrán a la totalidad de sus miembros.

Vernant ha descrito, en páginas magníficas, la dimensión espacial del debate democrático así concebido¹⁸. Cuando sus miembros se reúnen, todos ellos tienen el mismo derecho a hablar (*isègoria*). Simbolizado por un cetro, el poder se «sitúa en el centro» (*en meso*: que también designa el medio y la medida) del círculo formado por sus semejantes (*homoioi*). El que quiere hablar avanza hasta el centro y toma el cetro, indicando así el carácter público de las palabras que va a pronunciar, y cuando ha terminado lo deja y vuelve a ocupar su lugar. Su palabra deja de ser pública y vuelve a ser privada.

II. La institución de la democracia

Desde sus orígenes antiguos hasta el giro neoliberal, la democracia siempre ha sido pensada como una frágil construcción institucional, que posee dos caras complementarias: una objetiva –las instituciones de la ciudad– y otra subjetiva: la institución de los ciudadanos

En el plano objetivo, la democracia se-

para y articula cuidadosamente tres instituciones, cada una de ellas dotada de sus propios lugares y de sus propias reglas:

- a) la asamblea política, la esfera de la deliberación del interés público;
- b) el mercado, la esfera de la negociación de los intereses privados; y
- c) lo sagrado (*religio* en su sentido jurídico original), la esfera de una Referencia dogmática, que es a la vez fuente de sentido y garante de la credibilidad de la palabra, ya sea esta comercial o política.

Esta tercera dimensión, evidente cuando se observa el trazado de las ciudades griegas o de las ciudades libres medievales, pasa desapercibida para la ciencia política contemporánea, que desdeña, de modo apresurado en nuestra opinión, la tesis de que la democracia iría de la mano de la secularización de lo político. O para decirlo en términos más precisos, la tesis en virtud de la cual la autonomía colectiva podría constituirse independientemente de toda heteronomía¹⁹. Al igual que la libertad de palabra, la libertad política requiere la heteronomía de una Referencia que se impone a todos. La palabra clave de toda democracia es la isonomía, el derecho igual a participar en la deliberación de las leyes. Pero esta isonomía en la esfera pública se sitúa bajo la égida de lo que el *Digesto* llama, para definir el derecho público, las «cosas sagradas»²⁰.

Este vínculo entre fe compartida y libertad cívica fue subrayado por Tocqueville al observar la joven democracia estadouni-

17 Cf. Jean-Paul Latouche, «Maison d'assemblée au milieu du Pacifique», *ibid.*, pp. 303 y ss.

18 Jean-Pierre Vernant, *Mythe et pensée chez les Grecs*, París, 1965, vol. 1, pp. 179-180 [ed. cast.: *Mito y pensamiento en la Grecia antigua*, Barcelona, 2013]. Véase también Pierre Lévêque y Pierre Vidal-Naquet, *Clisthène l'Athénien*, París, 1964.

19 Esta tesis de la autonomía colectiva radical es defendida fundamentalmente por Cornelius Castoriadis, véase por ejemplo, *Le monde morcelé. Carrefours du labyrinthe* 3, París, 1990, pp. 137-171.

20 «[...] *sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*», ([...] pues hay, en efecto, unas cosas útiles en el ámbito público y otras en el privado. El derecho público se apoya en lo sagrado, en los sacerdotes y en los magistrados), *Digesto*, 1, 1. § 2.

dense: «Si un hombre», escribió Tocqueville, «no tiene fe, debe servir, y si es libre, debe creer»²¹. De hecho, la Declaración de Independencia de Estados Unidos se inicia con la afirmación de «verdades evidentes en sí mismas», es decir, comienza a partir de una base axiológica que confiere a la comunidad política un sentido susceptible de imponerse a la totalidad de sus miembros.

Así concebida, la democracia requiere, para perdurar, la institución de un *demos*, un pueblo de ciudadanos, cuyos miembros cumplen tres condiciones, cada una de las cuales corresponde a una de estas dimensiones constitutivas de la democracia:

a) una *formación y una educación*, que les permita distinguir entre el interés público y sus intereses privados;

b) la *independencia económica a través del trabajo*, de modo que los ciudadanos y ciudadanas no se hallen separados por una desigualdad de riqueza demasiado grande ni esclavizados los unos a los otros; y

c) una *ética de la verdad*, es decir, la valentía de decir lo que se piensa y de confrontar el pensamiento de los demás en asambleas de palabra concebidas para acordar lo que es y lo que *debe ser*.

Estas tres condiciones, estructuralmente ligas entre sí, definen los elementos de lo que una larga tradición ha denominado la virtud cívica, la cual podría calificarse como la dimensión subjetiva de la democracia.

a) La educación se refiere a lo que los griegos llamaban *paideia* (παιδεία), es decir, la educación entendida no en el sentido de la acumulación de conocimientos, sino en el sentido de formación moral. La práctica del debate democrático es una escuela de argumentación racional, un lugar donde el argumento de autoridad

cede ante la autoridad del argumento. Al mismo tiempo, presupone y ayuda a mantener en quienes participan en ella la capacidad de distinguir entre la utilidad privada y la utilidad pública y de dotar de prioridad a la segunda sobre la primera. El modelo de esta educación es el servicio del interés general, no el enriquecimiento personal. A los griegos les habría parecido repugnante la idea de ofrecer a los jóvenes como ideal la figura del multimillonario.

Este punto será subrayado muchos siglos después por Montesquieu, quien distingue tres tipos principales de gobierno –monárquico, despótico y republicano–, cada uno de ellos basado en un principio: el honor, el miedo y la virtud. Cada una de estas formas de gobierno, para mantenerse, debe inculcar a su juventud su respectivo principio rector. Este imperativo es particularmente importante para el gobierno republicano

En el gobierno republicano tiene la mayor importancia disponer de todo el poder de la educación. El temor a los gobiernos despóticos nace de sí mismo entre las amenazas y los castigos; el honor de las monarquías se ve favorecido por las pasiones, que a su vez favorece: pero la virtud política es una renuncia a uno mismo, algo siempre algo muy doloroso.

Esta virtud puede definirse como el amor a las leyes y a la patria. Este amor, que exige una continua preferencia del interés público sobre el propio, otorga todas las virtudes particulares; ellas no son más que esta preferencia [...].

Todo depende, por lo tanto, de establecer este amor en la república; y es para inspirarlo que la educación debe estar atenta²².

b) La democracia requiere, en segundo lugar, que los ciudadanos disfruten de una autonomía económica mediante el trabajo y en el lugar de trabajo. Con las reformas

²¹ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1966, vol. 2, p. 29.

²² Charles Louis de Secondat y de Montesquieu, *L'esprit des lois* [1748], libro IV, capítulo. V, *Œuvres complètes*, París, Gallimard-La Pléiade, tomo 2, 1951, pp. 266-267; ed. cast.: *Del espíritu de las leyes*, Madrid, 2007.

de Solón de 594-593 a.C. surgió la idea de que el trabajo independiente constituía la base necesaria para la ciudadanía de los menos afortunados y esta idea se reafirmó constantemente a lo largo de la historia de las instituciones democráticas hasta el siglo XX.

Esta necesidad de proteger la democracia del dominio de los más ricos fue una poderosa motivación para los padres fundadores de las democracias francesa y americana, que pretendían hacer realidad no el capitalismo, sino un pueblo de pequeños trabajadores independientes. Fieles a Rousseau, los revolucionarios franceses opusieron a la mano invisible del mercado la soberanía de la voluntad general y al apetito de riqueza el culto de la virtud.

Es sumamente importante no sufrir en la república la presencia de financieros profesionales: no tanto por sus ganancias deshonestas como por sus principios y sus ejemplos, que al extenderse prontamente por la nación destruyen todos los buenos sentimientos mediante la estima de la abundancia ilícita y sus ventajas, que cubren de desprecio y oprobio al desinterés, a la sencillez, a la moral y a la totalidad de las virtudes²³.

Rousseau no fue el único filósofo francés que pensó así. Siempre se cita a Montesquieu por su defensa de las virtudes civilizadoras del «comercio amable». El economista Albert O. Hirschman lo cita ampliamente en su excelente libro sobre las justificaciones políticas del capitalismo antes de su apogeo, titulado *The Passions and the Interests*²⁴. Pero curiosamente

Hirschman no menciona la distinción efectuada por Montesquieu entre los beneficios del espíritu de comercio entre naciones y sus perjuicios en las relaciones entre individuos.

El efecto natural del comercio es el de traer la paz. Dos naciones que comercian entre sí se hacen recíprocamente dependientes: si una tiene interés en comprar, la otra tiene interés en vender; y todas las uniones se fundan en necesidades mutuas. Pero si el espíritu del comercio une a las naciones, no une igualmente a los individuos. Vemos que en los países donde sólo está presente el espíritu de comercio, se trafica con todas las acciones humanas y con todas las virtudes morales: las cosas más pequeñas, las que exige la humanidad, se hacen o se dan por dinero²⁵.

Para evitar este exceso, las leyes deben «dividir las fortunas a medida que el comercio las aumenta» para que los pobres puedan —y los ricos deban— vivir de su trabajo.

Para mantener el espíritu del comercio, es necesario [...] que [las leyes], dividiendo las fortunas a medida que el comercio las aumenta, coloquen a todo ciudadano pobre en una situación de bienestar suficiente, que pueda trabajar como los demás; y a todo ciudadano rico en un estado de pobreza tal, que necesite de su trabajo para conservar o adquirir²⁶.

De Jefferson a Eisenhower, pasando por Brandeis y Roosevelt, el trabajo independiente siempre se ha percibido como la mejor escuela de *autogobierno* y la captura del poder político por el poder económico como un peligro mortal para la democracia. Roosevelt volvió a hablar de ello en su último discurso de enero de 1944 en el que pedía la adopción de una *Second Bill of Rights*:

23 Jean-Jacques Rousseau *Projet de constitution pour la Corse* [1765], *Œuvres complètes*, París, Gallimard-La Pléiade, tomo 3, 1970, p. 933; ed. cast.: *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, Madrid, 1988.

24 Albert O. Hirschman, *The Passions and the Interests: Political Arguments for Capitalism before Its Triumph*, New Jersey (NJ), Princeton University Press, 1980 (edición revisada de 2013); ed. cast.: *Las pasiones y los intereses*, Madrid, 2014.

25 Ch. L. de S. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XX, «Des lois dans le rapport qu'elles ont avec le commerce considéré dans sa nature et ses distinctions», capítulo 2, «De l'esprit du commerce», cit.

26 *Ibid.*, Libro. V, capítulo VI, p. 280.

Somos absolutamente conscientes de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. «Los hombres en estado de necesidad no son hombres libres». Quienes pasan hambre y no tienen trabajo constituyen la materia de la que están hechas las dictaduras²⁷.

c) La tercera condición exigida a los miembros de una sociedad democrática es una ética de la verdad. Esta ética es lo que Foucault, interpretando el teatro clásico de los griegos, llamó la buena «*parrêsia*», el «decir la verdad»²⁸.

La *parrêsia* es algo cuyo lugar está garantizado y definido por la *politeia*. Pero la *parrêsia*, el decir la verdad del hombre o la mujer políticos, es lo que garantizará el juego adecuado de la política. Me parece que es en este punto crucial donde reside la importancia de la *parrêsia*. En todo caso, me parece que radica ahí la problemática de las relaciones de poder immanentes a una sociedad y que, a diferencia del sistema jurídico-institucional de la misma, hace que ella sea efectivamente gobernada. Los problemas de la gubernamentalidad aparecen y se formulan –por primera vez en su especificidad, en su relación compleja, pero también en su independencia de la *politeia*– en torno a esta noción de *parrêsia* y del ejercicio del poder a través del discurso verdadero²⁹.

La buena *parrêsia* se define por oposición a la mala *parrêsia*, que adopta su apariencia para engañar mejor a la ciudadanía. El «hablar sin ambages» de los demagogos, pero también el «hablar falso» de los sofistas, son denunciados por Vico como «barbarie de la reflexión» y «calumnia de la verdad». Este hablar falso no se basa en



Alfred Kubin, *Cuento de Hadas Siberiano*, 1902

una preocupación por la verdad, sino en una preocupación por seducir a las masas con discursos capciosos. Es lo que hoy en día denominamos mediante la «Oxford Dictionaries Word of the Year 2016»: la «post-truth» politics, la política de la «posverdad».

Foucault no fue el primero en destacar la importancia de esta dimensión subjetiva, es decir, la importancia de la dependencia del buen funcionamiento de las instituciones democráticas de la interiorización de estas virtudes cívicas por parte de las personas que tienen el coraje de hacerlas prosperar. Foucault vuelve a descubrir el papel fundamental de lo que –de Cicerón a Vico y a Montesquieu– toda una línea de juristas ha denominado las «virtudes cívicas», uno de cuyos primeros elencos fue elaborado por el primero de estos³⁰.

27 La afirmación de que «*necessitous men are not truly free men*» proviene del *common law*, esto es, de la sentencia del caso *Vernon v Bethell* de 1762 (*Vernon v Bethell* [1762] 28 ER 838).

28 Cf. Michel Foucault, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France, 1982-1983*, París, 2008 [ed. cast.: *El gobierno de sí y de los otros*, Madrid, 2011]. Véase María Andrea Rojas, *Michel Foucault: la «parrêsia», une éthique de la vérité*, Tesis de Filosofía, Université Paris Est Créteil Val-de-Marne, 2012, 407 pp.

29 M. Foucault, *Le gouvernement de soi et des autres*, cit., p. 147 (la cursiva es mía, A.S.).

30 Marco Tulio Cicerón, *De inventione*, II, LIII, *Œuvres complètes de Cicéron*, París, Firmin Didot, t. 1, 1869. [Modificada por mí la traducción de *vindicatio*, incorrectamente traducida por venganza en esta edición (A. S)].

Religio est, quæ superioris cujusdam naturæ, quam divinam vocant, curam caerimoniamque affert; pietas, per quam sanguine conjunctis patriæque benivolis officium et diligens tribuitur cultus; gratia, in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur; vindicatio, per quam vis aut iniuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur; observantia, per quam homines aliqua dignitate antecedentes cultu quodam et honore dignantur; veritas, per quam immutata ea, quæ sunt, aut ante fuerunt, aut futura sunt, dicuntur.	La <i>religión</i> nos enseña a rendir homenaje y culto a una naturaleza suprema, que denominamos divina. La <i>piedad</i> es el cumplimiento exacto de nuestros deberes hacia nuestros padres y los benefactores de nuestra patria. El <i>reconocimiento</i> es el recuerdo del apego y el afecto de otro, y el deseo de hacerle un servicio a cambio del que previamente nos ha prestado. La <i>acción defensiva</i> rechaza y castiga la violencia, la injusticia y todo lo que pueda perjudicarnos. El <i>respeto</i> consiste en las muestras de deferencia expresadas hacia los hombres superiores en mérito y dignidad. La <i>verdad</i> es el relato y la imagen fiel del presente, el pasado o el futuro.
--	--

La *parrêsia* estudiada por Foucault es la *veritas* latina, una virtud indispensable para el funcionamiento de las asambleas de palabras regidas por un derecho igualitario a la palabra (*isègoria*), asambleas que son la sustancia de las instituciones democráticas. Hablar de la virtud tiene el mérito de subrayar que los ciudadanos deben estar animados individual y colectivamente por el compromiso de decir la verdad para que la democracia funcione. Animados, es decir, educados, instituidos en el respeto de la verdad y en la capacidad económica de expresarla.

La *parrêsia* no es, como escribe Foucault, «independiente de la *politeia*», entendida esta como el marco jurídico-institucional de la democracia. Siempre incómodo con la cuestión jurídica, el propio Foucault niega esta idea de independencia comenzando por observar muy justamente que «la *parrêsia* es algo cuyo lugar está garantizado y definido por la *politeia*». Porque si hace falta valor para decir la verdad en una asamblea democrática, este valor no es el mismo que el exigido al consejero del Príncipe, al combatiente de la resistencia contra la ocupación, al disidente soviético o al prisionero del Gulag inmortalizado por Shalámov en sus

*Relatos de Kolimá*³¹. En este último caso, el riesgo es la muerte y la virtud requerida no es sólo la *veritas*, sino también la *vindicatio*: el valor no sólo de enunciar la verdad, sino de intervenir en su defensa y de denunciar la injusticia.

Shalámov es alineado por la noche en el patio del campo para proceder a un interminable pase de lista en el frío siberiano. Otro prisionero, agotado, se ha desplomado en el suelo. Su rostro está ensangrentado. Los soldados lo patean con sus botas para obligarle a levantarse.

De repente, me invadió una ola de calor. Sabía que todo, toda mi vida, se iba a decidir en ese momento. Que si no hacía algo –no estaba seguro de qué– habría venido aquí con este convoy para nada, habría vivido mis veinte años para nada. La vergüenza de mi propia cobardía que había encendido mis mejillas me abandonó: sentí que se enfriaban mientras mi cuerpo se dotaba de ligereza.

Me salí de la línea y dije con voz quebrada:
–Os prohíbo que golpeeis a este hombre.

Alimentado por su experiencia en el Gulag, el genio de Shalámov nos ofrece aquí un sentido de lo que significa la ins-

31 Cf. Varlam Chalamov, *Récits de la Kolyma*, París, 2003, pp. 814-815; ed. cast.: *Relatos de Kolimá*, 6 vols., Barcelona, 2007-2017.

titudin del sujeto, de su incorporaci3n de una virtud cuyo ejercicio adquiere un valor existencial. Nos ofrece tambi3n la comprensi3n rec3proca del proceso de destituci3n en un universo concentracionario, donde el ser humano es met3dicamente despojado de su condici3n de sujeto de derecho y empujado a abdicar de cualquier tipo de virtud.

Sin necesidad de evocar estas situaciones extremas, resulta en verdad obvio que el valor exigido para decir la verdad no es el mismo en las instituciones no democr3ticas. Estas instituciones reconocen a todos la calidad de sujetos de derecho, pero asignan una posici3n subordinada a la mayor3a, lo que reduce o elimina su libertad de palabra. Este es el caso, sobre todo, de la empresa. La falta de reconocimiento de la dimensi3n institucional del hecho de decir la verdad conduce a la confusi3n actual, que consiste en equiparar la negociaci3n colectiva con la democracia en la empresa. Donde existe una relaci3n de dependencia o subordinaci3n, no puede haber *is3goria*, ni derecho a hablar en igualdad de condiciones. En cuanto se deja de lado este contexto institucional y se considera al individuo como el 3nico agente capaz de decir la verdad, se nos induce a pensar falsamente en la empresa seg3n el modelo de una *politeia* democr3tica. El riesgo es entonces hacer de la negociaci3n colectiva un instrumento de sumisi3n colectiva.

III. La desinstitucionalizaci3n de la democracia

Dependiente de la virtud de sus miembros, la democracia es un r3gimen particularmente fr3gil y expuesto a riesgos espec3ficos, los cuales fueron diagnosticados por Giambattista Vico en las 3ltimas p3ginas de su *Scienza nuova*. Vico admira la grandeza de lo que llama las «rep3blicas po-

pulares» en las que «pueblos enteros que quieren la justicia en com3n, promulgan leyes justas»³². La pr3ctica democr3tica de la deliberaci3n de las leyes es una escuela de la raz3n, que lleva a estos pueblos a dotar de una base filos3fica y no propiamente religiosa al orden social³³. Pero si tales rep3blicas son admirables, tambi3n son fr3giles, pues su durabilidad depende de la virtud de sus ciudadanos.

En el momento mismo en que estas «rep3blicas populares» alcanzan el mayor 3xito pol3tico y material, se exponen a lo que Vico denomina la «barbarie de la reflexi3n», que consiste en utilizar la abstracci3n, no para alejarse de las propias pasiones y tratar de acordar una visi3n objetiva del mundo, sino para «calumniar la verdad» y servir a cualquier causa con tal de que ello convenga con los propios intereses particulares. Emancip3ndose de todo sentido com3n, «necios cultivados» se dedican entonces a descalificar la idea misma de inter3s general o a subordinarla a la b3squeda del inter3s privado³⁴. De acuerdo con Vico, las rep3blicas que sufren este mal ven c3mo sus ciudadanos pierden el inter3s por el bien com3n y «se extingue en ellos la fuerza que hab3a sacado a los individuos de su soledad original»³⁵. Entonces, «los pueblos se descomponen» y cada uno se hunde en una apat3a c3vica y en una soledad moral de la que Vico traza un cuadro asombroso:

Estos pueblos se han [...] acostumbrado, como las bestias, a no pensar m3s que en sus intereses particulares y han llegado al 3ltimo

32 Giambattista Vico, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations* [1744], Par3s, 2001, § 1101, p. 535.

33 *Ibid.*, § 1040, p. 501. V3ase Alain Pons, *Vie et mort des nations. Lecture de la Science nouvelle de Giambattista Vico*, Par3s, 2015, pp. 307 y ss.

34 G. Vico, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, cit., § 1102.

35 Cf. Alain Pons, *Vie et mort des nations. Lecture de la Science nouvelle de Giambattista Vico*, cit., p. 315.

grado de los disfrutes refinados, o, por decirlo mejor, del orgullo, a la manera de los animales salvajes, que, a la menor contrariedad, se ofenden y se vuelven feroces. Así, en medio de la mayor riqueza y conviviendo juntos en gran número, viven como fieras en una profunda soledad de sentimientos y voluntades y difícilmente se encuentran dos que estén de acuerdo, pues cada uno sigue su propio placer o capricho³⁶.

En este estado de descomposición, el poder político se esclaviza al poder del dinero, abriendo el camino a los demagogos que construyen el lecho de las guerras civiles, de modo que, escribe Vico, los hombres caen «desde una perfecta libertad a una perfecta tiranía»³⁷. Sólo la experiencia de esta vuelta a la barbarie de los sentidos puede llevarlos a recuperar el sentido de las virtudes cívicas:

la dedicación a la patria, la lealtad, la verdad, que son los fundamentos naturales de la justicia.

Este diagnóstico, como veremos en la conclusión, es de gran actualidad.

Estos tres fundamentos de la democracia esbozados anteriormente fueron objeto de ataque a partir de la década de 1970 por el análisis económico del derecho, que ha propiciado la asimilación de la democracia a un «mercado de ideas». En 1975, uno de los fundadores de la doctrina de la *Law and Economics*, Richard Posner, describió la elaboración de la ley como un proceso de mercado³⁸. Posner simplemente estaba poniendo en práctica una idea planteada el año anterior por Ronald Coase en un artículo seminal titulado «The Economics of the First Amendment. The Market for Goods and the Market for Ideas»³⁹. En

opinión de Coase, no existe ninguna diferencia fundamental entre estos dos tipos de mercados de bienes e ideas y, por lo tanto, deben utilizarse las mismas herramientas económicas para decidir las políticas públicas respecto a los mismos⁴⁰. Esta asimilación de la democracia a un mercado de ideas fue consagrada por el Tribunal Supremo estadounidense a partir de las sentencias dictadas en los casos *Buckley v. Valeo* (1976) y *First National Bank v. Bellotti* (1978)⁴¹. Sin embargo, sus efectos se mantuvieron limitados hasta la sentencia del caso *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010), que sacó todas las conclusiones lógicas de tal amalgama⁴².

Este último caso involucraba a *Citizens Union*, una asociación conservadora sin ánimo de lucro pero fuertemente financiada por intereses privados (su presupuesto anual era del orden de 12 millones de dólares), que deseaba emitir gratuitamente un documental titulado *Hillary* con ocasión de las primarias demócratas de 2008, que era en realidad un ataque dirigido contra la candidata Hillary Clinton. En virtud de la *Bipartisan Campaign Reform Act* (2002), las empresas tenían el derecho a sostener determinadas opiniones políticas, pero no podían intervenir directamente a favor o en contra de un candidato concreto durante el periodo previo a las elecciones. Su intervención en este contexto debía adoptar la forma de comités *ad hoc*, cuyo gasto estaba limitado y cuyo funcionamiento era objeto de una estricta supervisión por parte de la Federal Election Commission (FEC). *Citizens Union* había impugnado únicamente este límite de gasto, pero los

36 G. Vico, *Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations*, cit., § 1106.

37 *Ibid.*, § 1102.

38 Williams. M. Landes y Richard A. Posner, «The independent Judiciary in an Interest-Group Perspective», *Journal of Law and Economics*, vol. 18, núm. 3, 1975, p. 877.

39 Ronald Coase «The Economics of the First Amendment. The Market for Goods and the Market for Ideas»,

American Economic Review, Papers and Proceedings, vol. 64, núm. 2, 1974, pp. 384-391.

40 *Ibid.*, p. 389.

41 Véase *Buckley v. Valeo* [1976] 424 U.S. 1; y *First National Bank v. Bellotti* [1978] 435 U.S. 765.

42 Véase *Citizens United v. Federal Election Commission* [2010] 558 U.S. 310.

cinco jueces conservadores del Tribunal Supremo –los magistrados Roberts, Alito, Scalia, Thomas y Kennedy– aprovecharon el caso para prohibir cualquier tipo de intervención en el «mercado de las ideas», más allá de las obligaciones de transparencia. Al obrar de este modo, esta sentencia consagró los dos principios inherentes al análisis de la democracia concebida como un «mercado de ideas»⁴³.

El primer principio es *la equivalencia entre la cantidad de dinero y la cantidad de ideas*. Toda reducción de la cantidad de dinero gastado en propaganda política es una reducción de la cantidad de expresión política y ello se presume que restringe el número de temas discutidos, la profundidad de su discusión y el volumen de la audiencia alcanzada.

El segundo principio es el de *la igualdad de trato entre las personas jurídicas y las personas físicas en el ámbito de la libertad de expresión*. A diferencia del análisis funcional de la personalidad jurídica defendido anteriormente, la sentencia de *Citizens United v. Federal Election Commission* considera que las personas jurídicas son «hablantes» como cualquier otro, afirmando lo siguiente:

Con independencia del propósito o el efecto de regular el contenido [...], el gobierno puede violar la Constitución cuando por ley identifica a ciertos sujetos hablantes como preferidos. *Al privar del derecho a hablar a unos y dárselo a otros, el gobierno priva a la persona o clase desfavorecida del derecho a utilizar la palabra para luchar por el establecimiento del valor, la posición y el respeto de la voz del hablante*. El gobierno no puede privar por estos medios a la ciudadanía del derecho y del privilegio de determinar por sí misma qué discursos y qué hablantes son dignos de consideración. La Primera Enmienda protege la palabra y al hablante y las ideas que surgen de cada uno de ellos.

Así pues, toda restricción a su contribución al debate público constituye una censura incompatible con la Primera Enmienda. De ahí que se invierta la jurisprudencia sentada en *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990) que había validado tal restricción⁴⁴.

Austin v. Michigan Chamber of Commerce interfiere con el «mercado abierto» de ideas protegido por la Primera Enmienda. Permite al gobierno prohibir el discurso político de millones de asociaciones de ciudadanos.

La censura a la que nos enfrentamos ahora tiene un gran alcance. *El gobierno ha «reprimido las voces que mejor representan a los segmentos más importantes de la economía» [...]*.

Cuando el gobierno pretende utilizar todo su poder, incluido el derecho penal, para ordenar de dónde puede obtener una persona su información o qué fuente carente de confianza no puede escuchar, utiliza la censura para controlar el pensamiento. Esto es ilegal. La Primera Enmienda confirma la libertad de pensar por nosotros mismos⁴⁵.

El Tribunal Supremo no duda en afirmar que la voz de las grandes empresas es la que *mejor representa* el interés económico nacional. Todo ello después de haber invocado el principio de igualdad para otorgarles los mismos derechos de expresión que a los ciudadanos de a pie. No hay que establecer diferencia alguna entre la voz de un ciudadano común y la de una empresa, pero hay que reconocer que la voz de las empresas es la mejor, la *maior pars* del electorado, para usar y tergiversar aquí el vocabulario de los canonistas⁴⁶. O para decirlo con las palabras de Orwell en *Rebelión en la granja* (1945): «Todos los ani-

44 Véase *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* [1990] 494 U.S. 652.

45 Véase *Citizens United v. Federal Election Commission*, cit. (la cursiva en ambas citas es mía, A.S.).

46 Véase Léo Moulin, «Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes», *Politix*, vol. 11, núm. 43, 1998; y Brian Tierney, «A Conciliar Theory of the Thirteenth Century», *The Catholic Historical Review*, vol. 36, núm. 4, 1951.

43 Cf. Timothy K. Kuhner, *Capitalism v. Democracy. Money in Politics and the Free Market Constitution*, Stanford (CA), 2014.

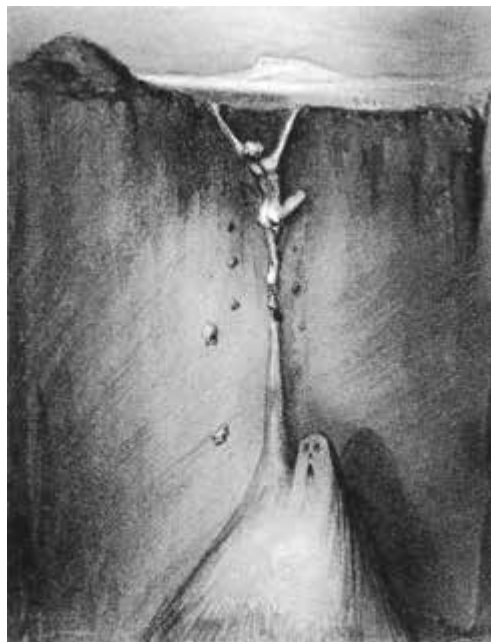
males son iguales, pero algunos son más iguales que otros»⁴⁷.

La asimilación de la democracia al mercado, considerada ya en los escritos de juristas como el juez Holmes publicados a partir de 1919, se vio paradójicamente alimentada por el *New Deal*, que de hecho fue impulsado por la creencia en el crecimiento ilimitado, concebido a modo de una especie de motor económico de la historia, que el Estado social podría utilizar para conciliar la concentración de capital con la justicia social⁴⁸. La dogmática económica adquirió así una posición preponderante que ha pasado a ser igualmente predominante en el campo jurídico. Y esta dogmática económica confiere a su vez una legitimidad «científica» a la asimilación de las ideas y las creencias a productos que compiten en un mercado, así como a la definición de la democracia como un régimen que protege a la concepción y la circulación de tales productos intelectuales de cualquier tipo de intervención legislativa. En cuanto la esfera del mercado absorbe la esfera de la política (mercado electoral) y la esfera de lo sagrado (mercado de las religiones)⁴⁹, la figura del ciudadano se desvanece en favor de la del consumidor y la ética de la ciudadanía –conformada por la educación, la independencia mediante el trabajo y en el lugar del mismo, así como por el respeto a la verdad– pierde su sentido.

El estatus especial de la palabra política presente en todos los experimentos democráticos, es decir, la cualidad de una palabra que se supone que expresa una deter-

minada representación del bien público y no la defensa de intereses privados, ya no tiene razón de ser. Todas las palabras son equivalentes *a priori* en el mercado de las ideas y reducir la cantidad de dinero que se puede invertir en él sería reducir la libertad de palabra. La democracia da paso entonces a lo que Colin Crouch ha denominado posdemocracia: un régimen que ya no somete la esfera económica a los principios de libertad e igualdad de los ciudadanos, sino que, por el contrario, somete la esfera política al libre juego de las leyes económicas⁵⁰.

Este régimen encuentra su mejor expresión en la actual Constitución china, cuyo artículo 1 define la República Popular China como un «Estado de dictadura democrática».



Alfred Kubin, *Angustia*, 1903

47 George Orwell, *Animal Farm*, Londres, 1945; ed. cast.: *Rebelión en la granja*, Barcelona, 2013.

48 Véase *Abrams v. United States*, [1919] 250 U.S. 616.

49 Sobre esta extensión del concepto de mercado, véase Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face le marché total*, París, 2010; ed. cast.: *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona, 2011.

50 Colin Crouch, *Post-Democracy* Londres, 2004; ed. cast.: *Posdemocracia*, Madrid, 2004.

El consentimiento sexual afirmativo y los estándares probatorios*

Silvina ÁLVAREZ MEDINA

La Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual (LO 10/2022), recientemente aprobada en España, ha suscitado el debate sobre varias cuestiones relacionadas con el tratamiento jurídico penal de la libertad sexual. En este artículo me quiero centrar solo en algunas de estas cuestiones, más precisamente la noción de consentimiento sexual y sus elementos relevantes, cuya presencia debe ser objeto de prueba en el proceso cuando exista una acusación de agresión sexual. Antes de analizar estas cuestiones puntuales se hará un breve apunte sobre la oportunidad de abordar jurídicamente la libertad sexual. La teoría jurídica feminista ha desarrollado desde las últimas décadas del siglo pasado una reflexión extensa sobre género y derecho, es decir, sobre el tratamiento jurídico de relaciones interpersonales de las que participan las mujeres y que requieren la atención del Estado a través de la regulación. En las conocidas palabras de Katharine Bartlett, aplicar al derecho una perspectiva de género significa plantear «the women's question», preguntarnos si las normas han tomado en cuenta los intereses y las preocupaciones relevantes de las mujeres, indagar si la construcción de

los conceptos ha tenido en cuenta la experiencia de las mujeres, y observar cómo impactan las normas jurídicas, las decisiones judiciales o las elaboraciones doctrinales en la vida de las mujeres.¹ A todas estas tareas el derecho ha llegado con notable retraso.

En el caso de la libertad sexual, el retraso en un tratamiento jurídico amplio e integral está vinculado a la falta de reflexión en torno a la sexualidad femenina, que ha sido abordada persistentemente con la lente de la experiencia sexual masculina y patriarcal —piénsese en la larga trayectoria de los delitos sexuales como delitos contra el honor del varón, la negación hasta tiempos muy recientes de la agresión sexual en el seno del matrimonio, la interpretación del silencio o incluso de la negativa de la víctima como asentimiento, o los mitos en torno a la actitud propositiva de los varones y la renuencia sexual de las mujeres cuando en

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto *Teorías de la justicia y derecho global de los derechos humanos*. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI). Referencia del proyecto/ AEI/10.13039/501100011033.

1 K. Bartlett, «Feminist Legal Methods», en K. Bartlett y R. Kennedy (eds.), *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, Westview Press, Boulder, 1991.

realidad desean asentar—. La reforma jurídica que se acaba de aprobar en España ofrece la oportunidad de volver a observar las relaciones sexuales y hacerlo ahora desde la vivencia de las mujeres. Ciertamente no se trata de naturalizar la sexualidad sino de escudriñar los significados por los que discurre la interacción heterosexual y procurar que las normas jurídicas, su interpretación y su aplicación por los tribunales, no reproduzcan los mitos, estereotipos y expectativas de la cultura patriarcal. Como apuntara Susan Estrich en su trabajo pionero sobre violencia sexual, condenar la agresión sexual es poner de manifiesto que la sociedad condena «el sexo coactivo y no consensuado».² Para desarrollar esta idea se hace necesario redefinir el sexo coactivo y abandonar definitivamente los estándares que exigían la fuerza física del agresor y la resistencia física activa de la víctima para dar por probada la violación. Aunque estos estándares legales han sido superados en nuestro sistema jurídico hace algunas décadas, este modelo de violación prototípica a menudo sigue presente de manera encubierta en los parámetros probatorios. Avanzar hacia otra conceptualización de la agresión sexual implica avanzar también hacia estándares probatorios que admitan nuevos modelos procesales y de producción de prueba. Esta tarea, sin embargo, no justifica el temor, ya mencionado por Estrich y ahora reeditado entre nosotros a raíz del actual debate sobre la reforma, de que se vea amenazado el principio de presunción de inocencia. La buena salud de este principio constitucional se pone de manifiesto en el sistema jurídico en su conjunto, así como en la formación de los y las operadoras jurídicas. La regla del más

allá de la duda razonable no se ve amenazada por la incorporación de conceptos jurídicos que definen y precisan patrones de acción para guiar la indagación judicial. En todos los casos, para traspasar el umbral de culpabilidad la prueba deberá ser concluyente.

Por tanto, conviene tener presente que reformular conceptos jurídicos para acercarlos a la experiencia y las acciones que pretenden captar en su enunciado, nada tiene que ver con un supuesto punitivismo feminista. Los aspectos relevantes del sistema penal, entre los que se encuentra la aplicación de penas privativas de libertad, su modalidad y su mayor o menor acierto, son cuestiones importantes que deberían abordarse en el foro propicio y no a raíz de la garantía y protección de la libertad sexual. Mientras tanto, se nos ofrece la oportunidad de formular la pregunta de las mujeres, anclada en la igualdad constitucional, para permitir que el derecho reformule sus conceptos jurídicos y los acerque a la realidad, para que los tribunales cuenten con herramientas adecuadas al momento de valorar los hechos que se presentan ante su jurisdicción.

Con estas premisas abordaré en este artículo los desafíos que plantea repensar los conceptos jurídicos que se refieren a la vulneración de la libertad sexual. Identificaré dos concepciones del consentimiento sexual; sostendré que la primera, ligada a la noción negativa del concepto, casa mejor con modelos y estereotipos que resaltan la autonomía privada de los varones como proponentes unilaterales o iniciadores de la relación sexual, en búsqueda de la anuencia femenina; la segunda, ligada a una noción positiva del concepto, introduce un estándar comunicativo, que asume un modelo bidireccional o bilateral de relación heterosexual. Con estas premisas me referiré en el apartado 2. de este artículo

² Susan Estrich, «Violación», en J. Di Corleto (comp.), *Justicia, Género y Violencia*, Librería, Buenos Aires, 2011, p. 84.

a aquello que los ajustes conceptuales no alteran y a aquello que, en cambio, sí pueden cambiar en materia probatoria. Para terminar, propondré algunas aclaraciones sobre qué es la perspectiva de género en el derecho.

1. Dos concepciones del consentimiento

El consentimiento en las relaciones sexuales heterosexuales ha concitado desacuerdos importantes. El análisis jurisprudencial y académico de los casos de agresión sexual muestra que nos encontramos en una situación en la que compiten en la interpretación diversos estándares para la valoración de los hechos susceptibles de ser calificados. Dicha calificación varía según cuál sea el concepto de consentimiento que se adopte. Por tanto, nos encontramos con desacuerdos sobre qué significa consentir una relación sexual; podemos pensar que existe un entendimiento más o menos unívoco en torno a una idea nuclear: consentir una relación sexual es participar de la misma sin que haya mediado coacción ni amenaza, intimidación o prevalimiento, es decir, cuando ha existido libertad genuina de participación, con la intención de llevar a cabo o dejar que se lleven a cabo por parte de otra persona actos de índole sexual. Sin embargo, aparecen desacuerdos al indagar sobre qué acciones o comportamientos deben entenderse como manifestaciones del consentimiento en las relaciones sexuales. Aunque manejemos significados compartidos sobre qué es una relación sexual, a través de qué acciones específicas se realiza, existen discrepancias al precisar qué comportamientos o formas de aproximación entre un varón y una mujer dan cuenta del acercamiento íntimo mutuo o recíproco, consentido: cómo se integran las manifestaciones y acciones

que preceden a los actos propiamente sexuales, las palabras y los silencios, la ambigüedad y la vaguedad de expresiones y acciones que demoran su concreción y a veces encallan en un terreno de meros juegos verbales o actitudinales, insinuaciones o dilaciones. Dilucidar estas cuestiones compromete el concepto mismo de consentimiento, que podrá configurarse en un sentido u otro, según la interpretación que se adopte.

La noción de consentimiento ha seguido su propia evolución interpretativa en el marco de los delitos contra la libertad sexual. El recorrido del concepto se ha demostrado rico en matices y aún existe desacuerdo en relación con su alcance. En la literatura sobre consentimiento encontramos una primera distinción entre consentimiento «actitudinal y performativo», según que para identificarlo se fije la atención en el estado o disposición mental del sujeto o en su exteriorización a través de actos o comportamientos.³ Nótese que, aunque uno y otro podrían coincidir, este puede no ser siempre el caso. La doctrina jurídica parece haber avanzado en el sentido de fijar su atención cada vez más en las manifestaciones externas que, a través de palabras, gestos, acciones o comportamientos, puedan revelar el sentido afirmativo de la participación en una relación sexual. De tal modo se abandona lo que algunos autores han denominado el aspecto más «subjetivo» del consentimiento, en favor de una configuración que resida principalmente en las manifestaciones externas de dicho consentimiento.⁴ Sin embargo, las manifestaciones externas por sí solas pueden ser también insuficientes para co-

3 Ver Whisnant, R., en referencia a Kazan R., «Feminist Perspectives on Rape», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, p. 2.

4 Ver D. C. Hubin y K. Haely, «Rape and the Reasonable Man», *Law and Philosophy*, 18:113-139, 1999, p. 115.

nocer el sentido que se quiere imprimir a la iniciativa y la acción sexuales. Así, mientras una externalización negativa marca un límite claro –«no es no»– y entenderlo así opera como una garantía en el ámbito jurídico, un «sí» puede revestir significados diversos que deben averiguarse contextualmente.⁵ Existe, por tanto, una dimensión contextual ineludible en la noción de consentimiento, que determinará su alcance, atendiendo a los elementos temporales, espaciales y relacionales configurados en cada caso; estos aspectos aparecen recogidos en la modificación introducida ahora al artículo 178 de Código Penal: «1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. 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.»⁶

5 Ver Whisnant (2017:2.); ver también Álvarez Medina (2021: cap. 4). En otros ámbitos del derecho, como el derecho de contratos, la distinción entre voluntad interna y voluntad declarada, da lugar a diversos supuestos en los que se hace necesario calibrar y sopesar la voluntad, expresa o tácita, junto a elementos personales y contextuales, como puede ser la preexistencia de una relación jurídica creada con anterioridad, la buena fe o la confianza; ver Marín López, M. J., «El consentimiento contractual», en R. Bercovitz, N. Moralejo y S. Quicios, *Tratado de Contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020:668-733, pp. 686-688.

6 La relevancia del contexto o circunstancias que rodean el consentimiento se pone claramente de manifiesto en las palabras de Jeffrey A. Gauthier, cuando afirma: «hacer que la violación dependa del no consentimiento, cuando muchas mujeres saben que *sí* consintieron, aunque bajo circunstancias más o menos coercitivas, contribuirá a que muchas violaciones no se denuncien, especialmente la violación entre conocidos.», y continúa más adelante: «En la medida en que el temor a la violación condiciona las respuestas sexuales de las mujeres a los varones, no es razonable esperar que una mujer se comporte como si fuese un agente cuya autonomía sexual estuviese realmente protegida, es decir, que se comporte como si ella fuese un varón.», J. A. Gauthier, «Consent, Coercion, and Sexual Autonomy», en K. Burgess-Jackson (ed.), *A Most Detesta-*

Sumadas a esta dimensión contextual, observamos diversas versiones de la noción de consentimiento sexual que pugnan en el ámbito jurídico. Con frecuencia encontramos argumentos divergentes sobre cómo deben interpretarse en sede judicial los hechos controvertidos, que podrían o no sentar las bases para la configuración del consentimiento.⁷ Para la reconstrucción de los hechos controvertidos resulta de especial importancia contar con conceptos capaces de captar el significado de las acciones que han tenido lugar. Sin embargo, el concepto de consentimiento y las nociones asociadas a él pueden presentar un ámbito extenso de desacuerdo. Si nos acercamos a los estudios empíricos sobre comportamiento sexual, vemos que tal desacuerdo puede rastrearse a través de la diversa comprensión que tienen varones y mujeres de la sexualidad heterosexual como práctica íntima, en la que a menudo confluyen distintas concepciones del deseo, el placer y la transmisión de mensajes erótico-sexuales encaminados a la relación sexual íntima, se trata del «doble estándar sexual» que ha sido explicado desde la psicología.⁸ Cuando la sintonía en la progresión desde los actos presexuales hacia los actos propiamente sexuales se rompe, como sucede en los casos de *date rape* o violaciones que tienen lugar a partir de una cita o primer encuentro presexual consentido, se hace necesario explorar dicha progresión para determinar si el encuentro sexual fue for-

ble Crime. New Philosophical Essays on Rape, Oxford University Press, 1999, p. 71 y p. 75.

7 Como ejemplo, y para un análisis de los controvertidos argumentos vertidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en el caso de La Manada, ver P. Faraldo Cabana y M. Acale Sánchez (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

8 Ver la extensa bibliografía al respecto citada en N. M. Else-Quest y J. S. Hyde, *The Psychology of Women and Gender. Half the Human Experience +*, California, Sage, 2022, p. 293.

zado, es decir, si existió una agresión. Este contexto de las citas entre personas que, tras acordar un encuentro, inician actos preparativos –presexuales– que pueden dar pie a posteriores actos sexuales no consentidos, es el que suscita mayores controversias. El espacio del desencuentro es amplio y frecuente; se nutre del desacuerdo, el rechazo o simplemente la incomunicación o la indiferencia, que se ponen de manifiesto por actitudes diversas que van desde el silencio o la no disposición, hasta la expresión verbal, gestual o corporal del rechazo. El espacio del encuentro es más reducido, menos frecuente; en él confluyen la sintonía, el interés o la implicación, es decir, interacciones que concitan habilidades cognitivas y emocionales, encaminadas a descartar ambigüedades e incertezas, al tiempo que comprometen mayores cuotas de intimidad. En otras palabras, el compromiso de la propia voluntad o disposición libre para la relación íntima sexual aboca a sus participantes a un comportamiento que cerciore o compruebe paso a paso la voluntad de la otra persona –eventualmente de las otras personas–.

Debemos entonces plantearnos la construcción del concepto de consentimiento sexual teniendo en cuenta su dimensión externa, contextual –espacial, temporal, relacional- y dual –sexualidad femenina y masculina–, en el que varones y mujeres participan frecuentemente de manera diversa de la práctica sexual. Se entiende generalmente que el consentimiento es una manifestación de voluntad en relación con un hecho, una acción o un comportamiento que otra persona va a emprender o, en una acepción más incluyente, respecto de una acción o un comportamiento que se emprende conjuntamente. La aproximación mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia ha entendido el consentimiento como una manifestación, habilitación o

permiso para que otra persona realice una acción o comportamiento que compromete a quien otorga el consentimiento. Estamos ante una concepción del consentimiento como autorización que parte de una propuesta inicial generalmente del varón y que espera su convalidación por parte de la mujer, considerándola así como la parte pasiva de la relación, tal como lo ha descrito John Gardner.⁹ Frente a esta caracterización, se plantea otra concepción del consentimiento como consenso, es decir, una caracterización no ya unilateral sino bilateral de la manifestación de la voluntad de llevar adelante acciones presexuales o sexuales. Tal es el caso con la concepción de Pineau, quien se refiere al consentimiento cooperativo, comunicativo o mutuo. Esta noción se conjuga con la idea de que se avanza en dicho consenso a través de un testeo o mutua contrastación de la recíproca voluntad de avanzar en la intimidad sexual. Estos controles, a los que Pineau denomina *check-ups*, se verían avalados, según la autora, por las afirmaciones de la sexología según las cuales, para alcanzar una situación de disfrute sexual «mutuo», hace falta que se genere «una atmósfera de confort y comunicación, un mínimo de presión, y un testeo continuado respecto del estado en que se encuentra el o la compañera.»¹⁰

Teniendo en cuenta estas consideraciones, podemos distinguir dos concepciones distintas en torno al consentimiento. Por un lado, la concepción del consentimiento que propone Pineau, lo presenta como

9 Gardner, John, «The Opposite of Rape», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, núm. 1, 2018, p. 55. Para un análisis más extenso de la propuesta de Gardner, ver Álvarez Medina, *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*. Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 129.

10 Pineau, L., «Date Rape: A Feminist Analysis», en L. Francis (ed.), *Date Rape*, The Pennsylvania State University Press, 1996, p. 15.

un acuerdo que surge de la comunicación, la cooperación y la mutua confrontación con los deseos y preferencias de la otra persona; un consenso para avanzar de las relaciones presexuales a las propiamente sexuales, a través de una búsqueda, una actitud proactiva en la concreción de la intimidad sexual. Se trataría de una concepción del *consentimiento como disposición bilateral*. Por otro lado, la concepción que se fija en la noción de permiso o habilitación para que otra persona interfiera o actúe sobre el propio cuerpo, lo configura como la aceptación que convalida dicha intromisión en un contexto a menudo caracterizado por la presencia del riesgo y la incertidumbre; en esta segunda concepción, el consentimiento sería la llave concedida por una de las partes –mayoritariamente la mujer– a la otra –mayoritariamente el varón–, que habilita o permite la acción de esta última en relación con el cuerpo de la primera. Se trataría de una concepción del *consentimiento como permiso unilateral*.

Estas dos versiones del consentimiento responden a concepciones distintas sobre la experiencia sexual y las relaciones sexuales. La concepción del consentimiento como disposición bilateral o consensual apunta tanto al tránsito entre las relaciones presexuales y las relaciones sexuales, como al testeo activo en la progresión de estas últimas. De tal modo, la relación se gesta a partir de una interacción que recaba el conocimiento de las preferencias de la otra persona; esta aproximación a la sexualidad heterosexual casa mejor con la percepción que muchas mujeres jóvenes tienen de la sexualidad como una práctica conectada no solo con el deseo en un sentido más estrictamente corporal, erótico o genital, sino también con un relato afectivo-emocional.¹¹ Por su parte, la concepción del

consentimiento como permiso se enfoca en cambio en una interacción que quiere recabar una cesión, una habilitación o autorización de la mujer para la realización del deseo masculino; se trata por tanto de una concepción de la sexualidad centrada en la propuesta masculina y su disposición a mayores cuotas de riesgo y presión con vistas a la realización del deseo.

Junto con los deseos y circunstancias personales y particulares, convergen en la práctica sexual significados –históricos, sociales y culturales– que arrastran consigo estereotipos sobre sexualidad femenina y masculina, idealizaciones, aspiraciones, semejanzas y diferencias. Todos estos elementos forman parte de la sexualidad y de la forma en que varones y mujeres se relacionan sexualmente; entendemos entonces que el concepto de consentimiento en las relaciones sexuales se refiere a una práctica compleja, que se nutre no solo de la proyección individual del deseo, sino de múltiples significados que acompañan a la práctica. Compartimos, por tanto, un significado común y, sin embargo, realizamos distintas interpretaciones sobre esa misma práctica. Cada uno elabora la práctica y entiende los elementos de la misma desde su posición en el contexto. El concepto de sexualidad y el concepto de consentimiento se reformulan a través de distintas interpretaciones de la misma práctica. El derecho es receptor también de esas distintas interpretaciones de la práctica y es por esto que no basta con que exista acuerdo en torno a qué es la sexualidad o qué es el consentimiento; distintas concepciones alimentadas por las distintas y asimétricas posiciones de los participantes, se ciernen sobre dichos conceptos. El doble estándar

minológicas a la sexualidad de A. Fanghanel, E. Milne, G. Zampini, M. Fiddler, *Sex and Crime. Key Approaches to Criminology*, London, Sage, 2021.

11 Ver el reciente trabajo sobre aproximaciones cri-

sexual, mencionado más arriba, tiene su reflejo también en el consentimiento sexual, lo que puede significar que varones y mujeres manejen significados diferentes en torno a las premisas y criterios que configuran el sexo consentido.

En ausencia de una comunicación activa, es más probable que se abone un terreno de indeterminación, con frecuencia de confusión y falta de entendimiento, propicio para perpetuar los mitos o creencias sobre los que se construye el relato de la interacción sexual heterosexual. Al respecto, Pineau afirma que los mitos alimentan una dinámica de no entendimiento, abierta a la ambigüedad y, por tanto, a la equivocación, al error:

«una concepción del placer sexual que surge de intercambios sin palabras y del éxito sexual que tiene lugar en un espacio de significativo silencio. El lenguaje de la seducción es aceptado como un lenguaje tácito: contacto ocular, sonrisas, sonrojos y gestos ligeramente perceptibles. Es en consecuencia impreciso y ambiguo. Sería fácil para un varón cometer errores sobre el mensaje expresado, comprensible que deba equivocadamente pensar que se ha producido una invitación sexual y que se ha hecho un trato. Pero los errores sinceros, pensamos, deben ser excusados.»¹²

Debemos interrogar entonces a las dos concepciones del consentimiento que se han señalado y desentrañar cuál de ellas satisface mejor las garantías de libertad sexual e igualdad que deben guiar la regulación jurídica en esta materia. Cada una de dichas concepciones responde a una aproximación jurídica distinta en relación con la sexualidad. Hace falta seguir indagando en las diversas manifestaciones de la sexualidad, especialmente en la sexualidad femenina frente a la sexualidad masculina,

los modelos y significados que la rodean, y explorar las ventajas del consentimiento como disposición bilateral, en la medida en que integra las distintas voluntades que confluyen en la relación, y que solo pueden salir a la luz y ser expresadas si existe una actitud proactiva en el testeo de las intenciones. Las concepciones de *permiso unilateral* y *disposición bilateral* ponen de manifiesto las discrepancias interpretativas en torno a la sexualidad, así como la necesidad de avanzar hacia una concepción receptiva y garantista en relación con la distinta forma en que varones y mujeres participan de la práctica sexual heterosexual. En este recorrido las cuestiones probatorias adquieren una relevancia que debe ser examinada.

2. El consentimiento afirmativo y la noción de disposición bilateral: configuración del estándar probatorio

En el apartado anterior se ha propuesto superar el modelo de interacción sexual tradicional-patriarcal dominante, configurado a partir del varón proponente y la mujer aceptante, para tomar como referencia, en cambio, un modelo de relaciones sexuales en las que el consentimiento se fragua con la comunicación, es decir, un modelo en el que se superan los roles preestablecidos en aras de una interacción con espacios para la expresión de las intenciones y deseos de una manera más simétrica y menos estereotipada. Esta propuesta que he denominado concepción del consentimiento como disposición bilateral enlaza con patrones o modelos de interacción sexual cooperativos, en los que las partes establecen canales para el conocimiento de las intenciones y deseos de la otra persona. La forma en que se entablan estos canales, como no puede ser de otra manera, será

12 Pineau, Lois, 2013: «Date Rape: A Feminist Analysis», en N. Power, R. Halwani y A. Soble (eds.), *The Philosophy of Sex. Contemporary Readings*, Plymouth, UK: Rowman & Littlefield Publishers, 2013, p. 470.

muy variada teniendo en cuenta el tipo de interacción de que se trata; gestos, miradas, disposición espacial de los cuerpos, acercamientos, objetos, palabras, formarán parte de los múltiples canales para expresar, indagar y propiciar la expresión de la otra persona. Este modelo, por tanto, no se centra en los medios que se utilicen para comunicar, sino en el propósito de dar a conocer las propias intenciones al tiempo que se indaga en las intenciones del otro. De tal modo, el propósito comunicativo no se realiza cuando la interacción se estanca en el silencio o la ambigüedad, y deberá avanzarse hacia otros escenarios para confirmar la disposición de la otra persona. El requerimiento de consentimiento afirmativo enlaza así con un modelo de sexualidad que se asienta en esa disposición para el conocimiento de las preferencias del otro.

2.1. El consentimiento afirmativo

La irrupción del consentimiento afirmativo, tal como figura en la nueva ley de libertad sexual, permite que el testimonio de la víctima deje de estar sometido al requerimiento de ofrecer demostraciones de resistencia o, cuanto menos, negación fehaciente e inequívoca ante los avances o propuestas del acusado. La víctima tendrá que demostrar, conforme a la configuración del consentimiento afirmativo, que no manifestó ni demostró conformidad con dichos avances o propuestas. Para dar cuenta de esto, se impone indagar en la comunicación entre víctima y acusado. Desde la concepción del «No es no» la ausencia de negativa expresa ha dejado lugar para la ambigüedad del silencio que, a su vez, a menudo se ha entendido como una forma de consentimiento. Por el contrario, para la concepción del «Sí es sí» la ausencia de una manifestación expresa, el espacio de la intimidación, el estupor o el bloqueo

físico o emocional, deja aún la posibilidad de falta de consentimiento también en los casos de silencio. De tal modo, el consentimiento afirmativo viene en auxilio de las anomalías y tergiversaciones que ha causado la búsqueda procesal de la negativa expresa. Asimismo, el consentimiento así entendido amplía las estrategias probatorias e introduce la posibilidad de conformar un estándar de razonabilidad que incorpore, junto a la concepción del consentimiento como disposición bilateral, elementos comunicativos en el contexto de las acciones presexuales y sexuales. Nótese que la concepción del consentimiento como disposición bilateral encierra la noción de consentimiento afirmativo, en la medida en que tal concepción pivota sobre la búsqueda o indagación en torno al estado de disposición mutua de quienes intervienen en las relaciones presexuales (acercamientos, gestos, insinuaciones, etc.) y sexuales. De tal modo, la comunicación que encierra la concepción del consentimiento como disposición bilateral, se encamina a la búsqueda de la expresión afirmativa o negativa, según el caso.

Conviene detenernos en este punto. La ampliación del campo probatorio o las vías probatorias no implica la rebaja de los estándares probatorios ni la indefensión del acusado.¹³ De un lado, la víctima cuenta con la posibilidad de argumentar en torno a la ausencia de manifestaciones positivas que permitan inferir que el acto sexual haya sido consentido. Del otro lado, el acusado podrá siempre argumentar que exploró o indagó en la disposición de ánimo y voluntad de la víctima. En ambos casos la estrategia probatoria se podrá construir en torno a dos ejes nuevos y convergentes: las manifestaciones o expresiones que corro-

¹³ En este sentido, ver Juan Antonio Lascuráin, *Claves de Razón Práctica*, N° 277, 2021, pp. 102-111

boren la intención de mantener relaciones sexuales (consentimiento afirmativo), y la debida comunicación y progresión de los actos entre víctima y acusado (disposición bilateral). Además, como señala la redacción del nuevo art. 178 ya transcrito, deberá atenderse a «las circunstancias del caso» para determinar el sentido de las manifestaciones o expresiones.

Afirma Manuel Cancio que «mirar solo al consentimiento no da cuenta suficientemente del nivel de interdependencia y subjetividad en el que acontecen las conductas sexuales» (2022: in fine). Si en cambio la interpretación incorpora la concepción del consentimiento como disposición bilateral, se incluirá también la dimensión comunicativa. En este sentido, Cancio señala que la introducción del consentimiento afirmativo lleva a requerir, indirectamente, una mayor participación del acusado, ya que en la medida en que su disposición sea activa en la búsqueda de consentimiento, éste tendrá mayores posibilidades de manifestarse positivamente. Cancio agrega que esta definición de consentimiento puede responder a una definición de la sexualidad heterosexual mayoritariamente entendida sobre la base de una participación cada vez más igualitaria o menos asimétrica de lo que fue en el pasado.¹⁴

Junto a esta interpretación del consentimiento como disposición bilateral que conlleva la comunicación, así como la búsqueda de la manifestación afirmativa para la participación, parece acertado entender que se introduce también la posibilidad de construir un estándar de razonabilidad que permita condenar la negligencia o imprudencia.¹⁵ La nueva ley española no prevé

la figura del obrar negligente o imprudente en relación con la libertad sexual.¹⁶ Sin embargo, el consentimiento afirmativo, tal como se configura, habilita para que pueda realizarse una construcción jurisprudencial en torno a qué se considera un obrar razonable y diligente, con vistas a entablar relaciones sexuales que cuenten con la previa manifestación de voluntad o consentimiento. En tal caso, esto permitirá también construir de manera paralela un estándar de falta de diligencia o imprudencia en la conducta sexual.

2.2. Estándares probatorios

Al llegar a la instancia judicial y sus requerimientos en materia de prueba, resultará crucial establecer los estándares o parámetros de referencia con respecto a los cuales se valorará la actuación de las partes. Si el modelo de referencia comprende el consentimiento como permiso unilateral, el estándar se centrará en la respuesta de una de las partes frente a la propuesta de la otra y pondrá el foco en los aspectos ac-

mente en torno a la noción de *Mens Rea* en los casos de violación, y se ha distinguido entre errores razonables y no razonables en la interpretación de la voluntad de la víctima por parte del acusado de delitos sexuales; ver David Archard, «The *Mens Rea* of Rape. Reasonable and Culpable Mistakes», en K. Burgess-Jackson (ed.), *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*, Oxford University Press, 1999. Sobre razonabilidad u obrar razonable en las relaciones sexuales consentidas, el sistema penal canadiense ha introducido en el art. 273.2 del *Canadian Criminal Code* de 1985, el principio de «*reasonable steps*», para afirmar que no puede entenderse como un argumento válido de la defensa que el acusado no haya seguido los «pasos razonables» para asegurarse que la víctima «estaba consintiendo», ver J. Nedelsky, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, Oxford University Press, 2011, p. 219.

¹⁶ En este sentido, Lascurain se refiere a una laguna del Código Penal que el proyecto no aborda, en relación con la «comisión imprudente» de atentados contra la libertad sexual; Lascurain, *op. cit.*, p. 110; también Cancio, *op. cit.*, ha señalado que sería deseable que el proyecto de reforma español incorporase expresamente la figura del obrar imprudente.

¹⁴ Ver M. Cancio, «Sexual assaults under Spanish law: law reform, consent and political identity» en T. Hörnle (ed.), *Sexual Assault in Comparative Perspective*, OUP, 2022, nota 47 a pie de página (en prensa).

¹⁵ En la literatura anglosajona se ha debatido amplia-

titudinales que puedan casar con la propuesta. Se fija un modelo de relación asimétrica, en el que uno asume la iniciativa y guía la acción, mientras la otra se ubica en las coordenadas de respuesta fijadas por el proponente. Nótese que la lectura de gestos, movimientos, palabras o silencios puede variar según estos se inscriban en una propuesta inicial, en un caso, o en un intercambio entre personas que buscan un consenso o acuerdo respecto de su propia disposición sexual en relación con el otro, en otro caso. De tal modo, los diversos elementos de prueba que intervienen en un juicio por agresión sexual se producirán y valorarán de diverso modo según se tome como referencia uno u otro patrón o modelo de interacción sexual. Dos elementos probatorios adquieren especial relevancia en el proceso sobre delitos contra la libertad sexual, a saber, 1) el testimonio de la víctima o testimonio único, ya que con frecuencia es el único relato o prueba directa de los hechos inculpatorios; en relación con el testimonio único, se presenta la posibilidad de la llamada prueba preconstituida, cuyas ventajas se refieren tanto a la calidad del testimonio como al respeto de las garantías en torno a la víctima, y 2) las pruebas periciales o informes de profesionales expertos que aportan comprensión sobre aspectos sanitarios, psicológicos o sociales, al tiempo que permiten un acercamiento al daño que se ha producido, más allá del testimonio de la víctima.

2.2.1. El testimonio de la víctima

El testimonio de las partes y fundamentalmente el testimonio de la víctima, pieza central de los juicios por agresión sexual, junto a los elementos de corroboración o refutación que lo acompañen, se interpretarán siguiendo una u otra de las concepciones del consentimiento ya apuntadas.

La producción de la prueba en los juicios por agresiones sexuales suele centrarse en el testimonio de la víctima, cuya credibilidad topa habitualmente con diversos problemas. La centralidad de la víctima en el proceso ha ido de la mano de la concepción del consentimiento como permiso unilateral, que requiere constatar como elemento principal de la imputación de culpabilidad la ausencia de tal permiso. Sin embargo, si se parte de la concepción del consentimiento como disposición bilateral, tanto el testimonio único como el resto de indicios y pruebas indirectas que se produzcan en el proceso, se conformarán diversamente en atención no ya a encontrar una señal de aprobación o de rechazo, sino un más complejo intercambio de actitudes contextualizadas para conocer cuál era la disposición sexual de la presunta víctima.

Como sostiene Raymundo Gama, este testimonio único debe analizarse en el contexto de la tipología delictiva de que se trate¹⁷. En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante acciones que tienen lugar no solo en el ámbito de la vida privada sino, más estrictamente, en el ámbito de la intimidad, espacio restringido por excelencia en el que la búsqueda de huellas o evidencias de lo acaecido debe realizarse conforme a las características propias del ámbito de que se trata. Así, tanto las declaraciones de la víctima como las del acusado deben ser interpretadas a la luz del tipo de interacción íntima en cuyo marco se desarrollan y progresan, lo que requiere contar con parámetros de actuación. En este punto intervienen las ya apuntadas concepciones del consentimiento, así como los estereotipos, apuntados más arriba, que marcan patrones a menudo

17 Gama, Raymundo, «Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2020, N.1, p. 295.

deudores de modelos fuertemente patriarcales. En segundo lugar, hace falta profundizar sobre los criterios que dan cuenta de la credibilidad de la víctima, así como sobre los estándares de corroboración del testimonio único¹⁸. Aunque no puedo extenderme aquí sobre este punto, hace falta tener presente que si bien la credibilidad surgirá de la evidencia probatoria que se produzca para corroborar el testimonio de la víctima, la falta de credibilidad también deberá ser corroborada; en otras palabras, la falta de credibilidad deberá responder a concretos aspectos de la declaración que hagan decaer su credibilidad, verosimilitud o consistencia.¹⁹

En relación con la prueba preconstituida, se trata de una medida para evitar que la víctima sea sometida a la violencia de tener que repetir el relato de los hechos en diversas instancias policiales y judiciales. Si el primer relato puede ser preservado y servir como prueba testimonial a lo largo de todo el proceso, esto tendrá importantes beneficios en el desarrollo del mismo. De manera particular, la víctima sentirá menos presión a lo largo del proceso y podrá avanzar sin verse asediada por el inevitable cuestionamiento de su credibilidad que subyace a los interrogatorios. Esta medida, sin embargo, ha sido frecuentemente cuestionada, al tiempo que se reivindica el principio de contradicción.²⁰

La idea del contradictorio va vinculada al derecho constitucional de defensa y de confrontación del acusado. Así se ha sostenido, por ejemplo, en el sistema norteamericano bajo la sexta enmienda de la Constitución. Frente a este derecho, Nancy E. Snow ha defendido el derecho de la víctima a que se respete su privacidad en los interrogatorios, como forma de compensar o equilibrar el principio de contradicción.²¹ Este es un problema recurrente en los procesos en los que se dirimen delitos sexuales, ya que a menudo resulta inevitable la intromisión en aspectos de la vida íntima de la víctima.

El testimonio único exige la corroboración a través de evidencias adicionales que confluyan en la misma dirección apuntada por el primero. Será crucial entonces que se instancien los canales necesarios para que se produzca esa prueba adicional capaz de corroborar o refutar el testimonio de la víctima. Dado el contexto de intimidad que en la mayor parte de los casos rodea las agresiones sexuales, esto resulta de especial relevancia, ya que, de no encontrarse esas fuentes externas, distintas del testimonio, se estaría negando sin más la posibilidad de probar los hechos de la acusación. Las dificultades que puede encontrar la corroboración del testimonio único tampoco deben llevar a afirmar que su corroboración solo puede conseguirse

18 Sobre este particular ver José Luis Ramírez Ortiz, «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», *Quaestio facti*, N. 1, 2020, así como el debate en torno a su trabajo en *Quaestio facti*, N. 1, 2020.

19 Ver sobre el particular Gama, *op. cit.*, p. 296, en referencia a Bentham y la excepcionalidad de la falta de credibilidad.

20 Así, por ejemplo, José Luis Ramírez Ortiz, «La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual», *La Ley digital* 3788/2018; este autor ha reivindicado, en relación con los delitos contra la indemnidad sexual, «la relevancia del principio de contradicción», al tiempo que afirma los beneficios del control a través de preguntas y respuestas durante el contradictorio: «[...] ese intercambio, desde

la perspectiva del derecho de defensa, no es equivalente cuando la declaración es indagatoria que cuando tiene lugar en el plenario. Frente a ello, la doctrina de la Sala II ha sostenido que, en cualquier caso, mediante la reproducción del soporte audiovisual que documenta la exploración puede someterse nuevamente a contradicción la prueba. Sin embargo, tampoco es equivalente el contradictorio sobre la prueba ya formada, que solo permite el examen de la prueba por las partes, que el contradictorio en la formación de la prueba, que se produce activamente en el momento mismo de la práctica de la prueba conforme al método de examen cruzado.», p. 24/28.

21 Snow, Nancy E., «Evaluating Rape Shield Laws. Why the Law Continues to Fail Rape Victims», en K. Burgess-Jackson, *A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape*, Oxford University Press, p. 256.

a expensas de rebajar las exigencias probatorias. La diversificación de las fuentes y datos alternativos debe emprenderse precisamente con el objetivo de añadir itinerarios probatorios alternativos. En esta tarea los testimonios de expertos pueden resultar de especial importancia.

2.2.2. Pruebas periciales

Ante todo, conviene recordar una vez más que los delitos contra la libertad sexual tienen lugar en la mayoría de los casos en espacios propios de la vida privada, alejados de la presencia de terceras personas que puedan ofrecer testimonio de lo acontecido. Frente a la idealización de lo privado como un ámbito sin fronteras para el desarrollo personal, la puesta en marcha de la autonomía y la consagración de los afectos, lo privado se revela también como un ámbito en el que todas esas expectativas se pueden ver frustradas y sumergidas en el conflicto. Esta realidad menos optimista sobre lo privado se pone de manifiesto de manera significativa para aquellas personas más vulnerables o en situación de vulnerabilidad, que pueden no encontrar en la intimidad los recursos necesarios para enfrentarse a quienes son poseedores de mayores recursos, opciones o apoyos externos. En el ámbito familiar, han sido los menores de edad y las mujeres quienes se han visto más golpeados por el ostracismo de lo privado, por el estigma de la autogestión positiva de la familia y lo que en otro lugar he denominado el mandato de privacidad.²² Con esta noción quiero hacer referencia a la presión que tanto desde instancias sociales como, durante mucho tiempo, desde instancias institucionales, se

ha ejercido para impedir que los conflictos familiares saliesen de la familia, fuera de su perímetro de influencia. El mandato de privacidad impone que frente a los conflictos tanto conyugales como paternofiliales u otro tipo de conflictos familiares, la gestión deba ser estrictamente familiar. En el caso de los conflictos de pareja, esa realidad se ha plasmado de manera dramática en los matrimonios signados por la violencia, a cuya dinámica interna se ha sumado la presión externa, social, cultural y a veces institucional, en el sentido de evitar que los problemas rebasen los muros de la intimidad. En las últimas décadas este muro de silencio se ha visto resquebrajado, y España es un ejemplo claro de esto, por las campañas de concienciación sobre la violencia de género propiciadas por el movimiento feminista, así como por la legislación en este sentido. Sin embargo, sigue resultando revelador observar cómo el mandato de privacidad continúa funcionando con diversa intensidad en sociedades de nuestro entorno, en Latinoamérica y también en Europa, como revela la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de violencia contra las mujeres.²³

Para superar los límites que impone el escenario propio de las agresiones contra la libertad sexual, se hace necesario intensificar la investigación y ampliar en cantidad y variedad los medios probatorios que permitan contrastar el testimonio de la víctima.²⁴ Fundamentalmente, serán necesarias pruebas indirectas que puedan servir para corroborar –o eventualmente desacreditar– el testimonio único, a través de la aportación de elementos o datos complementarios. Como afirma Julieta Di Corleto,

23 Ver Álvarez Medina, *op. cit.*, p. 99-111.

24 En este sentido ver Julieta Di Corleto, «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género», en J. Di Corleto (comp.), *Género y justicia penal*, Didot, 2017, p. 300.

22 Ver S. Álvarez Medina, *La protección de la vida privada y familiar. Sexualidad, reproducción y violencia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 39-46.

«Entre las pruebas indirectas que pueden sumarse a las investigaciones de violencia de género se encuentran los informes de diferentes profesionales pertenecientes a equipos interdisciplinarios. [...] Se trata de contar con el conocimiento de un experto que ayudará al tribunal a decidir un tema que está fuera de su experticia o de su capacidad de comprensión [...]. Si bien es cierto que el daño psicológico sufrido puede no ser un elemento jurídicamente relevante en la tipificación penal, no es menos acertado que esa información puede ser de utilidad para la valoración del testimonio.»²⁵

En los últimos años se ha avanzado también en la llamada psicología del testimonio, que se suma a los aportes de los «testigos de referencia», que pueden ser personas del entorno de la víctima y el acusado, capaces de aportar información relevante, aunque no hayan presenciado los hechos objeto del proceso.²⁶ La aceptación de estos diversos medios probatorios no es unánime. Existe en torno a las pruebas periciales un debate sobre si sirven para corroborar el testimonio único o si, en cambio, no servirían como corroboraciones del mismo. En esta última línea, Ramírez Ortiz afirma que, al no tratarse de pruebas periciales científicas, no podrían servir como elemento corroborador, aunque su posición contradiga lo afirmado por el Tribunal Supremo, como indica el propio autor.²⁷ Para el autor, se trataría de «pruebas que aportan máximas de la experiencia controvertidas, que servirían de auxilio para evaluar el aspecto subjetivo-objetivo de la credibilidad del testimonio».²⁸

Es importante reflexionar sobre el aporte que pueden realizar expertos de diversas áreas –fundamentalmente del ámbito sanitario, de la psicología y la asistencia social–, en un proceso en el que se requiere un trabajo interdisciplinar. En este sentido las aportaciones de expertos pueden ayudar a calibrar y valorar el testimonio de la víctima, así como las declaraciones del acusado y de los diversos testigos que pudiesen comparecer en el proceso.²⁹ Este tra-

bajo debe estar encaminado a garantizar la tutela judicial efectiva tanto en lo que respecta a los derechos de la víctima –debido proceso, celeridad en la investigación, diligencia probatoria–, como en lo relativo a los derechos del acusado –fundamentalmente la presunción de inocencia. Las reformas jurídicas que se han propulsado con base en la teoría feminista y atendiendo a una perspectiva que recoja la posición de las mujeres, han sido vistas, en el terreno de la recalificación de delitos como los que aquí nos ocupan, como un ataque a garantías tan asentadas como la presunción de inocencia. En verdad, las reformas que se proponen, tanto las que afectan a conceptos como las que se refieren a la valoración de la prueba, apuntan a lograr una mejor aproximación a la realidad. En otras palabras, y utilizando las palabras de Catherine MacKinnon sobre las que se volverá en el siguiente apartado, desde la teoría feminista se ha propuesto cambiar la lente con la que el derecho observa los hechos, las relaciones y los conflictos.

En lo que respecta al ámbito probatorio, cambiar la lente masculina con la que tradicionalmente se ha observado el

bre, afirma la necesidad de examinar detalladamente los testimonios de los amigos de la víctima, que la habían recogido tras los hechos objeto del caso, así como la de no desechar sin motivación el informe de la psicóloga de la oficina de Asistencia a la Víctima; hay que señalar que en esta misma sentencia se presentaron informes periciales de una psicóloga y una asistente social que en contraste con los anteriores ponían en duda la credibilidad del testimonio de la víctima. Esta discrepancia entre diversas fuentes testimoniales o periciales refuerza si cabe la necesidad de contar con diversos pareceres de expertos y poder ponderar y razonar sobre su pertinencia y relevancia. Para un ejemplo de investigación judicial en la que se recogieron al menos 30 testimonios, muchos de profesionales del ámbito sanitario y asistencial, que habían atendido a la víctima –y también al acusado– en distintos momentos desde que tuvo lugar la agresión: psiquiatra, médico clínico, acompañante terapéutico, ginecólogo, médico forense, licenciados, así como el testimonio de familiares, amigos, amigas y jóvenes conocidos de los actores, ver S. Álvarez Medina, «Conceptualizar y probar el consentimiento», *We Dissent. Revista Feminista Jurídica de la Colectiva* 1600s, n. 2, 25N 2021.

25 *Op. cit.*, p. 301.

26 *Op. cit.*, pp. 301-302.

27 En referencia a las SSTs 2897/2017 y 2230/2017, *op. cit.* 22/28.

28 Ramírez Ortiz, *op. cit.*, p. 22/28.

29 En este sentido, la STS 852/2021 del 4 de noviem-

comportamiento sexual de las mujeres, por otra femenina, conlleva empezar a ver cómo viven las mujeres las interacciones presexuales y sexuales, la comunicación heterosexual, la interpretación gestual y la manifestación del consentimiento. Todo esto lleva aparejado también un cambio en los medios probatorios, en la interpretación de los hechos y en las reglas a través de las cuales se aspira a llegar a la verdad procesal. Sobre este punto, Federico Arena afirma que «en general, las reglas probatorias tienen finalidades epistémicas y [...] a veces, mediante reglas contraepistémicas, resignamos esa posibilidad, tanto en sentido positivo como negativo (reglas acerca de, por ejemplo, los tiempos en el proceso, las prohibiciones o permisos para no declarar, etc.)».³⁰ El autor se refiere aquí a los compromisos que el derecho teje entre la verdad epistémica y la certeza jurídica, entre el conocimiento de los hechos como sucedieron en la realidad y los estándares probatorios validados en el proceso. Este es el sentido también del compromiso entre el principio de inocencia y el estándar de más allá de la duda razonable. En palabras de Arena, «el supuestamente ‘absoluto’ principio de inocencia se traduce, en realidad, en un compromiso entre verdad y certeza, a través del estándar de más allá de toda duda razonable. [...] si por absoluto se entiende que solo se condena si y solo si la persona es culpable, entonces el estándar de más allá de toda duda razonable tampoco instancia ese principio».³¹ Así, las propuestas que apuntan a recalibrar la valoración del testimonio único,³² despojarlo de mitos y

estereotipos, reconceptualizar el consentimiento, utilizar estándares comunicativos o incorporar fuentes de corroboración como los informes de expertos o los testimonios exhaustivos del entorno de víctima y acusado, señalan todas ellas cambios en los medios jurídicos a través de los cuales los tribunales, jueces y juezas, deberán construir la hipótesis sobre los hechos, así como su íntima convicción guiada por los derechos de víctima y acusado, la tutela judicial efectiva, el principio de presunción de inocencia y la regla de más allá de la duda razonable. En los últimos años se han realizado avances importantes en relación con las necesidades de la víctima en el proceso, de modo que esta se ha ido posicionando con mayor protagonismo. Los problemas que rodean la revictimización o victimización secundaria, producto de un tránsito a menudo hostil por las dependencias de justicia, son cada vez más conocidos tanto por los operadores jurídicos como por quienes acompañan a las partes en su itinerario judicial.³³ Esto requiere, a su vez, superar los numerosos estereotipos y mitos en torno a quiénes son y cómo son las víctimas de agresiones sexuales, tarea que ha sido señalada por la doctrina y la jurisprudencia.³⁴

Frente a los numerosos obstáculos que rodean el proceso penal en casos de agre-

un desafío global a la epistemología del testimonio», *op. cit.*, p. 251.

33 Sobre revictimización ver María Luisa Piqué, «Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional», en J. Di Corleto (comp.), *Género y justicia penal*, Didot, 2017; María Pilar Marco Francia, «Victimización secundaria en los delitos sexuales. Consentimiento y enjuiciamiento a la víctima. Con especial referencia al caso de “La Manada”», en P. Faraldo Cabana y M. Acale Sánchez (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

34 Entre la abundante bibliografía sobre estereotipos de género, ver el reciente trabajo de Elena Ghidoni y Dolores Morondo Taramundi, «El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio», *Discusiones*, n. 28, 1-2022, pp 37 a 70.

30 F. Arena, «Notas sobre el testimonio único en casos de violencia de género», *Quaestio facti*, n. 1, 2020, p. 252.

31 Arena, *op. cit.* p. 253.

32 En relación con el testimonio único, Arena se refiere a la perspectiva de género «no ya como un desafío local a los modos en que hasta ahora se valoraba el testimonio único de la víctima dentro de derecho penal, sino como

sión sexual, se impone no solo refinar las herramientas dogmáticas y conceptuales en el sentido ya señalado en torno a la noción de consentimiento, sino que hace falta indagar sobre la diversidad de medios probatorios y su valoración. Una vez más, esto no significa –ni debe significar– rebajar los estándares de prueba sino someterlos a diversos escrutinios. En primer lugar, como se ha propuesto en la primera parte de este trabajo, hay que revisar los conceptos que encuadran las acciones y comportamientos que se juzgan, para que, en el caso de la libertad sexual, incorporen o tengan en cuenta las pautas de comportamiento de las mujeres en sus relaciones heterosexuales. En segundo lugar, en el plano probatorio hay que revisar las máximas de experiencia que reflejen o incorporen roles, mitos y estereotipos basados en la desigualdad entre mujeres y varones, para construir, en cambio, nuevas máximas de experiencia capaces de incorporar una observación no sesgada y no discriminatoria. En tercer lugar, hay que explorar diversos medios probatorios para el esclarecimiento de los hechos, desde la colaboración interdisciplinar.

El debate en torno a cuál pueda ser la mejor regulación para la violencia sexual no debería ignorar los costes que la judicialización de estos casos entraña, tanto para la víctima, que debe impulsar con su actuación el proceso y que se verá envuelta en un iter judicial caracterizado por una instrucción a menudo invasiva e incisiva, como para el demandado, que verá comprometida su reputación y vida de relación, no solo al verse sometido al estigma de una denuncia de estas características, sino al enfrentarse a las severas sanciones que pueden acompañar la condena. Estos costes deben sopesarse con los que también acarrea, en este caso fundamentalmente para la víctima, la no judicialización del

caso, el silencio, el trauma, la ansiedad, el temor, etc., todo lo cual apunta a la privación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta situación, a su vez, adquiere una dimensión mayor cuando se trata de adolescentes o personas muy jóvenes, quienes pueden no calibrar enteramente el impacto de unas acciones cuyo significado y consecuencias a menudo desconocen, más allá del malestar y la inseguridad que provocan. Estos aspectos de la violencia sexual entre adolescentes y jóvenes –la presencia de la incomodidad, la vergüenza, el deseo de agradar, las dificultades para comunicar los propios deseos e intenciones, la impulsividad, la falta de autocontrol, la duda, la confusión, las emociones encontradas, etc.–, se ven atravesados, a su vez, por la distinta perspectiva, comprensión y repercusión social que para chicos y chicas tienen los hechos que protagonizan.

3. Uso, abuso y variaciones en torno a la perspectiva de género

La elaboración de conceptos jurídicos responde a la necesidad de dar forma y ofrecer respuestas a los problemas con los que el derecho se enfrenta. La actual reforma sobre libertad sexual y el debate que la ha precedido pone de manifiesto que estamos en presencia de un importante momento de construcción conceptual, que tiene por delante redefinir a través de la práctica jurídica los confines del consentimiento, así como desarrollar herramientas probatorias como el testimonio de la víctima y su corroboración. Esta tarea, ausente durante mucho tiempo, debe acometerse para dar respuesta a conflictos importantes que demandan protección de derechos humanos. La construcción de conceptos, estándares probatorios y estrategias procesales para hacer frente a las agresiones se-

xuales se nutre de la reflexión y las demandas que la teoría feminista ha expresado y forjado a través de una red extensa de postulados teóricos. Adoptar la perspectiva de género en el ámbito jurídico conlleva desarrollar el derecho atendiendo a la pregunta de las mujeres, sus intereses importantes, el tipo de daño a que se ven expuestas, las circunstancias que rodean su libertad. Para llevar a cabo esta tarea hace falta una teoría que ofrezca una lectura certera de la posición de las mujeres en la sociedad y que conceptualice los diversos aspectos relacionales que dan cuenta de esa posición, tal como hace la teoría feminista.

La sexualidad de las mujeres ha estado largamente supeditada a la sexualidad de los varones. Buena parte de los estereotipos que rodean la sexualidad heterosexual provienen del modelo masculino de sexualidad y de relación sexual heterosexual. Dado que el derecho no es ajeno a estos sesgos, cabe entonces preguntarse cuáles son los cambios necesarios para abandonar el modelo patriarcal de sexualidad heterosexual y prestar atención al deseo, el placer y la interacción sexual desde la posición de las mujeres. El consentimiento como permiso unilateral, tal como se ha descrito más arriba, está dominado por el modelo propositivo masculino que pende de la respuesta femenina, y perpetúa el foco de atención puesto en el rol activo del varón que requiere una toma de posición de la mujer. Abandonar este modelo requiere ampliar el foco de mira hacia una noción del consentimiento como disposición bilateral, que espera de ambas partes un rol activo en el paso de las interacciones presexuales a las propiamente sexuales. Para avanzar en este sentido hará falta que el derecho profundice en el conocimiento de la sexualidad femenina en interacción con la sexualidad masculina, para lo cual, a su vez, hace falta revisar categorías e inter-

pretaciones jurídicas. Empezar esta tarea requiere hacerse la pregunta de las mujeres con vistas a reformular el diseño jurídico, y permitir que este tome en cuenta la repercusión de las normas en sus vidas. Esto resulta de fundamental importancia porque el avance en el fortalecimiento de la agencia y la autonomía de las mujeres solo puede tener lugar con un cambio en su posicionamiento social e institucional. En este sentido, se han oído voces en el debate público que apuntan a que se debe propiciar que las mujeres puedan ahondar en sus propios deseos sexuales y evitar caer en el estereotipo patriarcal.³⁵ Un cambio tal en la agencia de las mujeres solo se logra con reformulaciones en el tejido social. Las luchas individuales para revertir la vulnerabilidad, la precariedad y la falta de poder, solo adquieren dimensión estructural cuando van acompañadas de acciones sociales e institucionales.

Al inicio de este artículo se mencionó la certera observación de Bartlett al apuntar que escrutar el derecho con perspectiva de género es plantearnos preguntas que incumben a las mujeres, los conflictos que ellas enfrentan, sus intereses relevantes. En los últimos tiempos muchos teóricos y teóricas del derecho se han centrado en estudiar los estereotipos que a menudo lastran la comprensión y la aplicación del derecho. Esta tarea es importante y necesaria también para la teoría feminista del derecho al escrutar los sesgos que los sistemas jurídicos acumulan. Sin embargo, es importante comprender que los estereotipos son solo un aspecto de la tarea más amplia que abordan la teoría feminista y la perspectiva de género. Como he sostenido en otro lu-

35 Ver el artículo de opinión «Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de libertades sexuales» publicado en *El País*, el 1 de marzo de 2021, citado en Lascaraín, *op. cit.*

gar³⁶, el género recoge la perspectiva de las mujeres en el contexto de la sociedad patriarcal y en un espectro amplio de dimensiones: relativas al lugar que ocupan las mujeres en relación con la sexualidad, la reproducción, la familia, la pareja, el matrimonio, las relaciones laborales, económicas, políticas, la educación, y su proyección en todos los ámbitos de la vida. En contraste, los estereotipos son construcciones por definición sesgadas, que se ciñen a una o varias características que se predicen de un grupo de personas con pretensión de alcanzar a todos los integrantes del grupo. Los estereotipos de género, por su parte, refieren a una noción compuesta que resulta de crear prototipos o modelos de mujer a partir de alguna o algunas de las características o aspectos que se pueden predicar de ellas; se han identificado numerosos estereotipos en relación con las mujeres, como la mujer madre, cuidadora, esposa, etc. Reducir el concepto de género al de estereotipos crea confusión al subsumir un concepto en otro cuando en realidad se trata de dos nociones diferentes, una de ellas, el género, con un alcance muy diferente al otro, el de estereotipos, y cuya unión a través del concepto compuesto de estereotipos de género, pone de manifiesto que se trata de aplicar la perspectiva de género a la categoría de los estereotipos.³⁷

Tampoco resulta certero identificar la perspectiva de género exclusivamente como un instrumento para detectar situaciones de discriminación que el derecho está llamado a superar.³⁸ Sin duda el de-

recho antidiscriminatorio ha sido probablemente el fruto más visible y el que mayores resultados proporcionó en la lucha que las feministas libraron en el ámbito jurídico contra la desigualdad de las mujeres. Sin embargo, ni el derecho antidiscriminatorio es la única expresión de la perspectiva de género en el derecho, ni consigue agotar las tareas jurídicas pendientes para la igualdad entre varones y mujeres. Como ha señalado María José Añón, la discriminación es un proceso sistémico³⁹, se nutre de diversos factores antropológicos, sociales, culturales; por tanto, abordar los casos de discriminación de las mujeres, como ha hecho la jurisprudencia desde los años 70, en los conocidos casos liderados por figuras tan representativas del feminismo jurídico norteamericano como Ruth Bader Ginsburg, es solo una parte del complejo rompecabezas de la igualdad jurídica, que compromete aspectos más profundos del sistema de derecho y su entramado conceptual.

Estas aproximaciones a la perspectiva de género –bien como identificación de estereotipos, bien como identificación de situaciones discriminatorias– resultan insatisfactorias en la medida en que solo captan una parte del complejo de relaciones a que hace referencia la expresión. Aplicar la perspectiva de género al derecho es interrogar al sistema jurídico desde la posición de las mujeres, plantear conflictos que atañen a su posición y a los significados que la teoría y la práctica jurídica proponen, a

36 Sobre este particular ver Álvarez Medina, Silvina, «Algunas discrepancias sobre el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2021), 44.

37 Álvarez Medina, *op. cit.*, p. 562.

38 Para este enfoque ver Ramírez Ortiz, *op. cit.*, p. 203; ver también Fuentes Soriano, Olga, «La perspectiva

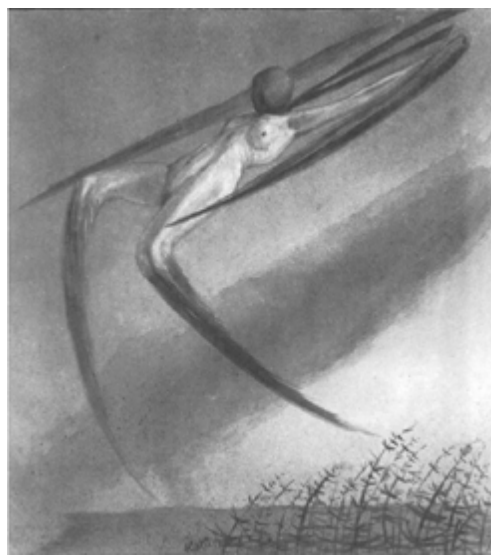
de género en el proceso penal. ¿Refutación? De algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz». «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», *Quaestio facti*, N. 1, 2020, en el que la autora retoma la definición de Ramírez Ortiz.

39 Añón Roig, María José, «Violencia y discriminación: evoluciones conceptuales», en S. Quicios Molina y S. Álvarez Medina (directoras), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Madrid, Aranzadi, 2019, p. 50.

menudo sin tener en cuenta la agencia y la posición específica de las mujeres. Como señalara Catharine MacKinnon, la teoría feminista propone aplicar la lente del género y la teoría jurídica feminista propone aplicarla al derecho y a los conflictos y problemas de los que se ocupa el derecho.⁴⁰ Pero esto no significa que la perspectiva de género deba identificarse con un apartado que se suma o se agrega en un anexo al derecho existente. Incorporar la perspectiva de género no es incorporar un capítulo sobre derechos de las mujeres, sino repensar los conceptos, la interpretación, la dogmática, los procedimientos y las soluciones teniendo en cuenta la perspectiva de las mujeres, la lente de género, la pregunta sobre cómo impacta el derecho en las mujeres.

En este trabajo me he referido a este cambio de perspectiva aplicado a los delitos contra la libertad sexual y más específicamente en lo referido al consentimiento y a la valoración y corroboración del testimonio de la víctima. Esta tarea de reforma, de cambiar la lente con la que desde el derecho se mira la realidad, nos aboca no solo como observadoras y observadores que quieren desvelar inequidades y proponer reformas legales o jurisprudenciales. El proceso que lleva aparejado la incorporación del género como categoría jurídica es más amplio y compromete a todas las personas que participan en el derecho y sus diversas repercusiones. Utilizando las

categorías que propusiera el conocido filósofo del derecho, H. L. A. Hart, podríamos decir que tal proceso requiere asumir la perspectiva de las participantes, de las mujeres, no solo como destinatarias de las normas jurídicas, sino como hacedoras, intérpretes, aplicadoras del derecho. En otras palabras, hablamos de incorporar a las mujeres como participantes. De tal modo, tomarnos en serio la perspectiva de género es reformular el derecho, para que las mujeres participantes de la práctica jurídica puedan reconocerlo, aplicarlo y eventualmente cambiarlo como agentes que participan de una práctica que las reconoce a su vez como titulares plenas. Se trata, en definitiva, de reelaborar el derecho.



Alfred Kubin, *Cada noche un sueño nos visita*, 1900

40 Ver C. MacKinnon, «Integrando el feminismo en la educación práctica», *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 3, n. 6, primavera 2005, p. 158.

El derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la carrera judicial

Rosa María SÁNCHEZ CARRETERO

I. Introducción

El derecho a la conciliación se ha venido a desarrollar en torno a tres pilares, entre ellos la igualdad de acceso al mercado laboral, unas condiciones de trabajo más justas y la conciliación entre la vida familiar y profesional.

La protección de estos derechos tiene un punto de partida prioritario en la legislación de la Unión Europea, preocupada por fomentar un mayor equilibrio entre obligaciones familiares y profesionales. Así, la igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental de la Unión de conformidad con el artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en este sentido la Unión debe fomentar la igualdad entre mujeres y hombres. De la misma forma, en el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se establece que la igualdad entre mujeres y hombres debe garantizarse en todos los ámbitos, incluidos los relativos al empleo, el trabajo y la retribución.

Dicha preocupación ha permitido la reciente publicación de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Los derechos de conciliación en sus diferentes modalidades fueron objeto de reconocimiento específico a los miembros de la Carrera Judicial en los distintos Planes de Igualdad elaborados por el Consejo General del Poder Judicial.

Así en el I Plan de Igualdad para la Carrera Judicial se contemplaba como objetivo *«facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional»*, encomendando a la Comisión de Igualdad que se constituyó conforme al artículo 136 de la LOPJ la adaptación del Plan Concilia a la Carrera Judicial, así como el estudio e informe al Reglamento de la Carrera Judicial en aquellos aspectos relativos a la conciliación, bajo el compromiso de profundizar en medidas de corresponsabilidad, elevando propuestas al Pleno para reformar algunos artículos del Reglamento de la Carrera Judicial.

La aprobación de la Ley Orgánica 4/2018 de reforma de la LOPJ introdujo algunos avances importantes en materia de igualdad, entre los que podemos destacar la nueva redacción del artículo 373 de la LOPJ para la adaptación de los permisos y licencias de la Carrera Judicial en materia de corresponsabilidad y conciliación, al Estatuto General de la Administración General del Estado.

Y bajo la necesidad de evaluar el I Plan de Igualdad y analizar la implementación de sus medidas, con fecha 30 de enero de

2020 fue aprobado el II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial, que vino a valorar los avances en materia de conciliación como «poco alentadores», aunque ha permitido un análisis profundo de las medidas adoptadas y sobre todo, ha posibilitado poder elaborar propuestas que permitan avanzar en los objetivos para garantizar la plena conciliación que propugnan todas las normas analizadas.

II. Concepto de estabilidad territorial

El derecho a la conciliación se encuentra íntimamente relacionado con el concepto de estabilidad territorial y podría definirse como *la posibilidad de mantener la residencia permanente en un territorio con el que existen conexiones laborales, personales y familiares*. La estabilidad territorial permite garantizar derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y a la vida personal (artículos 14 y 18 de la Constitución) y el derecho a la libertad de residencia (artículo 19 de la Constitución).

En el ámbito judicial la permanencia continuada en un órgano jurisdiccional redundaría en el mejor desarrollo de la función jurisdiccional y por ello en una mejor y más efectiva prestación del servicio al ciudadano. Esta permanencia ha sido reivindicada durante años, provocando cambios legislativos que permitieron al juez evitar tener que cambiar de destino profesional y que tuvieron su incidencia en el principio de libertad de residencia o el ascenso forzoso. Sin embargo, no han sido suficientes, proponiéndose en el II Plan de Igualdad del CGPJ la adopción de nuevas medidas como la búsqueda de fórmulas alternativas que garanticen la aplicación de las normas sobre incompatibilidades por vínculos familiares, la reducción de la movilidad territorial de las juezas y jueces en expectativa

de destino y la valoración de la conciliación familiar y profesional en la adjudicación de comisiones de servicio.

Se trataría de potenciar el desarrollo normativo de medidas para evitar las restricciones a la movilidad y para garantizar la permanencia en un determinado lugar, en cuyo estudio deben ponderarse la justificación de las mismas, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

III. Modalidades

La estabilidad territorial despliega sus efectos desde distintas perspectivas:

a) Limitación a la movilidad territorial basada en la imposibilidad de acceder a plazas por aplicación de los artículos 391 (constitución de órganos colegiados), 392 (cuyo apartado 1º contempla la doble instancia procesal y el apartado 2º la relación con fiscales, letrados de la administración de justicia y personal dependiente) y 393 (imparcialidad frente a abogados y procuradores y existencia de interés económico) de la LOPJ, en cuanto que contemplan los criterios aplicables en materia de incompatibilidad por razón del parentesco.

Se trata de unas limitaciones que comienzan a perder su virtualidad por la ampliación de la plantilla Judicial y que la futura implantación de la nueva Oficina Judicial facilitará, al provocar una menor sujeción de la plantilla a un órgano judicial concreto.

Actualmente se ha instrumentalizado la regulación jurídica de la abstención y de la sustitución para facilitar el acceso a estas plazas, garantizando así la estabilidad en el lugar de residencia, la conciliación familiar y personal y la posibilidad de promoción profesional.

b) La obligación de permanencia en el destino conforme al artículo 327.2 LOPJ que implica la imposibilidad de volver a

concurser hasta transcurrido un año para destinos forzosos y dos años en voluntarios. Se trata de una limitación que no ha sido objeto de relajación a pesar de los duros efectos que puede provocar, y ello porque en los traslados forzosos es posible que ya se cuente con arraigo personal y familiar que requiera la aplicación de medidas que permitan la conciliación.

Al respecto se han efectuado propuestas para regular reglamentariamente los supuestos en los que debería relajarse esta exigencia, sobre todo por necesidad de reagrupación familiar, y si bien es cierto que medidas como el teletrabajo podrían facilitar la conciliación, siguen existiendo actuaciones que requieren la presencia física del Juez (actuaciones en instrucción y prestación de servicios de guardias, entre otras), por lo que la conciliación quedaría supeditada al tipo de órgano al que se adscriba.

c) La aplicación del mérito relativo a la necesidad de conciliación en el ámbito personal, familiar y profesional para su valoración en los concursos en los que se adjudiquen destinos y en las comisiones de servicio. La aplicación de este mérito es inexistente actualmente en las convocatorias y aunque se contempla expresamente en la normativa aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado, el CGPJ no ha procedido a trasladar este derecho a la Carrera Judicial mediante su regulación en el Reglamento de la Carrera Judicial

De estas tres modalidades de limitación a la estabilidad territorial, solo la primera ha sido objeto de una valoración conforme a criterios de necesidad y proporcionalidad por los Tribunales, con valoración de los cambios y avances que han operado en la organización judicial, como han sido la ampliación de plantilla y la regulación de los criterios de sustitución. Sin embargo, no ha existido voluntad para mejorar la estabili-

dad territorial necesaria para garantizar la reagrupación familiar y que en muchos supuestos influye sobre la necesaria protección de menores y personas dependientes, al estimarse que pudiera influir sobre el escalafón judicial como criterio preferente para la asignación de destinos.

IV. Estabilidad territorial y reagrupación familiar

a) Regulación jurídica

El artículo 373.7 de la LOPJ dispone *«Los jueces y magistrados dispondrán, al menos, de todos los derechos establecidos para los miembros de la Administración General del Estado y que supongan una mejora en materia de conciliación, permisos, licencias y cualquier otro derecho reconocido en dicho ámbito»*.

Al respecto y dado que la LOPJ y la normativa de desarrollo no contempla o regula el modo en que habrá de reconocerse el ejercicio de derechos en materia de conciliación, conviene tener presente la voluntad del CGPJ de reconocer y aplicar este principio tal como se expuso en el Acuerdo del CGPJ de fecha 7 de febrero de 2006 en cuyo punto 37º dispuso,

«existe la posibilidad de aplicar medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que, aunque no se encuentren expresamente contempladas por la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus normas de desarrollo, reúnan las siguientes condiciones:

–Que estén reguladas en normas de ámbito estatal y, por tanto, aplicables a todo el territorio del Estado español, emanadas de títulos competenciales recogidos en los artículos 149.1.1ª y 18ª y 39 de la Constitución.

–Y que resulten compatibles con las especificidades propias del ejercicio de la función jurisdiccional, valoración que, en general, competará a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.

3.–Asimismo, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial hace constar

su clara voluntad de continuar aplicando todas aquellas medidas que, de conformidad con el ordenamiento vigente, sean necesarias para la adecuada conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y considera necesario que los distintos poderes públicos, cada uno dentro de su respectiva competencia, impulsen la adaptación de la normativa al contenido del apartado 4 del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen las medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos (publicada por Orden del Ministerio de Administraciones Públicas de 15 de diciembre de 2005).»

Dado que ni la LOPJ ni los Acuerdos del CGPJ disponen el modo en el que habrá de garantizarse este derecho, es posible acudir a la legislación de ámbito estatal aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado y en aplicación del criterio de subsidiaridad previsto en el artículo 373.7 LOPJ, resultaría de aplicación el artículo 44.2 b) del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado que dispone:

«2. Las bases de cada convocatoria establecerán una puntuación que, como máximo, podrá alcanzar la que se determine en las mismas para la antigüedad para los siguientes supuesto.

a) El destino previo del cónyuge funcionario, obtenido mediante convocatoria pública, en el municipio donde radique el puesto o puestos de trabajo solicitados, siempre que se acceda desde municipio distinto.

b) El cuidado de hijos, tanto cuando lo sean por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, hasta que el hijo cumpla doce años, siempre que se acredite por los interesados fehacientemente que el puesto que se solicita permite una mejor atención del menor.

c) El cuidado de un familiar, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad siempre que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse

por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, siempre que se acceda desde un municipio distinto, y siempre que se acredite fehacientemente por los interesados que el puesto que se solicita permite una mejor atención del familiar. La valoración de este supuesto será incompatible con la otorgada por el cuidado de hijos.

3. La puntuación de cada uno de los conceptos enunciados en los apartados anteriores no podrá exceder en ningún caso del 40 por 100 de la puntuación máxima total ni ser inferior al 10 por 100 de la misma.»

Actualmente, el CGPJ no aplica en la Carrera Judicial, ni siquiera subsidiariamente, esta normativa estatal mientras que en las convocatorias de los funcionarios al servicio de la Administración General del Estado es de obligada inclusión. Concretamente esta omisión está vaciando de contenido la regulación contenida en el artículo 373.7 de la LOPJ, por no constar el desarrollo de esta previsión en el Reglamento de la Carrera Judicial.

Es más, si no se aplicara el mismo, no existiría una regulación que amparase el derecho a la conciliación familiar, al cuidado de los menores sin tener que dejar de ejercer la actividad profesional, pues resultaría que solo se podría ejercitar este derecho con amparo en excedencias y/o licencias.

Si no se aplicase, tampoco podría admitirse la existencia de una regulación de medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los jueces y magistrados, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE).

En este sentido, tampoco pueden perderse de vista, las previsiones contenidas en la Ley 39/1999, de 5 de Noviembre, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, en cuyo espíritu, plasmado en la Exposición de Motivos de la propia Ley, está

el configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y privada, asegurando el adecuado ejercicio de la patria potestad y el cuidado de los menores o minusválidos.

Debe tenerse en cuenta que esta Ley viene a completar la transposición al Ordenamiento jurídico español, de las directrices marcadas por la normativa Comunitaria, concretamente de la Directiva del Consejo 92/85/CEE de 19 de octubre y 93/34/CEE, de 3 de junio, que establecen criterios amplios y flexibles para la armonización de las responsabilidades laborales y familiares. En esta línea se encuentra, por lo demás, la Ley Orgánica 3/2007 (...), para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y cuya Exposición de Motivos alude a la finalidad de favorecer la vida familiar y laboral, como uno de los objetivos esenciales de la misma.

Al respecto también se ha valorar el Acuerdo de 16 de septiembre de 2021, de la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial, aprobado por el Pleno el 30 de enero de 2020 que recoge en los Objetivos generales del II Plan de Igualdad, concretamente en el punto 5 *«Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de las personas que integran la Carrera Judicial, promoviendo el uso de medidas que favorezcan la corresponsabilidad y el reparto igualitario de las tareas de cuidado y atención a familiares dependientes»*.

Este II Plan en materia de Promoción Profesional admite que la conciliación pueda ser objeto de baremación como mérito que permita incrementar la puntuación en concursos. Así se incluye como actua-

ciones a realizar por el CGPJ *«Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional»*.

Concretamente en el II Plan de Igualdad, en sede de Formación Profesional, se reconoce textualmente cómo actualmente esta baremación está siendo incluida en los procesos selectivos que con carácter reciente está convocando el CGPJ. Así dispone textualmente

«Debe destacarse aquí que la asignación de una valoración objetiva curricular al tiempo empleado a los cuidados familiares y a la conciliación de la vida familiar y profesional no es algo desconocido para el Consejo General del Poder Judicial, pues se está aplicando actualmente en los procesos de concurso-oposición para el ingreso al Cuerpo de Letrados/as del CGPJ (bases de la convocatoria de mayo de 2014), y en la reciente convocatoria para el nombramiento de especialistas en Derecho de la Unión Europea publicada el 8 de enero de 2019.»

Pero es que, en procesos selectivos convocados por el CGPJ en otros niveles, se incluye expresamente la baremación de la necesidad de conciliación. Así se puede mencionar el Acuerdo de 28 de septiembre de 2022, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca concurso para proveer puesto de trabajo en la Escuela Judicial que recoge esta baremación en la Norma Segunda, punto 1.5 cuando dispone

«1.5. Méritos referidos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se valorarán los supuestos que a continuación se indican, hasta una puntuación máxima de 1,8 puntos.

1.5.1. El destino previo del cónyuge funcionario, obtenido mediante convocatoria pública, en el municipio donde radique el puesto de trabajo solicitado, siempre que se acceda desde un municipio distinto: 0,9 puntos.

1.5.2. El cuidado de hijos, tanto cuando lo sean por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o pre adoptivo, hasta que el hijo cumpla doce años, siempre que se acredite por los interesados fehacientemente que el

puesto que se solicita permite una mejor atención del menor: 0,9 puntos.

1.5.3. El cuidado de un familiar, hasta segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, siempre que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, siempre que se acceda desde un municipio distinto, y siempre que se acredite fehacientemente por los interesados que el puesto que se solicita permite una mejor atención del familiar: 0,9 puntos. La valoración de este supuesto será incompatible con la otorgada por el cuidado de hijos.».

Esta misma previsión también aparece en sucesivos concursos como son el Acuerdo de 20 de enero de 2022, de la Comisión Permanente del CGPJ, por el que se convoca concurso para la provisión de puesto de trabajo o el Acuerdo de 23 de junio de 2022, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se convoca concurso para la provisión de puesto de trabajo en el Centro de Documentación Judicial.

Y también puede apreciarse la inclusión del criterio mencionado en los concursillos para la adjudicación de plazas entre los Jueces de Adscripción Territorial (JAT) pues en virtud del artículo 6 del Acuerdo de 24 de noviembre de 2016 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del estatuto de los Jueces de Adscripción Territorial y los Jueces en Expectativa de Destino, y de modificación del Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial, se valoran las necesidades específicas de conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

Conforme a la normativa expuesta anteriormente, para garantizar los objetivos específicos del II Plan de Igualdad del CGPJ no solo debería computarse el tiempo empleado en el cuidado de familiares y que se justifica con excedencias y/o licencias, sino que debería ser valorada la necesidad de

conciliación, de cuidado de menores y dependientes, como criterio preferente para la concesión de destinos, pudiendo servirnos el procedimiento previsto con el conocimiento de lengua cooficial o derecho civil en el que se concede un incremento de la valoración o baremación, como posible modelo a seguir, que permitiera al que se le concede, concurrir con cierta preferencia a ciertas plazas próximas a su residencia, siempre que pudiera acreditar que la proximidad le permitirá atender adecuadamente a las necesidades de los hijos menores o mayores discapaces y/o progenitores dependientes a su cargo.

Se trataría de incrementar la baremación final solo para la adjudicación de la plaza o plazas más próximas al domicilio y que mejor permitieran garantizar las necesidades de conciliación.

b) Argumentos contrarios a la estabilidad territorial

El principal obstáculo a la aplicación de medidas que garanticen la reagrupación familiar y que permitan el ejercicio y asunción en régimen de corresponsabilidad de las obligaciones familiares es el escalafón judicial como medida principal para determinar el acceso a plazas y comisiones de servicio.

En distintas jornadas¹, los propios ponentes se han referido a dicho obstáculo como medida de oposición colectiva por parte de los miembros de la carrera judicial a la aplicación de los derechos relativos a la reagrupación familiar por traslados de los funcionarios de la administración General del Estado o del ámbito laboral. Existe una oposición mayoritaria a que el criterio de antigüedad pudiera verse afectado por el

¹ Jornadas celebradas bajo el título «Medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y profesional en el Estatuto Judicial» en Madrid, del 26 al 28 de junio de 2017.

reconocimiento de preferencias basadas en el ejercicio de derechos conciliatorios que ya desde la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres se vienen exigiendo.

Además, en los informes anuales que se publican por el CGPJ y que emite la Comisión de Igualdad no existe una referencia expresa al ejercicio de este derecho o al menos a la solicitud del mérito relativo a la necesidad de conciliación familiar, personal y profesional por parte de los miembros de la carrera judicial al solicitar sus destinos, por lo que podría afirmarse que la falta de respuesta del CGPJ a esta necesaria regulación puede deberse a la falta de una demanda efectiva del ejercicio del derecho que puede justificarse quizás, en la falta de un conocimiento cierto de la posibilidad de ejercitarlo.

Sin embargo, no es inusual que en las conclusiones de las Jornadas celebradas en materia de Igualdad se propugne la limitación o supresión de la inamovilidad en la plaza adjudicada por razones de conciliación familiar, sin que estas propuestas hayan sido encauzadas por el CGPJ a través de la modificación del Reglamento de la Carrera Judicial.

V. Conclusiones

Tras el análisis de los Planes de Igualdad y atendiendo a los compromisos asumidos en el mismo por la Comisión de Igualdad, así como a las obligaciones del CGPJ derivadas de los derechos reconocidos en la LOPJ, deberían adoptarse los siguientes compromisos:

a) Elaboración de un estudio cuantitativo y cualitativo sobre la necesidad de implementar esta medida, valorando no solo el número de miembros de la Carrera Judicial afectados por esta necesidad sino también recabando información sobre el modo en que la falta de medidas de con-

ciliación para la reagrupación familiar está afectando a su calidad de vida personal, familiar y profesional.

b) Inclusión en el Plan de Igualdad como medidas relativas a la estabilidad territorial la protección del derecho de los miembros de la Carrera Judicial a la conciliación personal, familiar y profesional, garantizando el ejercicio corresponsable de la protección de la familia, bien mediante la supresión de la inamovilidad tras el acceso a una plaza, y/o permitiendo incrementar los méritos para el acceso a ella por tal causa, conforme se reconoce en el artículo 44.2 b) del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado y ello por aplicación subsidiaria del artículo 373.7 de la LOPJ.

c) Garantizar que los informes y medidas que se adopten sean conocidos por todos los miembros de la Carrera Judicial.

d) Inclusión en las memorias anuales de la incidencia del uso de estas medidas.

La protección de los derechos sociales de los miembros de la carrera judicial en materia de estabilidad territorial no puede estar condicionada a desarrollos normativos pues las necesidades generadas del deber de protección de la familia no pueden supeditarse a la burocracia que sustenta cualquier modificación o adaptación de la LOPJ. La remisión del artículo 373.7 LOPJ al estatuto de los funcionarios de la Administración General del Estado, permite la aplicación analógica de sus derechos y la Comisión de Igualdad debería instar al CGPJ a desarrollar reglamentariamente el ejercicio de los mismos. Ya existen informes específicos en la materia que incluyen propuestas de modificación legislativa como las que se

recogen en la publicación «la Protección Social de la Carrera Judicial»² que con valentía reconocen la necesidad de garantizar medidas concretas para que la estabilidad territorial permita el ejercicio de una conciliación real y efectiva.

Al mismo tiempo, los miembros de la Carrera Judicial deben reclamar de las

instancias competentes el reconocimiento de unas condiciones de trabajo justas, que protejan sus derechos y los de sus familias y que garanticen su salud laboral y la adecuada conciliación de su vida personal y profesional, pues de lo contrario el ejercicio del derecho a la conciliación efectiva nunca dejará de ser un derecho programático.

2 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DT-2021-88

Discriminación, racismo y violencia contra la población indígena en el Perú (I)

José Ricardo DE PRADA

1. La complejidad étnica del Perú

En el último censo peruano de 2017, se incluyó por primera vez una pregunta sobre autopercepción étnica, de cómo se consideraban o auto percibían los peruanos y peruanas mayores de 12 años de edad, por sus costumbres y sus antepasados¹. De los 23.196.391 habitantes mayores de esa edad, el 60,2% (13.965.254 personas) manifestaron auto percibirse mestizos; el 22,3% (5.176.809) de origen Quechua; el 5,9% (1.366.931) se sienten de origen blanco; el 3,6% (828.841) afro descendiente (negro, moreno, zambo, mulato/pueblo afroperuano o afrodescendiente) y el 2,4% (548.292) de origen Aimara. El censo, además, registró a 79.266 personas que se consideran nativas o de la Amazonia; 55.489 personas se auto identificaron como Ashaninka; 37.690 personas de origen Awajún; 25.222 como Shipibo Konibo y 49.838 personas como parte de otro pueblo Indígena u Originario. Asimismo, se registraron a 22.534 personas que por sus costumbres y antepasados se auto identifican como Nikkei y 14.307 como Tusan. En el grupo de «otros» se incluye una amplia diversidad de auto identificaciones y agrupa a 254.892 personas. No respondieron el 3,3% del total de censados interpellados.

1 José A. Lloréns, «Etnicidad y censos: los conceptos básicos y sus aplicaciones», *Bulletin de l'Institut français d'études andines* [En línea], 31 (3) | 2002, Publicado el 08 diciembre 2002, consultado el 31 octubre 2022.

URL: <http://journals.openedition.org/bifea/6802>; DOI: <https://doi.org/10.4000/bifea.6802>

Es decir, casi 8 millones de peruanos, un tercio del total de la población, se auto identificó como parte de algún pueblo indígena u originario o de una minoría étnica². Alrededor de un 26% se considera perteneciente a un pueblo indígena, con presencia muy alta del pueblo quechua y mucho menor del pueblo aimara y del resto de pueblos amazónicos. Aunque se registran 55 pueblos indígenas u originarios, de estos, 51 originarios de la Amazonia³ y 4 de los Andes⁴.

Las «Comunidades Campesinas» y «Comunidades Nativas» están expresamente reconocidas en el artículo 89 de la Constitución Política del Perú⁵. Se componen de grupos de personas que actúan como sujetos colectivos, con un interés colectivo o comunal⁶, pertenecientes a pueblos ori-

2 Sobre la población afrodescendiente como minoría étnica, ver: Verástegui Ollé, Vanessa.- Reconocimiento y ciudadanía de los afrodescendientes en el Perú: ¿pueblo o minoría étnica? <https://www.nacionmulticultural.unam.mx/reconocimientopueblosnegros/docs/251.pdf>

3 Geográficamente, la Amazonia del Perú abarca casi dos tercios de su territorio nacional.

4 Según la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios creada por la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa. Esta Base es una fuente oficial del Estado «en cuanto a información sociodemográfica, cualitativa y geográfica de los pueblos indígenas u originarios identificados a la fecha a nivel nacional, de conformidad con los criterios de identificación establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo». En <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>

5 Las Comunidades Andinas y Amazónicas fueron reconocidas por primera vez en la Constitución Política del Perú de 1920.

6 Sobre el sentido y la propiedad comunitaria de la tierra, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

ginarios o pueblos «indígenas» pobladores primigenios del territorio peruano, aunque en la actualidad habitan lo mismo en zonas rurales, que urbanas.

Se identifica normalmente a las «Comunidades Campesinas» con las comunidades de la zona rural de los Andes del Perú y a las «Comunidades Nativas» con las comunidades de la zona rural de la Amazonía.

Aunque ambas comunidades tienen una organización social y política basada en la familia y el parentesco, y en la asamblea comunal: la relación que tienen con la tierra es muy diferente. En las Comunidades Andinas, cada familia posee una parcela de tierra de la que vive, en la que practica agricultura de subsistencia y obtiene forraje para el ganado. Las Comunidades Amazónicas tienen una relación con la tierra distinta, mayormente de aprovechamiento de bosques y ríos.

En la cuenca amazónica del continente viven unos 420 diferentes pueblos indígenas, de los que al menos 60 viven en condición de aislamiento. Estos pueblos indígenas amazónicos representan el 11 por ciento del total de la población de los nueve países de la cuenca amazónica: Bolivia,

Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Guayana Francesa, Perú, Surinam y Venezuela.

De hecho, en toda la cuenca del Amazonas se calcula que existirían entre 50 y 100 tribus aisladas y no contactadas, probablemente unos 5.000 individuos en total, con cada día mayores peligros para ellos y sus formas de vida⁷. Estos grupos representan la mayoría de las tribus aisladas que quedan en el planeta⁸.

La incorporación de la autoidentificación étnica ha permitido dibujar mejor el perfil de los miembros de los pueblos indígenas en el Perú actual, y conocer con detalle su ubicación geográfica y las grandes brechas de desigualdad existentes en el acceso a servicios básicos tales como salud, educación, alimentación, vivienda, agua potable, entre tantos otros. Estos son problemas aún actuales para la población indígena, presente tanto en zonas rurales como en zonas urbanas del país. Resulta destacable que casi el 66% de las personas auto identificadas como miembros de un pueblo indígena vivan en zonas urbanas, y más del 40% han declarado que su lengua materna no es una lengua indígena, sino el castellano⁹, lo que rompe el mito del carácter selvático o campesino y el aislamiento de la población indígena.

Humanos de 24.08.2010 Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay.

86 : [“] existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. [“]

Cfr. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, supra nota 20, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, supra nota 16, párr. 90.

7 Wallace, Scott y Fagan, Chris. Las últimas tribus del Amazonas. En la selva amazónica de Perú y Brasil, mineros, rancheros y leñadores furtivos invaden los territorios ancestrales de los últimos pueblos aislados, 22 de agosto de 2019, National Geographic.

8 Los pueblos indígenas amazónicos son los protectores naturales del mayor y más importante bosque tropical del mundo, que se extiende por aproximadamente 7 millones de km², el equivalente a 40% del territorio sudamericano. La cuenca amazónica representa el pulmón del planeta y gracias a sus servicios ecosistémicos podemos seguir respirando y viviendo el resto de seres vivos que lo poblamos.

9 Rubio, Bruce Barnaby. El Congreso de la República y los pueblos indígenas. Algunas reflexiones sobre su representación. Cuadernos Parlamentarios. Centro de Estudios Constitucionales y Parlamentarios del Congreso de la República, número 26, diciembre 2021, pp. 47-59.

Desde este mismo punto de vista, resulta especialmente significativo, que el 60,2% (13.965.254 personas) manifestaran auto percibirse como mestizos. Se trata, sin duda, del resultado de varios siglos de ideologías asimilacionistas de mestizaje, y de la huida del indigenismo por sus connotaciones negativas, que han devaluado sistemáticamente las herencias culturales indígenas y dificultado el reconocimiento de la propia identidad.

Esta disminución progresiva de personas que se declaran indígenas y el aumento de las que se consideran mestizas, no deriva tanto de un incremento acelerado del mestizaje biológico, sino de meros cambios en las percepciones de las diferencias raciales, derivados en buena medida del incremento demográfico de la costa, a expensas de la sierra, y de las ciudades, a costa del campo. Podemos decir, como expresivamente nos indica Manrique (1999)¹⁰, que el campesino inmigrante en la ciudad se desindigeniza y se convierte en cholo¹¹.

Analizando el fenómeno y el significado del mestizaje en Perú desde la perspectiva del racismo, podemos decir que este es un fenómeno que opera fundamentalmente en la intersubjetividad social y que probablemente las características del racismo peruano lo convierten en un fenómeno inabordable a partir de las categorías analíticas desarrolladas en otros contextos sociales.

En el Perú, nos indica Manrique, (1999), es imposible la «objetivación» del discri-

minado, pues el sujeto discriminador no puede separarse del «objeto» que discrimina. Para la mayoría de la población peruana, teniendo también sangre india en las venas, usar como insulto el término «indio», supone negar una parte de su propia identidad: discriminar, odiar y despreciar a elementos constitutivos del propio yo. La alienación radical. La imposibilidad de reconocer el propio rostro en el espejo. Se produce así una forma de racismo profundamente enrevesada y difícil de abordar (Manrique 1999).

La evolución decreciente de la población indígena en favor de la mestiza ha permitido en algunos sectores sentar la afirmación de que en el Perú de hoy en día, la población indígena es minoritaria y que el mestizaje generalizado había liquidado las bases sobre las cuales se asentaba la discriminación racial. Lo trataría de avalar encuestas más o menos recientes entre la población, en las que un 45.1% opina que los más perjudicados por el racismo son los cholos, un 38.7% cree que los negros y solo un 12.9%, los indígenas. Sin embargo, esta afirmación no estimamos que sea cierta: es evidente que el racismo en absoluto ha desaparecido, sino que, habiendo sido predominantemente el anti indígena, ha pasado a ser un racismo compartido, dirigido también contra algunos sectores mestizos de la población, pasando a ser en este caso, no exclusivamente étnico, sino también socioeconómico, mezclándose pues lo étnico y cultural con la marginalidad económica.

2. La negación a los afrodescendientes de su carácter de pueblo originario

Sin embargo, en la sociedad peruana existen grupos humanos todavía en peor situación en la escala de discriminación y

10 Manrique, Nelson. La piel y la pluma. Escritos sobre literatura, etnicidad y racismo, Introducción algunas reflexiones sobre el colonialismo, el racismo y la cuestión nacional. Centro de Informe y Desarrollo Integral de Autogestión-CIDIAG. SUR, Casa de Estudios del Socialismo, Lima, junio de 1999.

<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/ALGUNAS%20REFLEXIONES%20SOBRE%20EL%20COLONIALISMO.pdf>

11 Quijano, Aníbal. Dominación y cultura. Lo cholo y el conflicto cultural en el Perú, Lima, 1980; José Varallanos: Lo cholo en el Perú, Lima, 1962.

racismo que los indígenas. Nos referimos a las afrodescendientes, como consecuencia de la negación que se les hace de su carácter de pueblos originarios, perdiendo un elemento positivo de identificación, reconocimiento y protección como minoría étnica, a través de la normatividad internacional y nacional en relación con la población indígena.

La Constitución política de Perú de 1993, en el artículo 2, inciso 19, sobre los Derechos fundamentales de la persona señala que: «Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce la pluralidad étnica y cultural de la nación».

Ello obligaría a reconocer la identidad étnica de las organizaciones afroperuanas –la de afrodescendiente / afroperuano– y a disponer de la atención estatal necesaria, entre ellos, derechos especiales, como minoría en desventaja, en la misma medida que otras. Sin embargo, se opone, que la normatividad internacional, organismos de derechos humanos y la legislación peruana hablan en exclusividad sobre derechos de pueblos indígenas, que están avalados por su estatus jurídico internacional y reconocidos como «pueblo».

La cuestión, por tanto, se plantea en términos de si la minoría afrodescendiente dispondría de derechos colectivos/étnicos o únicamente de derechos ciudadanos. La respuesta que se le da, en la consideración general social y jurídica, es que los afrodescendientes en el Perú, no son originarios, adquiriendo la consideración de ciudadanos, únicamente después de que se creó la nación peruana¹², no comparten grandes extensiones territoriales como los indígenas ni conservan sus manifestaciones culturales originales africanas, después de su fusión con la cultura andina y la criolla.

Hablar de derechos colectivos de los afroperuanos implicaría reivindicar su esencia étnica y exigir el derecho a su reconocimiento, tal como lo hace el movimiento indígena. Sin embargo, la situación jurídica de facto de los afrodescendientes en el Perú es diferente y existe una gran resistencia para hablar de «pueblo afroperuano», reconociendo únicamente su carácter de minoría étnica¹³ o de comunidad cultural¹⁴. De forma diferente a los indígenas, que reclaman el reconocimiento de su identidad cultural, sus derechos territoriales, el derecho a su autonomía, por ser ellos descendientes de los primeros pobladores americanos antes del descubrimiento, a los afroperuanos no se le reconoce esos derechos, en cuanto que descendientes de africanos desarraigados de su territorio originario, llegados a América como esclavos.

Debe tenerse en cuenta que el pueblo indígena, desde la perspectiva jurídica, no es una minoría y que su derecho se origina en su calidad de ser «pueblo»¹⁵ y no meramente población. Sobre el concepto de pueblo, Marcel Velásquez (2005) indica que: (...) para hablar de pueblos, el componente de pueblos es historia, memoria, territorio, entonces, el tema con la población afroperuana y en general con gran parte de la población afro latinoamericana, es el tema del territorio, pues no hay un territorio que les pertenezca, como sí ocurre con las minorías indígenas, andinas o amazónicas. Esa variable, en su consideración, es la que desvirtúa y además hace más problemático el proceso de consideración e inserción social, por ello, se inclina

13 Ballón Aguirre, Francisco. «Doctrina, principios y normas». En: *Manual del Derecho de los pueblos indígenas*. Defensoría del Pueblo, 2004, p. 41.

14 «La discriminación racial y las comunidades afroperuanas». En: *Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas*. Defensoría del Pueblo, 2002, pp. 95-96

15 Ballón Aguirre, Francisco. «Doctrina, principios y normas». *Op.cit.*

12 Verástegui Ollé, Vanessa. *Op.cit.*

más por el concepto de «minoría étnica» que por el de «pueblo»¹⁶.

Generalmente la idea de minoría étnica se refiere a un grupo humano que comparte características semejantes a la de un pueblo, pero que ni tiene los fundamentos jurídicos de éste ni obtiene los derechos colectivos/étnicos derivados de tal reconocimiento¹⁷.

Pensamos que una deseable política de reconocimiento de los derechos colectivos/étnicos de la población afro descendiente, en los mismos o semejantes términos que en Colombia¹⁸, pasaría por considerar la «afro peruanidad», como la auto identificación de un colectivo cuya presencia y aportes, perfectamente existentes y reconocibles, han sido históricamente y sistemáticamente invisibilizados, si no negados, en términos de identidad nacional. No se trata solo de hacer valer motivos numéricos ni cuestiones territoriales, ni se les puede oponer estos aspectos para negar su etnicidad diferenciada, sino de reclamar los derechos ciudadanos o derechos humanos en toda su extensión, por haber nacido y ser ciudadano del Perú, y ante una situación de racismo, incluso institucional, pobreza y especial discriminación como colectivo humano. Sus derechos colectivos serían los derechos del pueblo afroperuano, que históricamente han sido víctimas del racismo y la exclusión social, lo cual los ha colocado en la última escala social.

3. Discriminación y violencia estructural histórica en el Perú

La discriminación histórica y actual amenaza la supervivencia de los indígenas. Se trata de una discriminación de carácter estructural e institucional, de carácter social, económico y político, pero también cultural, que se manifiesta de múltiples formas: en la pobreza económica, en las brechas de acceso a servicios básicos, la subrepresentación política e institucional, la discriminación lingüística o étnica, etc.

Estas son solo algunas de las tantas dificultades históricas que perduran, pero a la que hay que añadir también el exceso de violencia directa y visible que se ejerce contra estos grupos humanos, institucional, parainstitucional y por parte de grupos criminales. En este último caso se trata de violencia criminal que se ejerce de forma directa contra las comunidades y sus líderes, pero con intención depredatoria de sus territorios, de los que son guardianes, para la extracción de sus recursos naturales, madereros o minerales o cultivo de la hoja de coca. La falta de protección por parte del Estado, convierte a esta violencia en omisiva y vicaria y, por tanto, en otra manifestación o forma no expresa ni directa de violencia institucional.

Como grupos sociales desventajados, se encuentran en una situación histórica y estructural de «subordinación» en relación a otros grupos sociales y, por ende, la discriminación no depende solo o necesariamente de la voluntad de otros individuos, sino de otros factores, como normas, estereotipos o patrones de conducta, actitudes y prejuicios, en el interior de las estructuras sociales o económicas, que afectan específicamente a ciertos individuos o grupos de individuos relacionados por adscripciones raciales, de color, ascendencia, o su origen étnico o nacional en el goce de derechos y

16 Velázquez Castro, Marcel. «Etnicidad y ciudadanía: los afroperuanos y las elecciones del Guano (1845-1872)». En: *Las máscaras de la representación. El sujeto esclavista y las rutas del racismo en el Perú (1775-1895)*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Banco Central de Reserva. Perú. Octubre 2005

17 Ballón Aguirre, Francisco. «Doctrina, principios y normas». *Op.cit.*

18 Tanto la Constitución colombiana de 1991 como la legislación posterior Ley 70 de 1993 reconoce expresamente a la población afrodescendiente derechos a la consulta previa, propiedad colectiva de las tierras ancestrales, etnoeducación, acceso a la política, etc.

oportunidades que están al alcance de la población dominante.

Esta discriminación no tiene que ser necesariamente intencional (directa)¹⁹, puede producirse también de manera no abierta (indirecta), o a través de legislación, políticas o programas «prima facie», neutros, no discriminatorios o no elaborados con una visión discriminatoria, pero que en la práctica producen efectos discriminatorios o estos pueden surgir de su aplicación de forma discriminatoria, aunque no se traten de medidas en sí mismas racistas. En ocasiones, simplemente no se tiene en cuenta en su diseño que una norma o política puede llevar a un impacto desproporcionado en perjuicio de un grupo²⁰. En esta discriminación indirecta no será indispensable probar la intención discriminatoria, sino que bastará probar que una persona o grupo social se encuentra en una posición disminuida y discriminada objetivamente, en comparación con otras personas o grupos sociales que se encuentran -en un contexto histórico determinado- en una clara posición de privilegio²¹.

19 Nash, Claudio y Valeska, David, (2010): «Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos», en Nash, Claudio y Mujica, Ignacio. Derechos humanos y juicio justo (Lima, Red interamericana de formación en gobernabilidad y derechos humanos, Colegio de las Américas y Organización Interamericana) pp. 159-186.

20 Intergovernmental Working Group on the Effective Implementation of the Durban Declaration and Programme of Action. «Thematic discussion on structural discrimination: definitions, approaches and trends» Statement by Mr. Githu Muigai, United Nations Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance. 8th session (Geneva, 11-22 October 2010).

21 Esto nos lleva directamente a la idea del racismo como causa y como justificación. Dentro de él, habría de distinguirse: el racismo teorizado, es decir, los debates y la normatividad en relación a la cuestión racial, con sus recopilaciones legales, los estudios médicos, jurídicos y sociales, los expedientes judiciales, etcétera, que consagran la condición de los integrantes de diversas «razas»; y el racismo en estado práctico, como una praxis social, un sentido común de actitudes no racionalizadas, en buena medida

El resultado de una y otra discriminación es la marginalización y exclusión social de individuos o grupos, produciendo un estado de desigualdad estructural entre grupos sociales, diferenciados por criterios etno-raciales, derivados de las distintas posiciones, roles, oportunidades de todo tipo, y lo mismos en derechos civiles, políticos como en económicos y sociales. Frente a ello, es necesario que el derecho también responda con medidas o acciones positivas y sostenidas políticas públicas de favorecimiento de determinados sectores o grupos sociales, para contribuir a emanciparlos de esa situación de subordinación.

Estas desigualdades no son meramente producto de desventajas históricamente acumuladas, sino que responden a situaciones actuales (patrones de conducta, normas, actitudes sociales e institucionales frente a determinados individuos o grupos) que configuran desventajas institucionales y estructurales, no meramente episódicas.

Se señalan como factores, síntomas, indicadores significativos a este respecto, entre otros²²: 1) el estado de miseria y extrema pobreza de ciertos grupos etno-raciales, carentes de cualquier tipo de bienestar o ventaja, incluso las más elementales por estar integrados en la estructura de un estado, en clara desventaja con incluso otros grupos desfavorecidos; 2) su particular indefensión y victimización en habituales contextos de violencia relacionados con

inconscientes, profundamente enraizado en las vivencias cotidianas (Manrique 1999).

22 Góngora-Mera, Manuel Eduardo. «Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina: Conceptualización y tipología de un diálogo interamericano». En *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. Colección Constitución y Derechos. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela.

Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

los intentos de depredación de sus territorios a los que se ven sometidos, debido en gran medida a patrones de impunidad sistemática derivados de múltiples factores, entre ellos, aunque no solo de las barreras socioeconómicas y culturales para acceder a la justicia, sino a la falta de medidas y de efectividad de las medidas de protección estatales; 3) la criminalización de sus protestas así como la persecución y hostigamiento de sus líderes; y 4) el impacto diferenciado, sumamente desproporcionado en materia de costos ambientales frente a proyectos de inversión de interés general como la explotación minera, petrolera y maderera, agroindustrias, y megaproyectos energéticos y de infraestructura (impactos negativos de todo tipo, incluidos sanitarios y nutricionales; destrucción y contaminación de su ambiente tradicional; agotamiento de los recursos para su subsistencia física y cultural; desorganización de los roles sociales tradicionales, etc.).

4. Racismo anti indígena y violencia cultural

Existe consenso en torno a que el racismo es uno de los componentes fundamentales de la dominación social, singularmente en sociedades pluriétnicas²³.

En el proyecto civilizatorio actual, que enfrenta al capital contra la vida, en el que se asienta un discurso hegemónico y unidimensional sobre la modernidad capitalista en su fase de globalización neoliberal, radicalizado en estos últimos tiempos por la crisis sistémica y multidimensional (social, económica, cultural, ecológica, demográfica,...) en el que se naturaliza las desigualdades y las injusticias sociales, Boaventura de Sousa Santos (2003) nos describe y explica que la estructura social altamente

jerarquizada se articula en torno a dos sistemas, el de desigualdad (estar abajo, dimensión socioeconómica y esclavitud) y el de exclusión (estar fuera, dimensión cultural/social y exterminio), que en las últimas décadas ha derivado en un fascismo social que adquiere diversas formas: apartheid social (diferencia una zona salvaje de otra civilizada); estado paralelo (a la zona salvaje le corresponden acciones policiales/jurídicas y a la zona civilizada actuaciones basadas en el derecho); paraestatal (el poder de empresas transnacionales se impone sobre los gobiernos); populista (democratizar estilos de vida y consumo que únicamente están al alcance de unos pocos); inseguridad y financiero²⁴.

El racismo cumple una función decisiva en la legitimación de las exclusiones. «Naturaliza» las desigualdades sociales, consagrando un orden según el cual, cada uno tiene un lugar inmutable, no fundado en un origen social sino anclado en la naturaleza.

Como creación humana, el racismo tiene una historia que se puede reconstruir, sin desvincularse de la historia social. El racismo es, según Manrique²⁵, ante todo, una ideología que sirve para consagrar un status quo determinado. Que va cambiando de acuerdo a cómo cambian las relaciones socioeconómicas y las correlaciones de poder establecidas, asumiendo diversas representaciones de acuerdo al contexto social en que se forma.

Lo que no hay duda, es que se imbrica en las sociedades, como una praxis social, generando lo que se denomina «mentalidades», como fenómeno de larga duración, que va más allá de hechos materiales concretos, conformando el imaginario social, que se materializa en el sustrato in-

24 Santos, B.S. (2006). *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires: Prometeo. (2003).

25 Manrique. *Op. cit.*

23 Manrique. *Op. cit.*

consciente que sirve de base a las formas de pensar, a las reacciones cotidianas no racionalizadas, a los horizontes culturales generacionales, las ideologías políticas, etc. Y que actúa como elemento de violencia cultural invisible, que está en la base y legitima las manifestaciones de la violencia visible.

Galtung²⁶ ha descrito el triángulo de la violencia en conflictos sociales comparándola con un iceberg. La violencia visible, la que se manifiesta y concreta en comportamientos y actos de violencia exteriorizados, es en realidad una pequeña parte del conflicto. Está en directa relación e interdependencia con las otras violencias que la soportan, la violencia estructural y la violencia cultural. Disminuir o suprimir la violencia directa, supone actuar ante todos los tipos de violencia.

La violencia estructural, no visible, en cuanto embebida en estructuras sociales, nos remite a la existencia de un conflicto entre dos o más grupos de una sociedad (normalmente caracterizados en términos de género, etnia, clase, nacionalidad, edad u otros) en el que el reparto, acceso o posibilidad de uso de los recursos es resuelto sistemáticamente a favor de alguna de las partes y en perjuicio de las demás, debido a los mecanismos de estratificación social.

La utilidad del término violencia estructural radica en el reconocimiento de la existencia de conflicto en el uso de los recursos materiales y sociales y, como tal, es útil para entender y relacionarlo con manifestaciones de violencia directa (cuando alguno de los grupos quiere cambiar o reforzar su posición en la situación conflictiva por la

vía de la fuerza) o de violencia cultural (legitimaciones de las otras dos formas de violencia, como, por ejemplo, el racismo, sexismo, clasismo o eurocentrismo)²⁷.

5. El racismo colonial peruano

El racismo peruano es, en esencia, un racismo colonial, en un doble sentido. Por una parte, colonialismo histórico llevado a cabo por una potencia europea, en este caso España, pero por otra parte, también colonialidad, en el sentido que indica Quijano (2007)²⁸, que trasciende el momento histórico y se centra en el matiz de poder y las relaciones estructurales que surgieron y se terminaron por imponer durante la época colonial, pero que perviven bajo otras formas en el momento actual.

Este sentido de la colonialidad del poder se origina y mundializa a partir de América latina. Con la conquista de América en el siglo XV se produce una clasificación social a partir de una configuración artificial configurada a través de la idea de raza, en la que los no europeos no son solamente diferentes sino biológicamente inferiores, adquiriendo la idea de raza un valor como factor de dominación y que, bajo los principios del capitalismo, estructuran la división de la fuerza del trabajo, para que sea en función de este patrón de dominación racial, de tal manera que la jerarquización racial y la explotación capitalista aparecen como inseparablemente unidas en el sistema de poder que se encuentra en la base de la gran misión civilizadora del viejo continente por parte de Europa.

En sentido histórico, la llegada de los españoles a América determinó el sur-

26 El sociólogo noruego J. Galtung, ha desarrollado esta temática en multitud de textos sobre conflictos sociales y políticos. Sirva de referencia:

Galtung, Johan. Cuadernos de estrategia, n.º 183, 2016 (Ejemplar dedicado a: Política y violencia: comprensión teórica y desarrollo en la acción colectiva), págs. 147-168.

27 Parra, Daniel La y Tortosa, José María. *Violencia estructural: una ilustración del concepto*. Documentación Social 131 (2003). Cáritas Española. p. 57.

28 Quijano, Anibal. Colonialidad y modernidad/racialidad. *Pcrú Indig.* 13(29): 11-20, 1992.

gimiento de un sistema de organización social en el que inicialmente se pretendió hacer prevalecer el discurso de superioridad de la raza conquistadora y exaltación y conservación de la «limpieza de sangre», como valor supremo sobre el cual debía organizarse la convivencia social, pero entrando en contradicción inmediatamente con el hecho objetivo del mestizaje generalizado, que llevó al fracaso de la separación entre la «república de españoles» y la «república de indios», dando lugar a un sistema de castas, cuya función era mensurar el grado de mezcla racial como intento de perpetuar la segregación racial. Aunque el racismo colonial fue portado e impuesto por los colonizadores, sin embargo también fue rápidamente asumido e interiorizado por los colonizados, dando estabilidad al orden colonial.

Sin embargo, la consideración social de los indígenas no fue siempre uniforme, y prueba de ello fue la existencia de situaciones privilegiadas, como la otorgada a los curacas de sangre. Pero esta situación duró hasta finales del siglo XVIII, en que la «Gran rebelión» (1780) contra la corona española iniciada por Túpac Amaru II, en la que el intento de unificar a indios, mestizos, negros, y españoles americanos en un proyecto nacional pluricultural y multirracial, fracasó con su captura y posterior ejecución, lo que dio lugar al inicio del proceso de definitiva degradación de la consideración de los indígenas peruanos, desapareciendo (a mediados del siglo XIX) el estrato indio noble y aflorando la condición de «indio» en su consideración actual, como campesino y pobre, integrado en la escala social más baja, consolidando el estereotipo de la «inferioridad natural» del indio.

Las estructuras internas de dominación colonial no cambiaron por el hecho de la ruptura de los vínculos con España. El discurso racista pervivió, sirviendo para legiti-

mar la dominación social, tal como había valido antes a los colonos españoles, de tal manera que el racismo anti indígena se convirtió en el elemento de dominación de la nueva elite mestiza sucesora.

La reconstrucción de la identidad nacional peruana se hizo sobre la base de la continuidad, respetando el aristocrático legado hispánico católico y monárquico, y en el que «el sufragio selectivo debía apartar a los indios del voto, puesto que su “incapacidad natural” los hacia inelegibles para ciudadanos».

En el ámbito intelectual, se construyó un argumentario justificador de la degradación social de los indios, en oposición a los planteamientos que discutían su supuesta incapacidad natural y recordaban «la grandeza del imperio inca²⁹», esgrimiendo que era el resultado de una «degeneración racial», producto de la adicción a la cocaína, el alcoholismo, la incultura y su negación del progreso.

El «indio», se nos dice, es el producto de un largo y contradictorio proceso de decantación de las ideas en torno a la naturaleza de la nación que se debía construir, y de construcción de las imágenes que las expresarían y en el que también al indio se le asigna una imagen, incluso visual, que se reproduce una y mil veces a través de todos los medios y tecnologías de reproducción de imagen y que atrapa y confina el contenido dentro de la imagen visual con la que identifica.

Las ideologías racistas veían al Perú como un «país vacío», en la que la población nativa ni siquiera era considerada peruana, pero que además percibían al «indio como un problema», al que había que dar solución. La perspectiva de la solución

29 Como consecuencia de la enorme influencia que tuvieron los Comentarios Reales y la Historia General del Perú del literato Inca Garcilaso de la Vega, publicados en 1609 y 1617 respectivamente.

del «problema del indio» pasaba incluso por la desaparición de estos, que era un sentido común, largamente interiorizado en la sociedad peruana³⁰.

Pero, contra lo que pudiera pensarse, hasta pasada la mitad del siglo pasado no se trataban de ideas limitadas a los sectores más reaccionarios de la sociedad, sino que formaban parte del sustrato inconsciente, del imaginario colectivo, incluso el de las elites intelectuales progresistas, que abogaban por leyes tutelares de defensa y redención de los indígenas y compartían una visión criminalizada del indio. En todo caso, primaban en ellos los planteamientos redentoristas y asimilacionistas, de desindigenización y de incorporación a la modernidad, aun a costa de la pérdida de su cultura e identidad étnica.

Recordemos que el Convenio 107 de la OIT de 1957, antecesor del actual Convenio 169 de 1989, estaba enfocado en la perspectiva de la asimilación de los miembros de pueblos indígenas, de manera que pudieran, a través de la educación y el acceso a oportunidades, estar en las mismas condiciones que el resto de la población.

Por tanto, puede decirse que hasta bien entrada la década de los 90 del siglo pasado, primó el discurso oficial de la «integración» de la Amazonía, y de las personas que la habitaban, lo que implicaba de facto la ausencia de consideración de la

condición de ciudadanas de estas. Las políticas públicas tenían fundamentalmente por objetivo «la conquista del territorio», o la «recuperación de sus recursos naturales para modernizar al país», negando la ciudadanía plena de los miembros de las comunidades indígenas y la necesidad de integrarlos en el proceso de desarrollo y la modernidad, pero esta situación se ha visto conceptualmente superada.

6. Dos muestras de racismo institucional a finales del Siglo XX

El genocidio matsé

El paradigma en extremo violento de la visión y el sentimiento racista lo constituye el llamado «genocidio matsé», producido en 1964, durante el primer gobierno de Fernando Belaúnde. En él, se utilizó la aviación del ejército contra las tribus amazónicas matsés a orillas del río Yavarí, dentro del departamento peruano de Loreto, cerca de la frontera con Brasil,³¹ y que dejó un número de víctimas desconocido, después de que madereros y colonizadores fueran emboscados por mayorunas, tribu mayoritaria de los matsés, tras la entrada en su territorio.

Confluyeron en aquellos hechos intereses económicos y de visión modernizadora del país, al considerar que la selva del oriente era un tema de interés para el gobierno peruano, pero sobre todo fueron los aspectos culturales, el racismo, el elemento justificador de la mascare indígena, de ninguna manera resuelta por la justicia peruana.

El genocidio matsé es representativo del choque entre el mundo mestizo occidental

30 Dentro de este ideario racista se plantearon varias soluciones al «problema del indio». Manrique señala que los más retrógrados pasaba por la desaparición de los indios a través de distintos medios: Desde la «vía inglesa», o de su exterminio puro y simple, a otras de mestizaje biológico promoviendo la inmigración de individuos de «razas vigorosas», para superar las «taras biológicas» de los indígenas. Todavía a fines del siglo XIX, el concepto de «desarrollo nacional» que se tenía quedaba ligado a inmigración y a la importación de población europea (Ley de Inmigración de 14.10. 1893). Para los progresistas, se trataba sin embargo de redimir al indio por medio de la educación, entendida directamente como la desindigenización. En uno y otro caso, se trata de su eliminación. En un caso física, en otro, cultural.

31 Belaúnde Terry en su obra *La conquista del Perú por los peruanos*, publicada en 1959, dejaba clara su intención política de que la amazonia tenía que ser aprovechada por sus recursos naturales, especialmente la madera, y conectar las ciudades amazónicas al resto del país vía carretera.

civilizador y el mundo indígena amazónico. A pesar del gran mestizaje existente en las poblaciones de la costa y los Andes, una gran mayoría justificó la acción. Ello, en función de una ideología dominante de dominación civilizatoria y de exterminio de lo que consideraban la barbarie, en la disputa de un baldío territorio selvático³².

Esterilizaciones forzadas de mujeres indígenas

En 1996, el gobierno dictatorial de Alberto Fujimori aprobó el «Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1996-2000» de anticoncepciones quirúrgicas voluntarias (AQV), pero que en realidad consistía en la esterilización forzada de mujeres indígenas, con un claro contenido racista, étnico y clasista³³.

Supuso la esterilización mediante un método quirúrgico irreversible de aproximadamente 300.000 personas de zonas rurales en situación de grave pobreza. De entre ellas, unas 250.000 mujeres habrían sido esterilizadas en muchos casos sin su consentimiento o con un consentimiento viciado o sin ser debidamente informadas del procedimiento o sus consecuencias, y

en condiciones de insalubridad, inseguridad e incluso sin anestesia, quedando en muchas ocasiones con graves secuelas físicas y psicológicas³⁴.

Aunque el Programa pretextaba reducir la tasa de natalidad, otorgar mayor autonomía a la mujer sobre la planificación familiar o prevenir epidemias, en realidad era de un plan para la disminución de nacimientos en los sectores más pobres del Perú y de reducción del gasto público en estos colectivos, además de mejorar la imagen exterior del Perú frente al Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, reduciendo los indicadores de mortalidad materna y la tasa de natalidad³⁵. Se trataba, pues, no de pretendidas acciones para mejorar la salud reproductiva de un sector desfavorecido de mujeres, sino de un puro ejercicio de control maltusiano de la población.

Este oscuro episodio en la historia del Perú no solo constituye una muestra del desprecio institucionalizado por las mujeres indígenas por motivos de etnia, origen, raza y situación socioeconómica, sino además una forma de violencia contra las mujeres, a través de la se ejercía poder y control sobre ellas y sus cuerpos, que se convertían en objetivos de transformación³⁶.

32 Quevedo Bardález, Lenin. *El genocidio perpetrado por Fernando Belaúnde contra los mayorunas*. Published on Servindi. Servicios de Comunicación Intercultural <https://www.servindi.org/actualidad-noticias/17/04/2017/el-genocidio-perpetrado-contra-los-mayorunas-por-fernando-belaunde>

33 «Las campañas de esterilización apuntaron directamente a las mujeres más pobres y menos educadas que tenían poco acceso a la anticoncepción artificial por métodos temporales y que podían ser engañadas más fácilmente por los miembros del personal de salud del programa que intentaban satisfacer cuotas para recibir recompensas financieras. Esto iba en contra no solo del consentimiento voluntario e informado para las esterilizaciones sino que además reflejaba las perspectivas clasistas y racistas de la elite peruana de dónde provenían los que diseñaron estas políticas». Ewig, Christina (2014). La economía política de las esterilizaciones forzadas en el Perú. En A. Ballón, *Memorias del caso peruano de esterilización forzada* (págs. 49-69). Lima: Fondo Editorial de la Biblioteca Nacional del Perú.

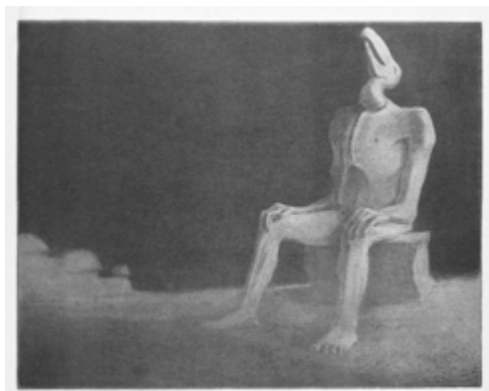
34 Molina Serra, Ainhoa. (enero-abril de 2017). Esterilizaciones (forzadas) en Perú: Poder y configuraciones narrativas. Revista de Antropología Iberoamericana (12), 31-52.

35 «Era más barato esterilizar mujeres que invertir en anticoncepción y educación. Era la forma más rápida para reducir los indicadores de mortalidad materna y la tasa de natalidad, que se veían mal para el Banco Mundial, para todos los criterios de modernidad. La tasa de fecundidad tenía que ser reducida drásticamente. Y eso entraba dentro de las negociaciones con el Fondo Monetario Internacional» Declaraciones de la investigadora en DDHH Julia Tamayo a *Diagonal*, 7.03.2013. <https://www.diagonalperiodico.net/libertades/duenas-su-destino.html>

36 Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos Coordinadores: Ismael Vega Díaz, Luis A. Hallazi Méndez y Andrea S. Bernal Chávez. *¿Y los Pueblos Indígenas en el Perú? Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano a 30 años del Convenio 169 de la OIT*. Perú. Noviembre de 2019.

Aunque los hechos, en visión macro y también micro, en este caso sobre las denuncias presentadas por mujeres afectadas, son objetivos, muestran gran claridad en su producción y deberán serlo en su significado, siguen siendo incluso en la actualidad muy controvertidos política y socialmente, por también otras razones como fueron los apoyos que en su momento tuvieron este tipo de medidas, incluso entre grupos feministas³⁷.

La vía de la justicia para las al menos dos mil denuncias presentadas ante la Fiscalía de la Nación está siendo siguiendo un camino tortuoso y difícil³⁸, con una respuesta definitiva que está todavía por llegar. Finalmente, más de dos décadas después parece haberse abierto una vía para que la justicia, no sabemos en qué sentido, dilucide responsabilidades penales. Los varios procesos judiciales iniciados contra Fujimori y otros miembros de su Gobierno para la investigación de los hechos, que tan pronto fueron abiertos como archivados, así en varias ocasiones (2009, 2014 y dos ocasiones en 2016), avalaron la tesis de la inexistencia de cualquier responsabilidad penal, aunque ahora, tras plantearse nuevamente acusación en 2018 por parte de la Fiscalía, se ha abierto proceso penal en diciembre de 2021, iniciándose el juicio el pasado 3 de marzo de 2022 contra varios



Alfred Kubin, *El pasado olvidado, tragado*, 1901

exministros y ex altos cargos del gobierno de Fujimori, sin que éste haya sido por el momento juzgado, por no existir autorización para ello en la extradición concedida por Chile, y a la espera de que se produzca su ampliación³⁹.

Aunque el genocidio matsé (1964) y las esterilizaciones forzadas de mujeres indígenas (1996-2001) son dos situaciones que no coinciden temporalmente y que fácticamente tienen poco que ver entre sí, son exponentes fuertemente representativos del racismo institucional y estructural existente en el Perú hasta finales del pasado siglo, pero también de la inexistente entonces y actualmente débil y parsimoniosa respuesta judicial, ante situaciones que pueden incluso constituir crímenes internacionales.

37 Villegas, M. Cecilia. *La verdad de una mentira: el caso de las trescientas mil esterilizaciones forzadas*. Planeta Perú. 2017.

38 Tamayo, Giulia. De entuertos y a tuerto: Las verdades incómodas del PNSRPF, la renuencia a investigar judicialmente crímenes contra el derecho internacional y sus consecuencias sobre las víctimas. En A. Ballón, *Memorias del caso peruano de esterilización forzada* (págs. 49-69). Lima: Fondo Editorial de la Biblioteca Nacional del Perú.

39 Diario *Público*. Lima 4.03.2022. Arranca el proceso penal por el caso de las esterilizaciones forzadas en Perú.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia de derecho a la vivienda en casos que involucran a España

Christian COURTIS

1. Introducción

La adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) cerró una brecha histórica de protección de los derechos contenidos en ese instrumento internacional, coronando una tendencia tanto nacional como regional de creciente consideración del papel del Poder Judicial en la tutela de derechos sociales¹. España, que es parte del PIDESC desde 1977, ratificó el Protocolo Facultativo el 23 de septiembre de 2010.

Sucintamente, el Protocolo Facultativo al PIDESC² permite la presentación de comunicaciones o quejas ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³, órgano de supervisión del PIDESC, por alegadas violaciones a los derechos reconocidos por ese tratado, con requisitos similares a los de otros procedimientos internacionales (el agotamiento de los recursos internos, la presentación de la comunicación dentro del plazo de un año de ese agotamiento y que no exista un caso

1 Ver, al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Varun Gauri y Daniel M. Brinks (eds.), *Courting Social Justice Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Malcolm Langford (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2013; Katie Boyle, *Economic and Social Rights Law. Incorporation, Justiciability and Principles of Adjudication*, Londres y Nueva York, Routledge, 2020, Christian Courtis (ed.), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

2 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 10 de diciembre de 2008 en la 63ra sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución A/RES/63/117. Ver al respecto Comisión Internacional de Juristas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Comentario del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, CIJ/IIIDH, 2008; Laura Salamero Teixido, *La protección de los derechos sociales en el ámbito de Naciones Unidas - El nuevo protocolo Facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Madrid, Civitas, 2012; Malcolm Langford, Bruce Porter, Rebecca Brown y Julieta Rossi (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria, PULP, 2016.

3 El Protocolo Facultativo incluye otros procedimientos, como los de investigación y comunicaciones interestatales, que no abordaremos en esta nota.

pendiente sobre los mismos hechos y calificación jurídica ante otro procedimiento internacional equivalente). Cabe aclarar que el Comité no es un tribunal, y que por ende no se trata de un procedimiento judicial, sino cuasi-judicial. Las decisiones adoptadas por el Comité se denominan dictámenes –no sentencias– y en lugar de ordenar reparaciones, como sería el caso en un procedimiento de naturaleza judicial –en caso de juzgar que existieron violaciones a los derechos protegidos por el PIDESC, el órgano de sumisión hace recomendaciones sobre reparaciones– que, de todos modos, el Estado debería cumplir de buena fe, ya que se ha sometido voluntariamente al procedimiento con la ratificación del Protocolo Facultativo⁴.

4 La idea de que la jurisprudencia de los órganos de tratados no debe ser tenida en cuenta porque no se trata de decisiones judiciales, esgrimida a veces para minimizar el peso de los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas, es inaceptable. El propio Estado se sometió a dicho procedimiento para garantizar el cumplimiento del tratado respectivo, de modo que negar la relevancia de los dictámenes pronunciados, bajo la excusa de que no son vinculantes, importa la frustración –a través de una conducta rayana con la mala fe– del sentido de la aceptación de la competencia de los órganos de tratados, y –peor aún– una virtual estafa a las víctimas que utilizan el procedimiento al que el Estado se sometió. Aunque los órganos de tratados no son tribunales en sentido estricto, los procedimientos de comunicación o queja revisten las notas características del debido proceso: imparcialidad e independencia del juzgador respecto de las partes, derecho de defensa y posibilidad de aportar prueba, evaluación de los hechos y del derecho por parte del órgano especializado para hacerlo. Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 33, Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/GC/33, 25 de junio de 2009: «Aunque la función desempeñada por el Comité de Derechos Humanos al examinar las comunicaciones individuales no es, en sí misma, la de un órgano judicial, los dictámenes emitidos por el Comité de conformidad con el Protocolo Facultativo presentan algunas de las principales características de una decisión judicial. Se emiten con espíritu judicial, concepto que incluye la imparcialidad y la independencia de los miembros del Comité, la ponderada interpretación del lenguaje del Pacto y el carácter determinante de las decisiones» (párr. 11). En todo caso, para despejar dudas y evitar inconsistencias en la implementación de dictámenes de órganos de tratados, sería útil la adopción de una regulación explícita

Desde la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, la gran mayoría de las comunicaciones ante el Comité han sido casos presentados contra España. Este fenómeno podría explicarse, al menos tentativamente, por diferentes factores:

a) el hecho de que la ratificación por parte de España del Protocolo Facultativo haya coincidido con el periodo de retracción económica desatado en España, particularmente por la crisis hipotecaria denominada «crisis *subprime*». Como veremos, la mayoría de las comunicaciones que involucran a España se refieren a presuntas violaciones al derecho a la vivienda;

b) que una importante red de organizaciones de la sociedad civil española –entre ellas, el Observatori DESC de Barcelona, Amnistía Internacional España, Plataforma de Afectados por la Hipoteca y numerosas organizaciones locales– estuvo involucrada en el proceso de adopción y ratificación del Protocolo Facultativo, participó de la difusión de su contenido y conocía sus potencialidades;

c) Las limitaciones a la justiciabilidad de los derechos sociales en la Constitución española –y en particular, en la cultural constitucional española–⁵, y la oportunidad de plantear directamente quejas por violaciones del Estado español a esos derechos en sede internacional –frente a las escasas posibilidades de hacerlo ante los tribunales nacionales– en momentos en los que una parte importante de los reclamos por los impactos de la crisis económica versaban sobre la reivindicación de derechos sociales, como el derecho a la vivienda, a la salud, a la seguridad social y los derechos laborales.

al respecto.

5 Ver al respecto Gerardo Pisarello, Aniza García Morales y Amaya Olivas Díaz, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2009.

2. La jurisprudencia del Comité DESC en casos vinculados con España

A la fecha de redacción de esta nota –agosto de 2022– el Comité DESC ha publicado setenta y nueve casos que involucran a España. La mayoría de esos casos –cincuenta y cinco– fueron discontinuados por desistimiento de los peticionantes, en general ante un ofrecimiento de solución por parte de las autoridades españolas relevantes –incluyendo comunidades autónomas y ayuntamientos. Dieciséis casos fueron declarados inadmisibles, en su gran mayoría por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. El Comité dictó decisiones de fondo en ocho casos, que paso a presentar a continuación.

El primer caso en que el Comité entró a la consideración del mérito versó sobre un reclamo relativo al derecho a la seguridad social. En su dictamen en el caso *López Rodríguez*⁶, el Comité analizó la alegación de una persona privada de libertad que era beneficiaria de una pensión no contributiva por discapacidad. Como resultado de su reclusión, las autoridades provinciales redujeron el monto de esa pensión a menos de la mitad, alegando que, a efectos de establecer el monto, debía computarse como parte de la renta o ingresos del autor el importe de su manutención en el centro penitenciario. El peticionario alegó violación al derecho a la seguridad social y discriminación en relación con el trato concedido a personas en otros supuestos (personas en situación similar en otras comunidades autónomas, personas privadas de libertad sin discapacidad y personas internadas en establecimientos no penitenciarios, como

hospitales, centros de acogida o centros de tratamiento de drogodependencia). El Comité señaló que una prestación no contributiva no puede, en principio, ser suprimida, reducida o suspendida, como consecuencia de la privación de libertad del beneficiario, salvo que la medida esté prevista legalmente, sea razonable y proporcional, y garantice por lo menos un nivel mínimo de prestaciones. Sin embargo, en el análisis concreto de la situación bajo examen, concluyó que la reducción estaba autorizada por la ley, era un medio razonable para la asignación más eficiente de los recursos públicos, y que no era desproporcionada, ya que el Estado sustituyó la prestación en dinero, que otorgaba cuando el autor estaba en libertad, por un apoyo en especie, consistente en su manutención mientras se encontrara privado de la libertad. Tampoco acogió el reclamo por discriminación, al considerar que la diferencia de trato con respecto a las otras situaciones invocadas no era injustificada, o no fue acreditada.

El primer caso sobre el tema se centró en un aspecto relativamente acotado del debido proceso en materia de ejecución hipotecaria. En el caso *IDG*⁷, la peticionaria alegó que, ante la falta de pago de varias cuotas del préstamo hipotecario de su vivienda habitual, la entidad acreedora inició un procedimiento de ejecución hipotecaria en su contra, pero que ella no fue adecuadamente notificada, por lo que solo tuvo conocimiento del procedimiento cuando ya había sido ordenada la subasta de su vivienda. Afirmó, por ende, que no tuvo acceso a una efectiva y oportuna tutela judicial, lo cual le impidió responder judicialmente la demanda y proteger su derecho a la vivienda ante los tribunales. El Comité, remitiéndose a su propia doctrina

6 Comité DESC, Comunicación núm. 1/2013, *López Rodríguez c. España*, dictamen adoptado el 4 de marzo de 2016.

7 Comité DESC, Comunicación núm. 2/2014, *I. D. G. c. España*, dictamen adoptado el 17 de junio de 2015.

en materia de derecho a la vivienda, recuerda que uno de los componentes esenciales de ese derecho es la denominada «seguridad de la tenencia», que garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. El Comité señala que «los Estados partes deben velar para que los procesos, en el contexto de desalojos forzosos o aquellos en que se pueda afectar la seguridad de la tenencia y concluir en un eventual desalojo, observen las garantías procesales que aseguren entre otras cosas una auténtica oportunidad de consulta a las personas afectadas y un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo»⁸, y «garantizar que las personas cuyo derecho a la vivienda adecuada pudiera ser afectado debido, por ejemplo, a desalojos forzosos o ejecuciones hipotecarias, dispongan de un recurso judicial efectivo y apropiado»⁹. El Comité considera que, entre los elementos que deben tenerse en cuenta para analizar el carácter efectivo y apropiado del recurso se encuentra la notificación adecuada de las actuaciones que puedan culminar en un desalojo o en una ejecución hipotecaria. De acuerdo con el Comité, «las autoridades deben tomar todas las medidas y esfuerzos razonables para asegurarse de que las diligencias de notificación de los actos y órdenes más relevantes en un procedimiento administrativo o judicial se practiquen de forma adecuada y efectiva de manera que las personas afectadas tengan oportunidad de participar en el procedimiento en defensa de sus derechos»¹⁰.

En lo que hace a la situación del caso, quedó acreditado que, después de varios

intentos fallidos de notificación personal, el juzgado interviniente procedió a la notificar por edictos la demanda de ejecución hipotecaria, que la autora solo conoció con la orden de subasta de la vivienda. El Comité consideró que el Estado no demostró que el juzgado hubiera agotado todos los medios disponibles para practicar una notificación personal, de acuerdo con las posibilidades que le otorgaba la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de proceder a hacerlo por edictos. El Comité afirmó que se trató de una notificación inadecuada y que, dado que la eventual iniciación de un proceso ordinario no permitía, de acuerdo con la ley vigente, suspender el proceso ejecutivo, tal inadecuación afectó significativamente el derecho de defensa de la autora, ya que no le permitió impedir el remate de la vivienda. El Comité concluyó que la falta de notificación adecuada constituyó una violación del derecho a la vivienda de la autora.

Los otros seis casos decididos sobre el mérito por el Comité que involucran a España tratan sobre desalojos forzosos y tratan situaciones de hecho similares: grupos familiares de escasos recursos que sufren un desalojo decretado judicialmente. Hago a continuación un recuento de los casos, y paso en seguida a ofrecer algunas consideraciones sobre la jurisprudencia sentada por el Comité.

En el caso *Ben Djazia*¹¹, el Comité consideró el desalojo, ordenado judicialmente, de un matrimonio con dos hijos menores de edad, iniciado por una arrendataria privada por falta de pago. Los peticionarios acreditaron la falta de ingreso suficiente y las gestiones hechas ante las autoridades administrativas para obtener vivienda

8 Comité DESC, *I. D. G. c. España*, cit. párr. 11.2.

9 Comité DESC, *I. D. G. c. España*, cit., párr. 11.4.

10 Comité DESC, *I. D. G. c. España*, cit., párr. 12.2.

11 Comité DESC, Comunicación núm. 5/2015, *Ben Djazia y Bellili c. España*, dictamen adoptado el 20 de junio de 2017.

alternativa durante más de diez años. Los autores alegaron que el Estado parte violó su derecho a la vivienda adecuada pues fueron desalojados de su vivienda alquilada por orden judicial, sin considerar que no tenían vivienda alternativa ni las consecuencias de la orden de desalojo, en particular sobre sus hijos menores de edad. Argumentaron que el proceso judicial no observó las garantías judiciales y que las autoridades no concedieron a la familia vivienda pública. Más aún, señalaron que, pese a la escasez de vivienda pública disponible, la Comunidad de Madrid vendió parte de su parque de viviendas públicas a fondos de inversión privados en un contexto de grave crisis económica.

Ante el argumento del Estado de que se trataba de un desalojo entre particulares, el Comité afirmó que tal disputa entre particulares es regulada por el ordenamiento jurídico del Estado, responsable de asegurar que los derechos del Pacto sean respetados, entre ellos el derecho a la vivienda de los arrendatarios. Por tanto, aunque la disputa por la extinción del contrato de arrendamiento sea entre dos particulares, el Estado parte tiene la obligación de garantizar que la medida de desalojo del arrendatario no sea contraria al PIDESC. A continuación, el Comité establece el parámetro de juicio de su jurisprudencia en este caso y en los posteriores – aunque como veremos hay algunos cambios de énfasis a medida que fue adoptando más decisiones sobre el tema.

15.1 En determinadas circunstancias, el desalojo de personas que viven en una vivienda en alquiler puede ser compatible con el Pacto siempre que la medida esté prevista por la ley, se realice como último recurso, y que las personas afectadas tengan previamente acceso a un recurso judicial efectivo, en que se pueda determinar que la medida está debidamente justificada, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada. Adicionalmente, debe existir

una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva previa entre las autoridades y las personas afectadas, no existir medios alternativos o medidas menos gravosas, y las personas afectadas por la medida no deben quedar en una situación que constituya una violación de otros derechos del Pacto o de otros derechos humanos o les exponga a ella.

15.2 En particular, los desalojos no deberían dar lugar a que los afectados queden sin vivienda. Por tanto, si no disponen de recursos para una vivienda alternativa, los Estados partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para que en lo posible se les proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda. Los Estados partes deben prestar especial atención a los casos en que los desalojos afecten a mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad, así como a otros individuos o grupos que sufran discriminación sistémica o estén en una situación de vulnerabilidad. El Estado parte tiene el deber de adoptar medidas razonables para proveer vivienda alternativa a las personas que puedan quedar sin techo como consecuencia de un desalojo, independientemente de si tal desalojo ocurre a instancia de las autoridades del Estado parte o de particulares, como el arrendador.

15.3 La obligación de proveer una vivienda alternativa a los desalojados que la requieran implica que, conforme al artículo 2, párr. 1, del Pacto, los Estados partes tomen todas las medidas necesarias, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para satisfacer este derecho. Los Estados partes pueden optar por políticas muy diversas para lograr ese propósito, incluyendo la creación de subsidios de vivienda para quienes no pueden costearse una. Sin embargo, cualquier medida adoptada debe ser deliberada, concreta y orientada lo más claramente posible hacia el cumplimiento de este derecho, de la forma más expedita y eficaz posible. Las políticas de vivienda alternativa en el caso de desalojos deben ser proporcionales a la necesidad de las personas afectadas y la urgencia de la situación, así como respetar la dignidad de la persona. Además, los Estados partes deben tomar medidas, de forma coherente y coordinada, para resolver fallas institucionales y causas estructurales de la falta de vivienda.

Aplicando estos criterios a los hechos probados en el caso particular, el Comité tomó nota que, aunque el juez oficiosamente se dirigió a las autoridades admi-

nistrativas para que adoptaran medidas para evitar el desamparo de la familia y, en particular, de los hijos menores, la ley no prevé como obligatoria dicha instancia, ni la suspensión del desalojo hasta que esté disponible vivienda alternativa, de modo que pese a la ausencia de respuesta adecuada de las administraciones, se ordenó judicialmente el desahucio. Seguidamente, el Comité evalúa la respuesta dada por el Estado acerca de las medidas tomadas para subsanar la situación. De acuerdo con el Comité, «el desalojo de los autores, sin que existiera una confirmación de la disponibilidad de vivienda alternativa, constituye una violación del derecho de los autores a una vivienda adecuada, salvo que el Estado parte demuestre convincentemente que, a pesar de que tomó todas las medidas razonables, hasta el máximo de sus recursos disponibles, y consideró las particulares circunstancias de los autores, no le fue posible satisfacer su derecho a la vivienda. En el presente caso, el deber de justificación del Estado parte es aún mayor pues fueron afectados los hijos menores de edad de los autores, de aproximadamente uno y tres años». Sucintamente, el Estado: a) responsabilizó a las víctimas por su situación, cuestionando su conducta relativa a la búsqueda de empleo y vivienda alternativa; b) alegó que existe una gran brecha entre la demanda de vivienda social y el número de viviendas adjudicadas y c) ofreció como posible solución alojar a la madre y a los hijos en un centro para mujeres, y al padre en un centro para personas sin hogar. El Comité consideró que las explicaciones dadas por el Estado eran insuficientes: a) el Estado no demostró que los solicitantes incumplieran con las condiciones para obtener las prestaciones requeridas; b) el Estado no explicó debidamente por qué la denegación fuera necesaria en razón de la utilización de sus recursos para una

política general o un plan de emergencia ejecutado por las autoridades con el fin de realizar progresivamente el derecho a la vivienda, ni por qué vendió parte del parque de vivienda pública a sociedades de inversión, reduciendo su disponibilidad, a pesar de que el número de vivienda pública disponible anualmente en Madrid era considerablemente inferior a la demanda y c) el ofrecimiento, de concretarse, habría implicado una ruptura del núcleo familiar, en contravención al deber del Estado de proteger a la familia. Por esas razones, el Comité consideró en el caso violado el derecho a la vivienda.

El siguiente caso, *López Albán*¹², trata la situación de desalojo de una madre y sus cinco hijos menores de edad en la ciudad de Madrid. A diferencia del caso anterior, el desalojo se produjo como consecuencia de la actuación de un juzgado penal por delito de usurpación, debido a la ocupación de una vivienda sin título legal para hacerlo¹³. Aunque la peticionaria efectuó una solicitud de vivienda social, tal pedido fue rechazado porque la autora estaba ocupando una vivienda sin título legal. El desalojo se llevó a cabo pese a que el Comité había dictado una medida provisional para que el procedimiento se suspendiera.

El Comité reitera los estándares sobre desalojo forzoso desarrollados en *Ben Dja-zia*, agregando algunas consideraciones sobre la necesidad de que la vivienda alternativa sea adecuada, y señalando que de ser imposible ofrecer una vivienda alternativa permanente a una persona desalojada «es posible el uso de un alojamiento

12 Comité DESC, Comunicación núm. 37/2018, *López Albán c. España*, dictamen adoptado el 11 de octubre de 2019.

13 Cabe aclarar que la autora fue víctima de engaño, ya que alquiló la vivienda a una persona que no tenía derechos sobre la vivienda.

temporal de emergencia que no cumpla con todos los requisitos de una vivienda alternativa adecuada. No obstante, los Estados han de esforzarse por asegurar que el alojamiento temporal sea compatible con la protección de la dignidad humana de las personas desalojadas, cumpla con todos los requisitos de seguridad y no se convierta en una solución permanente, sino en un paso previo a la vivienda adecuada».

El Comité acepta que el Estado establecer condiciones para acceder a los servicios sociales, pero tales condiciones deben ser razonables y estar cuidadosamente diseñadas, no sólo para evitar posibles estigmatizaciones, sino también porque cuando una persona requiere una vivienda alternativa, su conducta no puede ser en sí misma una justificación para que el Estado parte le deniegue vivienda social. La interpretación y aplicación por los tribunales y las autoridades administrativas de normas sobre el acceso a la vivienda social o al alojamiento alternativo «deben evitar perpetuar la discriminación y estigmatización sistémicas contra quienes viven en la pobreza y ocupan, por necesidad o de buena fe, predios sin tener el título legal para hacerlo».

En cuanto al examen del desalojo forzoso, el Comité introduce por primera vez un análisis de proporcionalidad de la medida, tomando en cuenta la legitimidad del fin perseguido por el Estado, la conducta de la petitionerante, la actuación de las autoridades administrativas y la consideración de los efectos del desalojo por parte del juzgado actuante. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Comité consideró que el Juzgado Penal interviniente no efectuó un análisis de proporcionalidad de los efectos del desalojo en relación con el fin perseguido –en este caso, la protección de la propiedad de una entidad financiera–, que hubiera podido llevar a que la orden de desalojo se suspendiera o pospusiera

para evitar exponer a las personas desalojadas a situaciones de indigencia o a violaciones de otros derechos contenidos en el Pacto. En dicho análisis debe distinguirse entre las propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras. El Comité señaló además que el Estado debe desarrollar un marco normativo que regule los desalojos de las personas que ocupan una propiedad sin título legal, cuando esta constituya su vivienda. Este marco «debe estipular el criterio que las autoridades judiciales deben considerar al evaluar solicitudes de desalojo en tales circunstancias, por ejemplo, si la persona ocupaba la vivienda de buena fe o no, las circunstancias personales de los ocupantes y sus dependientes, y si cooperaron con las autoridades en la búsqueda de soluciones adaptadas a ellos». En todo caso, el Estado parte vulnera el derecho a la vivienda adecuada si dispone que la persona que ocupa una vivienda sin título legal debe ser desalojada de forma inmediata sin consideración alguna de las circunstancias bajo las que la orden de desalojo sea ejecutada.

En cuanto al rechazo de la solicitud de vivienda social por ocupar ilícitamente una vivienda, el Comité considera que el Estado no ha demostrado que la finalidad perseguida –desincentivar la ocupación ilícita– no pueda ser cumplida a través de medios menos gravosos, y que tal requisito pone a la autora en una situación de impasse, al obligarla a vivir, junto con sus hijos, en un albergue temporal y compartido, o vivir en la indigencia, antes de poder ser solicitante de vivienda social. Además, tal restricción al acceso a vivienda social tiene como consecuencia hacer sufrir a los niños las consecuencias de las acciones de sus padres. Por tales razones, el Comité concluye en que tanto el desalojo como las condiciones

para acceder a vivienda social violaron el derecho a la vivienda.

Por último, el Comité también analiza el incumplimiento de la medida provisional de suspensión del desalojo dictada por el propio órgano. El Estado contestó al respecto que la autora y sus hijos fueron alojados provisionalmente en albergues. El Comité concluyó que la alternativa proporcionada a la autora no constituyó una vivienda adecuada, y que el Estado no ofreció otras explicaciones que justificaran por qué no cumplió con las medidas dictadas, violando así la obligación de los Estados parte de cumplir de buena fe las medidas provisionales.

En el caso *Gómez-Limón*¹⁴, el Comité analizó el desalojo forzoso de una mujer de edad, con discapacidad y víctima de violencia de género, que había alquilado una vivienda en la ciudad de Madrid por casi 20 años. Aunque era copropietaria de otro inmueble, éste estaba ocupado por su exmarido, responsable de la violencia de género. El propietario de la vivienda arrendada decidió dar por finalizado el contrato y demandó judicialmente el desalojo. La autora declaró no haber pedido la subdivisión del inmueble del que era copropietaria con su exmarido por miedo a que se repitieran los episodios de violencia de género. Su solicitud de vivienda social fue rechazada por tener un inmueble a su nombre. Ante la perspectiva de desalojo, las autoridades de la Comunidad de Madrid ofrecieron a la actora dos alternativas: un albergue donde solo podía pernoctar en las noches pero debía retirarse durante el día, o una residencia en la que no se le permitía entrar ni salir después de las 20:00 horas.

El Comité vuelve a requerir un análisis de la proporcionalidad del desalojo: si bien considera que la finalidad perseguida por el desalojo –la protección del derecho de propiedad del dueño de la vivienda– era legítima, el juzgado no tuvo en cuenta las consecuencias del desalojo, ni la autora tuvo a disposición un mecanismo que le permitiera objetar la orden de desalojo con consideración de sus consecuencias. El Comité especifica el tipo de análisis de proporcionalidad que deben poder efectuar las autoridades judiciales: la legalidad de la medida, la justificación de su finalidad (la promoción del bienestar general en una sociedad democrática), la adecuación de la medida al fin mencionado, la necesidad de la medida (es decir, la opción por la medida menos lesiva para cumplir el fin) y, finalmente, que el beneficio logrado por la medida supere el impacto sobre el goce del derecho limitado: cuanto más serio sea el impacto sobre los derechos de la autora, mayor escrutinio requiere la justificación otorgada para esa limitación. Sin entrar a determinar la proporcionalidad del desalojo a la luz de los hechos probados, el Comité señala que la autora ni siquiera tuvo la oportunidad de que la autoridad judicial examinara la proporcionalidad del desalojo bajo los parámetros descritos, y por ende consideró violado su derecho a la vivienda. El Comité tomó nota además del cambio legislativo posterior a los hechos del caso¹⁵, que habilita a los jueces informen a los servicios sociales sobre el desalojo de personas en situación de vulnerabilidad para que estos informen sobre la situación de las personas que han de ser desalojadas y, a resultas de esa constatación, hace posible suspender el desalojo para permitir a los

14 Comité DESC, Comunicación núm. 52/2018, *Gómez-Limón Pardo c. España*, dictamen adoptado el 5 de marzo de 2020.

15 El artículo 441 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Alquiler.

servicios sociales ofrecer asistencia, señalando que puede evitar futuras violaciones al derecho a la vivienda.

Como en el caso anterior, el Estado tampoco cumplió con la medida provisional de suspensión del desalojo ordenado por el Comité sin haber otorgado vivienda alternativa. En ausencia de una explicación sobre el incumplimiento, el Comité consideró que el Estado violó su deber de implementar de buena fe las medidas provisionales dictadas en el marco del procedimiento.

En el caso *El Goumari*¹⁶, el Comité examinó la situación de una familia de origen marroquí, residente en España por más de 25 años, compuesta por padre, madre y cuatro hijos menores de edad, dos de ellos con discapacidad. La familia, que arrendaba un inmueble a una persona jurídica en la ciudad de Madrid, dejó de pagar el alquiler por la situación de desempleo del padre. A resultas de la situación, el arrendador inició juicio de desalojo ante la justicia civil y solicitó el lanzamiento. Pese a las solicitudes de suspensión del desalojo por la situación de vulnerabilidad de la familia, y a los informes que constataban dicha vulnerabilidad por parte de los servicios sociales, el juzgado ordenó el lanzamiento, que fue ejecutado. Después del desalojo, las autoridades administrativas del ayuntamiento de Madrid ofrecieron a la familia soluciones habitacionales precarias: un hostel por diez días; un albergue donde permanecieron más de seis meses, nuevamente el primer hostel durante menos de un mes y finalmente otro albergue por dos meses. Los actores alegaron que las condiciones en dichos albergues no eran dignas ni adecuadas para alojar a una familia de seis miembros.

El Comité centró su análisis en el desalojo sin ofrecimiento de alternativas habitacionales adecuadas. En su examen concreto de las circunstancias del caso, el Comité reiteró la necesidad de un análisis de proporcionalidad del desalojo, teniendo en consideración sus fines y sus consecuencias. Aunque se reconoce que la falta de pago y la protección del interés pecuniario del propietario constituyen causas legítimas que pueden justificar un desalojo, el juzgado interviniente no evaluó la proporcionalidad de la interferencia entre el objetivo legítimo del desalojo y sus consecuencias sobre las personas desalojadas, ni consideró la situación de vulnerabilidad de los autores y de sus hijos menores de edad, pese a su alegación expresa y el informe de los servicios sociales en el mismo sentido. La legislación del Estado tampoco ofreció a los autores otro mecanismo judicial con el que objetar la orden de desalojo, de forma que otra autoridad judicial hubiera podido evaluar la proporcionalidad del desalojo o de las condiciones en las que iba a llevarse a cabo. Por ende, el Comité consideró que la falta de tal examen constituyó una violación del Estado parte del derecho a la vivienda de los autores. Como en el caso anterior, el Comité tomó nota de la modificación de la legislación en tal sentido posterior a los hechos del caso.

El segundo punto de examen del Comité fue el carácter adecuado de las soluciones habitacionales ofrecidas por el Estado una vez producido el desalojo. En ese sentido, el Comité evaluó si el alojamiento temporal respetó los estándares de dignidad y seguridad, y el hecho de no convertirse en una solución permanente, sino en un paso previo a la vivienda adecuada. Al respecto, tanto por las condiciones de hacinamiento, falta de salubridad y privacidad, como por la falta de estabilidad y de certidumbre de las alternativas ofrecidas, el Comité conclu-

16 Comité DESC, Comunicación núm. 85/2018, *El Goumari y Tidli c. España*, dictamen adoptado el 18 de febrero de 2021.

yó que las alternativas ofrecidas no fueron adecuadas. Las condiciones de alojamiento actuales, facilitadas por organizaciones de la sociedad civil, tampoco revisten el carácter de vivienda adecuada debido al hacinamiento. El Estado tampoco demostró que hubiera considerado las circunstancias particulares del caso y tomado todas las medidas razonables hasta el máximo de sus recursos disponibles. Por ello, el Comité consideró también violado el derecho a la vivienda.

En *El Ayoubi*¹⁷, el Comité tuvo la oportunidad de considerar una situación similar a la de *López Albán*: un matrimonio y su hijo con problemas de salud ocupaban ilegalmente una vivienda vacía hacía siete años situada en una localidad de la Comunidad de Madrid, perteneciente a una entidad financiera. Después de varias suspensiones, el juzgado penal interviniente ordenó el desalojo. Los actores alegaron que el desalojo sin ofrecimiento de vivienda alternativa constituye una violación al derecho a la vivienda. Por su parte, el Estado afirmó que el PIDESC no se aplica a situaciones de desalojo por ocupación sin título legal. El Comité efectuó una síntesis de su doctrina sentada en casos anteriores y procedió a analizar la proporcionalidad del desalojo de los peticionarios. La alegación de los autores sobre su situación de vulnerabilidad y la confirmación al respecto de los servicios sociales no fue atendida por las autoridades judiciales. Pese a que la protección de la propiedad de la entidad propietaria es un interés que el Estado puede proteger legítimamente, el Comité señala que el juzgado interviniente no ha efectuado un análisis de proporcionalidad entre el objetivo legítimo del desalojo y las

consecuencias de este sobre las personas desalojadas, es decir, entre el daño causado por los autores al ocupar la vivienda y el daño que intentaban evitar mediante tal ocupación de verse en situación de calle. El juzgado consideró que las razones expuestas por los autores relativas a su estado de necesidad debido a su situación económica precaria y la salud de su hijo no constituían una razón válida para ocupar el inmueble, y que los argumentos expuestos por los autores no se podían alegar en este tipo de procedimiento. La legislación del Estado tampoco ofreció a los autores otro mecanismo judicial con el que objetar las órdenes de desalojo, de modo que otra autoridad judicial hubiera podido evaluar la proporcionalidad del desalojo o las condiciones en las que iba a llevarse a cabo. Por tanto, el Comité concluyó que la falta de un examen de proporcionalidad constituyó una violación del Estado del derecho a la vivienda de los autores. Como en casos anteriores, el Comité toma nota del cambio de legislación posterior a los hechos del caso, que –de acuerdo con el órgano internacional– podría evitar futuras violaciones.

Por último, *Moreno Romero*¹⁸ es el único de los casos sobre vivienda contra España en el que el Comité no declaró violado el derecho a la vivienda. La autora y sus tres hijos ocupaban ilegalmente una vivienda, a raíz de lo cual se inició un procedimiento penal en su contra por el delito de usurpación. La autora fue encontrada culpable del delito de ocupación de inmueble y condenada a una multa y a abandonar la vivienda. La autora solicitó vivienda al Ayuntamiento y a la Comunidad Autónoma de Madrid. Los servicios sociales de

17 Comité DESC, Comunicación núm. 54/2018, *El Ayoubi y El Azouan Azouz c. España*, dictamen adoptado el 19 de febrero de 2021.

18 Comité DESC, Comunicación núm. 48/2018, *Moreno Romero c. España*, dictamen adoptado el 22 de febrero de 2021.

Madrid propusieron a la autora tres opciones de vivienda temporal: en vivienda compartida con otra familia, en un albergue, y asistencia para la búsqueda de vivienda dentro de sus recursos en otro distrito. La autora rechazó estas propuestas alegando que la entidad que proponía las soluciones de vivienda no era la competente para ello y que la solución no era adecuada por ser temporal y compartida.

En su análisis del caso concreto, el Comité consideró que la condena penal por usurpación era una causa legítima que podía justificar la medida de desalojo de la autora, y que el Juzgado de Instrucción interviniente examinó todas las alegaciones de la autora relacionadas con su derecho a la vivienda y examinó la proporcionalidad de la medida de desalojo, accediendo a varios aplazamientos del desalojo y subrayando, entre otras razones, que se habían concedido prórrogas a la autora para facilitarle el desalojo de la vivienda, que se había puesto la situación en conocimiento de los Servicios Sociales, que la autora había obtenido y rechazado una propuesta de alojamiento compartido, y que había de ponderarse los intereses de la parte ejecutante, así como conciliar la situación de la autora con el cumplimiento de la sentencia y el cese del ilícito penal.

El Comité señaló que, aunque los Estados parte gozan de cierta discreción para regular aspectos como la ocupación ilegal de inmuebles, así como para determinar los recursos judiciales destinados a la protección del disfrute pacífico de la propiedad de inmuebles en una sociedad democrática, esta discreción no es ilimitada y debe ser compatible con las obligaciones impuestas por el PIDESC. Si se desaloja a una persona mediante un proceso penal, las autoridades competentes deben garantizar que existan recursos legales disponibles y que el proceso se lleve a cabo con

arreglo a una legislación compatible con el Pacto y en observancia de los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad entre el objetivo legítimo de desalojo y sus consecuencias sobre las personas desalojadas

El Estado afirmó que, ante el desalojo, las propuestas de vivienda de emergencia temporal de los Servicios Sociales a la autora constituyeron una respuesta, que revelan que el Estado parte ha cumplido con sus obligaciones de tomar todas las medidas, dentro de los recursos disponibles, para proporcionar una alternativa de vivienda a la autora. El Comité observó que la autora rechazó las propuestas de vivienda temporal compartida, que, según los Servicios Sociales, forman parte de un itinerario socio-residencial destinado a acompañar a la familia en lograr una autonomía y acceso a una vivienda en el mercado privado asequible a su capacidad económica. También tomó nota de que la autora rechazó esta propuesta principalmente por tratarse de vivienda temporal, y que no aportó otros elementos para explicar por qué la oferta de asistencia para la búsqueda de vivienda dentro de la capacidad económica de la autora era inaceptable, o por qué las propuestas de alojamiento temporal serían incompatibles con la dignidad humana, inseguras o inaceptables por otro motivo. Por tanto, en ausencia de otros elementos que indiquen que el Estado parte no ha adoptado todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para proteger a la autora, el Comité consideró que los elementos que tuvo ante sí no revelan una violación del derecho a la vivienda.

Queda destacar que, en los seis casos en los que consideró violado el derecho a la vivienda, el Comité DESC recomendó tanto reparaciones de carácter individual como medidas generales de no repetición. En línea con lo decidido en los casos, entre

las medidas generales de no repetición se recomienda al Estado:

- a) adoptar un marco normativo que permita que las personas objeto de una orden de desalojo que pudiera exponerlas al riesgo de indigencia, incluidas las que ocupan sin título legal, puedan objetar la decisión ante autoridades judiciales para que examinen la proporcionalidad de la medida a la luz del criterio para las limitaciones de los derechos reconocidos en el PIDESC;
- b) eliminar la práctica de excluir de manera automática de las listas de solicitantes de vivienda de todas aquellas personas que se encuentren ocupando una vivienda por estado de necesidad, sin título legal, de manera que todas las personas puedan acceder, en igualdad de condiciones, al parque de vivienda social;
- c) asegurarse de que los desalojos que afecten a personas sin recursos para procurarse una vivienda alternativa solo se ejecuten después de que haya habido una consulta genuina y efectiva con estas personas, y de que el Estado parte haya realizado todos los pasos indispensables, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para que las personas desalojadas tengan una vivienda alternativa, en especial en aquellos casos que involucren a familias, personas mayores, niños y/u otras personas en situación de vulnerabilidad;
- d) adoptar las medidas necesarias para superar los problemas de falta de coordinación entre las decisiones judiciales y las acciones de los servicios sociales que pueden conducir a que una persona desalojada pueda quedar sin vivienda adecuada.
- e) formular e implementar, en coordinación con las comunidades autónomas y hasta el máximo de los recursos dis-

ponibles, un plan comprehensivo e integral para garantizar el derecho a la vivienda adecuada de personas con bajos ingresos. Este plan deberá incluir los recursos, las medidas, los plazos y los criterios de evaluación que permitirán en forma razonable y verificable garantizar el derecho a la vivienda de esas personas¹⁹;

- f) establecer un protocolo para el cumplimiento de las solicitudes de medidas provisionales emitidas por el Comité, informando a todas las autoridades pertinentes de la necesidad de respetarlas para asegurar la integridad del procedimiento.

3. Breves reflexiones finales

Concluyo con algunas reflexiones sobre la jurisprudencia que vengo de describir. La jurisprudencia del Comité DESC que involucra a España se inscribe en una tendencia reflejada a nivel nacional y regional de consideración judicial del derecho a la vivienda –que desmiente la idea de que se trata de un derecho de carácter puramente «programático»²⁰. Es útil señalar

19 No es la primera vez que España recibe recomendaciones internacionales al respecto. Ver, por ejemplo, Informe del Relator Especial sobre el derecho a una Vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuada, Miloon Kothari. Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, 7 de febrero de 2008, paras. 85 y 87; Comité DESC, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. España, E/C.12/ESP/CO/5, 6 de junio de 2012, paras. 21-23; Comité DESC, Observaciones finales al sexto informe periódico de España, E/C.12/ESP/CO/6, 25 de abril, de 2018, para. 36; Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. Visita a España, A/HRC/44/40/Add.2, 21 de abril de 2020, para 85.b).

20 Ver, al respecto, Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: Un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 155-252, Christian Courtis, «Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda», en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 191-200; Rolan-

que el propio Comité contribuyó de manera decisiva en la jurisprudencia nacional y regional, a través de la adopción de las Observaciones Generales Núm. 4 y 7, que delinearon el contenido del derecho a la vivienda. Al momento de adoptar esas Observaciones Generales (1991 y 1997) el Comité no tenía competencia para considerar casos, de modo que la adopción y entrada en vigor del Protocolo Facultativo del PIDESC cierra este ciclo que va de la enunciación de criterios generales a la decisión en casos particulares, aprovechando el bagaje de jurisprudencia nacional y regional inspirada en buena medida en los estándares desarrollados por el propio Comité. En este sentido, dada la similitud de los dictámenes con las decisiones judiciales, la jurisprudencia del Comité se presta de manera mucho más sencilla a ser aplicada por los tribunales españoles que otras recomendaciones formuladas de manera más general, ya que desarrollan criterios jurídicos de resolución a partir de la aplicación del ordenamiento vigente²¹.

Es interesante pensar cómo se inserta España en este contexto. No es ocioso señalar que la inclusión del derecho a la vivienda entre los principios rectores de la política social y económica en la Constitu-

ción española, y la interpretación jurisprudencial y doctrinaria dominante del artículo 53.3 de la Constitución no han contribuido en absoluto al desarrollo del contenido del derecho a la vivienda²². De hecho, la jurisprudencia del Comité DESC analizada en esta nota da cuenta del limitado espacio que ha tenido la invocación del derecho a la vivienda ante los tribunales españoles en materia de desalojos: todos los casos en los que el Comité consideró violado el derecho evalúan negativamente la falta de consideración de los estándares internacionales relevantes por parte de los juzgados intervinientes. Es deseable que esta jurisprudencia del Comité DESC genere cambios legislativos y jurisprudenciales que permitan la integración de esos estándares internacionales en procesos judiciales de adjudicación en los que esté en juego el derecho a la vivienda. Como señalé antes, esta jurisprudencia del Comité DESC no hace más que aplicar a casos concretos el contenido pertinente de las Observaciones Generales Nros. 4 y 7, que tienen más de 25 años, pero que han sido prácticamente ignoradas por los tribunales españoles.

Entre los argumentos presentados por España para contestar alegaciones de violación en casos de desalojo se encuentra el señalamiento de que, como se trata de desalojos promovidos en el marco de relaciones entre particulares, el Estado no tiene ninguna responsabilidad al respecto. La respuesta del Comité recuerda un poco la posición de los realistas legales estadounidenses: aunque se trate de relaciones entre particulares, son la legislación estatal y la actuación (u omisión) de los tribunales y de la administración las que determinan esas relaciones y, en particular, la puesta a

do E. Gialdino, «El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos», en *Jurisprudencia Argentina*, JA 2013-I, fascículo nro. 10, Buenos Aires, marzo 6 de 2013, pp. 44-67; María Silvia Emanuelli y Carla Luisa Escoffié Duarte, «El derecho a una vivienda digna y adecuada: experiencias comparadas de tutela judicial» y Sebastián Tedeschi, «El derecho a la vivienda como derecho humano en la jurisprudencia argentina», ambos en Christian Courtis (ed.), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)*, cit., T. II, pp. 833-867 y pp. 869-901, respectivamente.

²¹ Y deberían facilitar la operativización del artículo 11.2 de la Constitución española, de acuerdo con el cual «(l)as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

²² Para una aproximación crítica, ver Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: Un derecho en (de)construcción*, cit., pp. 41-108 y 155-252.

disposición de una de las partes del aparato coercitivo del Estado para desalojar a las personas²³. En este sentido, es interesante observar que, aun en casos que involucran relaciones entre particulares, la consideración del Comité sobre el cumplimiento de estándares en materia de desalojo supone un análisis tanto de la actuación de los tribunales como de los servicios sociales del Estado: en particular, la consideración por parte de los tribunales de la evaluación de la situación de vulnerabilidad de las personas amenazadas por el desalojo por parte de los servicios sociales, y la oferta de soluciones alternativas temporales o permanentes como condición previa a la realización del desahucio. Esto aun en caso de actuación penal, o de ocupación ilegal de vivienda: el Comité rechazó explícitamente el argumento del Estado español según el cual la protección contra los desalojos forzados no se aplica a ocupantes ilegales de inmuebles.

Amén del caso *IDG*, que trata una cuestión relativamente estrecha –el carácter adecuado de la notificación como componente del debido proceso en procedimientos de ejecución hipotecaria– el resto de los dictámenes del Comité DESC en materia de vivienda versan sobre la necesidad de incluir la posibilidad de un análisis de proporcionalidad de la orden de desalojo solicitada, teniendo en consideración tanto el interés del propietario del inmueble como el impacto del desalojo sobre las personas desahuciadas. Al respecto, im-

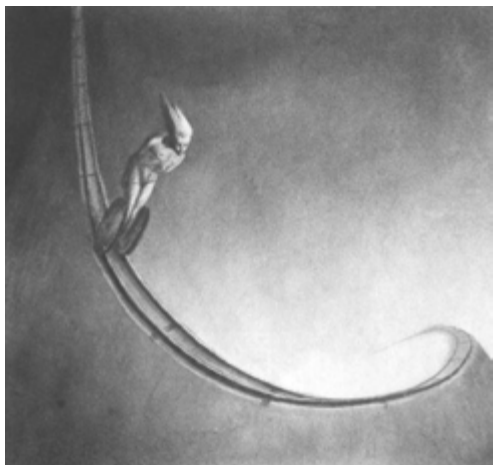
porta considerar la vulnerabilidad de las personas afectadas –en particular si se trata de niñas y niños, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o personas de edad–, la posibilidad de que el desalojo los coloque en situación de calle, su conducta previa, la diligencia de la actuación de los servicios sociales y, en particular, la posibilidad de empalme del desalojo con las alternativas habitacionales ofrecidas.

Otros puntos clave señalados por la jurisprudencia del Comité DESC son la consulta genuina con los afectados por el desalojo para la propuesta de alternativas habitacionales y el ofrecimiento de soluciones, temporales o permanentes, que cumplan con estándares de dignidad y de adecuación a la situación de las personas afectadas. Tales aspectos deben formar parte de la evaluación judicial al considerar la orden y la oportunidad y modalidad del desalojo.

Por último, entre las medidas de no repetición dirigidas a los poderes políticos se encuentra la formulación de una política pública comprensiva e integral para garantizar el derecho a la vivienda adecuada de personas con bajos ingresos. Aunque los casos tratados por el Comité son casos individuales que no abordan de manera directa la falta de una política pública adecuada al respecto²⁴, algunas de las consideraciones del Comité relevan aspectos que denotan tal falta –por ejemplo, la evidente contradicción entre la alegación por parte del Estado de una larga lista

23 Ver, al respecto, un clásico del realismo legal estadounidense: Arthur L. Corbin, «Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations», 26 *Yale Law Journal* (1917)», pp 169-206. Ver también las reflexiones contemporáneas sobre el legado del realismo en esta materia en Robert W. Gordon, «Cómo "descongelar" la realidad legal: una aproximación crítica al derecho», en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, 2da. Ed., Buenos Aires, EUDEBA, 2009, pp. 519-548.

24 Aunque no es imposible que esto ocurra en casos futuros. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Sudáfrica, *The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), 4 de octubre de 2000; Comité Europeo de Derechos Sociales, *Movement ATD Fourth World v. Francia*, Queja N° 33/2006, decisión del 5 de diciembre de 2007; *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Francia*, Queja N° 39/2006, decisión del 5 de diciembre de 2007.



Alfred Kubin, *El Hombre*, 1902

de espera por la brecha entre la gran demanda de vivienda social y la escasez del parque de vivienda disponible, y el hecho

de que la propia autoridad administrativa haya privatizado parte de ese parque de vivienda social, agudizando así la alegada escasez a través de su propia conducta. Aunque la formulación de la política pública no corresponde al Poder Judicial, la acumulación de decisiones judiciales en las que la falta de soluciones habitacionales alternativas demore los desalojos puede constituir un buen acicate para promover el debate de los poderes políticos sobre la necesidad de tal política pública comprensiva e integral. En todo caso, la discusión por el Poder Legislativo de una ley de vivienda constituye una oportunidad insoslayable para asegurar la incorporación explícita de los estándares desarrollados por el Comité y aplicados en forma concreta en los casos discutidos.

El pluspositivismo

Florentino EGUARAS MENDIRI

1. Aproximación

Concebimos el derecho como un sistema de ordenación social generalmente aceptado, lo que determina que puede provenir de distintas fuentes. El entorno en que nos ubicamos es el del denominado *derecho continental*, que se apoya en la ley como el medio fundamental creador del ordenamiento jurídico.

Desde este punto de partida, intentaremos adentrarnos en la realidad jurídica actual recalcando en ella el protagonismo judicial, que lógicamente incide en la practicidad real de las normas, en su eficacia. Nos centraremos en el ámbito de los derechos sociales que se enmarcan fuera de las concepciones tradicionales del derecho, las que configuran a este desde la perspectiva de su obligatoriedad que se respalda con las facultades sancionadoras ante su incumplimiento.

El derecho moderno es básicamente positivista, basado en la norma, pero este paradigma debe ser congeniado con la realidad en que vivimos, y ello puede ser un motivo para la búsqueda de nuevas alternativas junto a la existente de la ley. Adentrarnos en esta línea discursiva va a ser el objeto de nuestro estudio, en el que remarcaros nuestra función jurisdiccional como fuente creativa del derecho y recreación del mismo, integrándolo y dotándole de auténtica eficacia. La importancia dentro del derecho de los jueces hace que este

no sea una construcción dogmática, sino una realidad social que se construye con ellos desde la sociedad misma.

2. «Si he visto más lejos, es poniéndome sobre los hombros de Gigantes», Newton

El positivismo jurídico es la gran conquista moderna del derecho y supone la introducción de elementos de certeza y seguridad en las relaciones sociales, con una clara intencionalidad de protección del ciudadano frente a los poderes públicos o privados. La configuración de un sistema de normas que protegen al ciudadano otorgándole una pluralidad de derechos de respeto común, desde el principio de la reciprocidad, y dejando al margen el deber ser con una apuesta por el ser, es una realidad no sólo constatable sino también defendible.

Hoy físicamente nos hallamos en pleno desbordamiento del positivismo. Este se apoya en un marco geopolítico básicamente estatocéntrico, que concibe al Estado como el sujeto donde se crea y desarrolla el ordenamiento jurídico. La tradicional definición del Estado que lo configura en sus clásicos elementos de territorio, población y administración, en la actualidad presenta claras disfunciones tanto por su confrontación con los ámbitos regionales superiores como en las dispersiones concurrentes de entidades inferiores que exigen capacidad

regulativa propia. La soberanía, atributo propio del Estado, se ha diluido, postergándose ante entidades supranacionales que, revestidas de facultades legislativas, se manifiestan en ordenamientos jurídicos particulares que se sobreponen a los Estados, limitando sus poderes y dotando a los ciudadanos de un mayor abanico de derechos y obligaciones.

Los agentes corporativos que interactúan en el mundo actual no son los clásicos que venían haciéndolo, y entre los que el Estado contaba con una especial relevancia significativa. En nuestro tiempo, las entidades y organizaciones públicas y privadas adquieren un notable protagonismo paralelo al que los Estados y sus alianzas venían asumiendo hasta época muy reciente. Ello conduce a una forma radicalmente distinta de interpretar y aplicar el derecho, dada la diversificación de fuentes y el hecho de que los tradicionales mecanismos argumentativos de su eficacia resultan obsoletos y desfasados, ante la mencionada variedad de normas y derechos que han surgido.

Es evidente que la ley, como fuente del derecho, es una realidad imprescindible dentro de nuestro marco social, y no es posible realizar una lectura reduccionista de la misma. No sólo porque nuestro sistema de fuentes se basa en la ley como elemento prácticamente único, sino porque cualquier alternativa a ella posiblemente nos conduciría a la esfera de lo metajurídico, introduciéndonos en un *deber ser valorativo*, con sus riesgos de indefinición y manipulación. Seguimos sometidos a la ley de Hume —que diferencia entre el ser y el deber ser— sin que en el derecho sea posible que este configure a aquel.

El positivismo es nuestro gigante, gracias a él podemos ver más lejos y somos capaces de integrar nuestro cometido judicial como intérpretes del derecho con nue-

vos instrumentos y medios: la interacción de tal potencialidad con nuestro oficio propia la integración en la realidad social.

3. El cambio social

El devenir de las sociedades ha creado necesidades que el derecho ya no satisface mediante el sistema normativo de imposición, sino que lo hace a través de los llamados derechos sociales. Con ellos se atienden situaciones de necesidad y protección de las personas, constituyéndose el Estado en un sujeto obligado a responder a la demanda de los derechos de la ciudadanía. Estos derechos sociales llevan consigo el que la tradicional relación jerárquica entre la administración y el *ciudadano* se mute por una nueva, que es la que nace entre el gestor y el beneficiario, de manera que aquella deje de ser un instrumento de restricción para configurarse en un agente social integrado dentro de las problemáticas y los requerimientos de la sociedad.

En el devenir de los derechos humanos, inicialmente nos encontramos con los denominados de *primera generación*, que son los que surgen en el contexto de los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII en Occidente (Ilustración, Revolución francesa). Fueron consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y sirvieron como punto de partida para la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su contenido es básicamente de carácter civil y político.

Después de ellos, nos encontramos con los denominados derechos de *segunda generación*, que son los que nacen frente a los desequilibrios entre los ciudadanos. Nos referimos a los derechos económicos, sociales y culturales, incorporados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y que se vinculan con el

principio de igualdad. Es en este segundo estadio de la evolución donde ubicamos los derechos llamados sociales, en los que la sociedad agrupa sus recursos para crear entornos de seguridad y desarrollo, gestionando los instrumentos públicos para satisfacer las necesidades tanto de supervivencia como de enriquecimiento personal.

4. El todo es más importante que la suma de sus partes

La concepción social y la realidad sistémica de nuestros días implican que las sociedades se impregnen de fuentes creativas de derechos y obligaciones ajenas al tradicional vínculo entre ciudadanía y Estado.

La superposición de elementos supranacionales junto a las diversas normativas internas de los Estados supone que el abordaje de las problemáticas regionales se lleve a cabo desde una perspectiva holística, donde interactúan de un lado la complejidad mundial y la proyección de esta sobre los países que, individualmente, son incapaces de implantar los instrumentos necesarios para atender a las nuevas demandas que surgen de aquella.

Una muestra de los problemas globales y la imposibilidad de atenderlos individualmente son los llamados Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) 2015-2030, cuyo precedente son los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Los ODS pretenden abordar los problemas actuales y futuros de todo el mundo. En ellos se parte de que todos los elementos del sistema se relacionan entre sí, lo que implica que lo que sucede una zona del planeta repercute necesariamente en otra.

La Agenda aceptada en la ONU para el Desarrollo después de 2015 intenta trazar el rumbo de las iniciativas de desarrollo para los próximos 15 años y posteriores, con un fin encaminado hacia la erradica-

ción de la pobreza y el desarrollo sostenible en sus dimensiones social, económica y ambiental. Su propósito es mejorar la vida de las personas y asegurar el ejercicio de sus derechos humanos, con la preocupación de que su desarrollo se acompañe en armonía con la naturaleza. Consiste la referida Agenda en 17 objetivos de desarrollo sostenible y 169 metas propuestas.

Para introducirnos en estos objetivos, es importante tener presente el concepto de transversalidad, esto es, impregnar en el mundo social, y en el derecho, determinados contenidos nacidos en la sociedad y reclamados por ella para ser considerados como ejes centrales de su desarrollo.

España se ha sumado a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible con un Plan de acción para su implementación. Este plan surge de una Proposición no de Ley del Congreso de los Diputados de 12 de diciembre de 2017, en la que se instaba al Gobierno a elaborar, aprobar y poner en marcha una estrategia de desarrollo sostenible. En la introducción del Plan, se indica que no se trata de una mera pretensión cosmética, dado que resulta urgente la implantación de la Agenda mediante el impulso de nuevas políticas, medidas, gobernanza y métodos de trabajo, procurando las acciones para poner en marcha aquella con un compromiso de los actores sociales, y de las concretas políticas y medidas impulsadas desde el Estado.

Prescindimos de los debates suscitados respecto a si estos objetivos de desarrollo sostenible, y de si debe ser sólo su enmarcación donantecéntrica; o de su visión como un instrumento de colonización de los países ricos respecto de los pobres; o de que sirva a la expansión de aquellos respecto a estos; o de que sea un medio exclusivo de transmisión de recursos económicos. Tampoco nos adentramos en la problemática de su enfoque desde el dua-

lismo de lo deontológico frente a lo teleológico, esto es, si consisten los objetivos en declaraciones de valores éticos, o si tienen una finalidad con un resultado específico susceptible de exigibilidad por los receptores; o, si a la postre, si estos objetivos tienen una vinculación con los derechos fundamentales humanos, y su carácter de universales.

Dejamos al margen estas polémicas para adentrarnos en el que es el objeto del presente comentario, que se ciñe a la inclusión y ampliación de nuevos elementos interpretativos del derecho, introduciendo algunos distintos a los que estrictamente conocemos como legales, y ciñéndonos más específicamente a la actuación de los jueces en sus decisiones, a la racionalidad de sus sentencias y los instrumentos jurídicos de los que se sirven. Vamos a promocionar que se incluyan en el bagaje de los instrumentos de interpretación y aplicación de la ley criterios y postulados que respondan a las inquietudes sociales, y a los problemas que el mundo pretende afrontar, introduciendo en el subconsciente de los razonamientos de derecho que se manejan usualmente otros postulados novedosos, destacando los compromisos que a nivel supranacional el Estado ha asumido en diferentes esferas. Buscamos, así, que la actividad judicial no tenga como mero eje la ley, sino que también se pondere de forma significativa la realidad social.

Sólo en la apertura de nuevas vías del discurso judicial es posible el que, por un lado, el derecho responda a los retos con los que se enfrenta el mundo moderno; y, de otro, el que los jueces asuman el cometido que les corresponde en nuestra sociedad, como agentes y actores de la misma, y no como simples espectadores pasivos que evalúan a posteriori lo sucedido desde un prisma ultrapositivista. La visión reduccionista que actualmente preside la labor

judicial exige su revisión y la búsqueda de nuevas vías que posibiliten, *en serio*, una cultura auténticamente democrática de la jurisdicción.

Hemos indicado que dejamos al margen los diversos debates sobre la oportunidad y la eficacia de los ODS, aunque sí que remarcaremos para introducirnos en nuestra propuesta aquella corriente que pretende dotar a los mismos de una clara finalidad de consolidación y realización, y que en definitiva los concibe como una realidad que debe ser eficaz. El dilema que surge a la hora de concebir los objetivos es el de si estos, al no tener una plasmación jurídica positiva, vinculan de alguna manera y son exigibles a los actores internacionales suscriptores del Plan 2030. El valor de los objetivos reside en su propia consistencia, en su intrínseca bonanza, pero considerados objetivamente son susceptibles de opinión, de una exclusiva intencionalidad de consecución que permanece en la esfera del voluntarismo y no en la imperatividad y exigencia.

Cuando nos referimos al derecho, consideramos que este crea una situación de exigibilidad, esto es, que subyace en él un deber que no es predicable del simple deseo. Y es, precisamente, en este campo de la obligatoriedad donde se introduce el debate de la compulsión para el cumplimiento del compromiso con los objetivos de desarrollo sostenible, pues si solo aludimos en ellos como formulaciones teóricas, el compromiso no es tal, careciendo de eficacia. Efectivamente, todo compromiso jurídico supone una declaración de voluntad autónoma e independiente, susceptible de crear, modificar o extinguir un derecho, aunque el sujeto emisor sea una universalidad o un ente como el Estado.

De aquí que los objetivos deban reconfigurarse, no como simples declaraciones de intenciones, sino como manifiestas y

ciertas declaraciones de voluntad capaces de constituir auténticos derechos exigibles por los beneficiarios. De no ser así, se reiterará la inercia de la tradicional beneficencia y no un elemento de compromiso y solidaridad obligatoria, resultado de un proyecto conjunto y común.

5. Tres cosas hay en la vida: salud, dinero y amor

Nuestra cantarina reducción de la pirámide de Maslow nos sirve para introducirnos en los concretos objetivos de desarrollo sostenible. Y es aquí donde enlazamos con la aplicación específica de un objetivo concreto como el tercero, que se refiere a la salud y al bienestar. Entre los distintos objetivos que se gestaron con el propósito de atender los desafíos ambientales, políticos y económicos más urgentes con los que se enfrenta nuestro mundo, unos aluden al fin de la pobreza, otros al hambre, la educación, igualdad de género, trabajo decente y crecimiento económico o paz, justicia e instituciones sólidas. Un ODS es el de la salud.

España participa de estos objetivos, en el ya referido Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030 («Hacia una estrategia española de desarrollo sostenible»), y, al abordar este objetivo tercero, lo titula: «Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades». Y refiere en su desarrollo que es un compromiso del gobierno de España el mantener el carácter universal, público y gratuito del sistema sanitario, revisando para ello la legislación y normativa vigentes, de manera que contribuyan a la consecución del carácter universal de la sanidad pública. A su vez, añade que los problemas sanitarios del siglo XXI relacionados con los cambios demográficos, socioeconómicos, medio ambientales y tecnológicos exigen

una adaptación a la provisión de servicios de salud, aumentando la innovación para dar respuesta al cambio demográfico y al bienestar.

Podemos extraer algunas consecuencias de lo que hemos indicado: primera, los objetivos de desarrollo sostenible en España no son simples enunciados relacionados con terceros países en situación de necesidad; segunda, respecto a estos se constituyen derechos y obligaciones que debemos cumplir; tercera, los objetivos no son únicamente referencias a otros Estados, sino que se materializan en el mundo, y entre y en los mismos países que han suscrito la Agenda; y, cuarta, y por lo anterior, España está obligada a que los objetivos de desarrollo sostenible tengan una efectividad dentro de nuestro territorio. No es una proyección a cumplir en territorios ajenos solamente, sino que también es un derecho de los ciudadanos que habitan en el territorio nacional, y una obligación del Estado de atender a las necesidades de estos.

Según el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2020 el porcentaje de población en riesgo de pobreza o exclusión social en España era del 26,4%, con un 7,0% de la población que se encontraba en situación de carencia material severa.

En el Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2019, consta que residen en España 46.937.060 personas, y en la Base de Datos de Población Protegida sanitariamente se encuentran registradas 46.281.909 personas.

De los datos expresados recogemos un alto porcentaje de pobreza que es la que pretende erradicar con los objetivos de desarrollo sostenible, y, también, un importante colectivo poblacional sin protección por el sistema sanitario del Estado, lo que supone que algo más de seiscientos mil personas quedan desprotegidas de la atención a su salud.

Ya tenemos los fundamentos teóricos y prácticos para abordar un ejemplo de la tesis que presentamos. Esta consiste en la búsqueda de nuevas fuentes jurídicas e instrumentos interpretativos para la resolución de los conflictos, que es la que entendemos es la finalidad de los órganos judiciales. Vamos a apoyarnos para nuestra exposición en una visión del derecho claramente inductiva en la que éste nace de la sociedad para enriquecerla, en un circuito en el que el origen es la sociedad y su recorrido final es ella misma.

El derecho no es una creación académica, sino la consecuencia de una necesidad social a la que debe servir. El fin del derecho es la sociedad y el *telos* del jurista también es esta, siendo un intento lícito la iniciativa de recoger elementos novatorios para obtener la satisfacción de las necesidades sociales, donde reside la justificación y legitimación de los jueces. En anteriores artículos publicados en la Revista de la Comisión de lo Social, números 232 y 233, de Juezas y Jueces para la Democracia, hemos referido dos concretos conceptos, el *derecho transversal* y el *constructivismo*. El *pluspositivismo* lo presentamos como un nuevo añadido que se sirve de los anteriores para construir un paradigma diferente al que sostiene de forma frecuente la función judicial. Si esta no sirve para amparar las inquietudes y dificultades de la ciudadanía, si no ampara a la persona individual y al ser social, deviene el resultado de un esquema conceptual, un arquetipo teórico ajeno a la verdadera sustancia y contenido que preside su existencia, sin un sentido efectivo en la sociedad, auténtica fuente de su legitimidad.

6. Un caso de *pluspositivismo*

Postulamos que el juez debe considerar más elementos en su actividad que la ley

para apoyar su razonamiento resolutorio. Los marcos legales, nacionales o supranacionales, o los precedentes jurisdiccionales resultan insuficientes no sólo para resolver los conflictos sino para abordar jurídicamente el mundo actual. Es precisa una diversidad de fuentes del derecho que se presente como un abanico que supere al concepto de la ley. A su vez, es necesaria una postura del juez que sea abierta a la nueva realidad social y que asuma el papel dinámico que de él se reclama en el tiempo actual.

En los derechos sociales nos encontramos con situaciones de gestión administrativa más que de represión, de ampliación de la esfera personal más que de autolimitación de la misma. Los sujetos exigen una pluralidad de nuevos derechos y para su atención se emplea el servicio público, encargado de gestionar aquellos y satisfacer las correlativas prestaciones.

Veamos un caso resuelto por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta de lo Social, donde se atiende un derecho social como es el de la asistencia sanitaria. En él vamos a encontrar los ingredientes necesarios para exponer nuestra tesis y postular que se apliquen en el derecho fuentes distintas a las que generalmente la jurisprudencia suele considerar. Aunque sea simplificada-mente explicaremos el supuesto. El mismo consiste en la argumentación dada por la Sala Cuarta respecto a la denegación del derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública a los familiares que se encuentran a cargo de un reagrupante que no ostenta la condición de beneficiario.

La interrupción de la universalidad de la asistencia sanitaria que siempre había caracterizado nuestro sistema de protección se introdujo por el Real Decreto Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la

calidad y seguridad de sus prestaciones. En la vigencia de esta norma y su desarrollo reglamentario se produjo la aplicación del artículo siete del Real Decreto 240/2007, según el cual en los supuestos de reagrupación familiar, -que consiste en la autorización de residencia temporal que se puede conceder a los familiares de los extranjeros residentes en España-, se exigía al reagrupante ciertos recursos económicos y un seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, que proporcionase durante su periodo de residencia una cobertura equivalente a la que proporciona el Sistema Nacional de Salud. De esta manera, las personas reagrupadas se encuentran bajo el ámbito de la esfera de los reagrupantes y son estos los que deben cubrir las prestaciones sanitarias de aquellos mediante la concertación de la cobertura sanitaria.

El Tribunal Supremo ha deducido en base a esa normativa que la asistencia sanitaria pública sólo se presta a quienes no se encuentran protegidos asistencialmente y los reagrupados ya lo están o deben estar, porque el sujeto reagrupante ha debido presentar la acreditación de que ha concertado un sistema de seguro sanitario equivalente al de la sanidad pública española, y con el que atiende al reagrupado.

La línea jurisprudencial mayoritaria de la Sala Cuarta, pues se formularon algunos votos particulares, denegó la asistencia sanitaria a los reagrupados que carecían de la misma, en la medida en que el sistema sanitario español no debía asumir tal cometido, al existir un tercero obligado, el reagrupante. Pluralidad de sentencias como la STS de 13 de mayo de 2019 (ECLI: ES: TS: 2019:1769) o, últimamente, STS de 06 de abril de 2022 (ECLI: ES: TS: 2022:1476), han expresado este criterio.

A la hora de valorar esta doctrina, podemos coincidir más o menos con la labor

interpretativa del Tribunal Supremo sobre la materia que aborda. Si nos basamos exclusivamente en la literalidad normativa que se aplica por el Tribunal, las conclusiones que obtengamos nos podrán acercar al resultado final que se ha establecido de no otorgar asistencia sanitaria por el sistema público a los reagrupados que carecen de una cobertura por la vía de sus reagrupantes. No entramos en el debate concreto de la normativa aplicada, pues nuestra intención es sobrepasar el marco normativo y reformular la interpretación del Tribunal Supremo considerando nuevas fuentes a través de las cuales innovemos el prisma argumentativo de este, introduciendo otros elementos que, aunque no considerados por el órgano judicial referido, creemos que son de notoria aplicación y que debieran haberse tenido en cuenta por el Tribunal a la hora del enjuiciamiento del caso.

7. Dos modelos occidentales: Marco Polo y Kant

Estos son dos personajes significativos en nuestra cultura. Uno, esencialmente experimental y en constante movimiento; el otro, totalmente quietista, hasta tal punto de que nunca salió de su ciudad, y elucubrativo. Y, sin embargo, ambos expresión de nuestro mundo.

Salgamos como el primero, Marco Polo, de viaje, y formulemos con el segundo, Kant, los fundamentos teóricos de nuestro viaje. Ya tenemos los dos elementos que precisamos: uno, buscar la realidad; el otro, ajustar las fuentes técnicas de enjuiciamiento a ella. Sólo nos falta el unirlos.

Si al supuesto que hemos expuesto en el ordinal previo, y que consistía en cuestionarnos si los residentes en España por reagrupación tienen derecho a la asistencia sanitaria que les ha sido denegada, le

añadimos una nueva perspectiva, resultado de la búsqueda de nuevas fuentes a las aplicadas por el Tribunal Supremo, y nos adentramos en el marco mundial, en este toparemos con los objetivos de desarrollo sostenible y con el compromiso de los países miembros de la ONU de cumplir los mismos en el periodo de 2015 a 2030. Recordamos que España ha asumido estos compromisos y, en concreto, el objetivo tercero referente a la salud.

Este compromiso respecto a la salud es una auténtica obligación del Estado español de procurar la asistencia sanitaria universal, la de todos los ciudadanos del mundo y, especialmente, la de la población nacional y residente en el territorio español. Si convenimos que los objetivos son reales y que deben servir no solo a políticas internacionalistas del Estado o a la relación de éste con el Tercer Sector, fácilmente podemos dar un paso más y pasar a entender que los jueces también forman parte de los agentes implicados en la consecución de los objetivos de desarrollo. Si obtenemos esta conclusión veremos qué, y por tanto, están obligados a contribuir en su cometido judicial con la finalidad del tercer objetivo, que no es otra que la de garantizar un sistema de asistencia sanitaria que atienda a la salud para todos, y que, por tanto, sea universal.

Si introducimos en el problema suscitado ante el Tribunal Supremo la dinámica de los objetivos de desarrollo sostenible, y concretamente el tercero, podemos, inicialmente, considerar que la administración sanitaria, que se dedica a la ejecución de los derechos sociales, estaba obligada a asumir su gestión de la salud dentro de los parámetros que la cúpula del poder ejecutivo, cabeza de la administración, ha establecido y ha plasmado en el Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030. El Tribunal Supremo bien podía ha-

ber exigido a la entidad gestora que fuese consecuente con las líneas diseñadas en el mencionado Plan de acción para la implementación de la agenda 2030, denunciando la contradicción que se manifiesta cuando el Estado, por un lado, asume un compromiso de fomento de la salud y asistencia sanitaria; y, de otro, deniega a determinados residentes en territorio español aquello que intenta propugnar como objetivo a conseguir en los ámbitos mundial y nacional. Si el Estado español se compromete con un objetivo de salud universal mediante la asistencia sanitaria para todos, el que la misma administración deniegue la asistencia supone una quiebra de su propio ideario, y el que los órganos judiciales avalen este criterio es una manifestación de su limitado conocimiento aplicativo de las fuentes del derecho.

Si el Tribunal hubiese fiscalizado la actividad del órgano gestor y el acomodo que necesariamente debe de realizar a su cometido de agente de los derechos sociales, hubiese tenido que concluir con la obligación de prestar la asistencia sanitaria al reagrupado por el sistema público. Si es que no se hubiese reparado en este punto que enunciamos de la contradicción en el proceder administrativo -el poder ejecutivo asume un compromiso y la administración en la práctica lo omite-, lo que hubiese debido ocurrir es que el mismo Tribunal prescindiese del corto alcance interpretativo de la normativa que había efectuado la entidad gestora para enriquecer su gestión con ese objetivo mundial asumido por España, y entonces hubiese comprendido su cometido judicial dinámico y trasladado el compromiso internacional a nuestro ámbito territorial concreto.

Con esta operativa que postulamos, hubiese aportado el Tribunal una interpretación abierta de nuestro ordenamiento acomodada con la reclamación de la socie-

dad que postulaba una atención sanitaria para todos. Apreciamos un limitado y escaso enfoque de nuestro Tribunal Supremo en el enjuiciamiento del tratamiento de un derecho tan esencial como es el de la salud para la persona. La línea de razonamiento utilizada ha prescindido de los recursos argumentativos que superan el estricto marco de la ley y que estaban a disposición del referido Tribunal; un simple esfuerzo de búsqueda y conocimiento hubiese conducido a valorar otros elementos distintos a aquéllos que se han tenido en cuenta.

Si se hubiesen considerado más elementos y, en concreto, la transversalidad que tiene la pretensión de humanizar nuestra sociedad, plasmada en los ODS y específicamente mediante derechos como el de la salud, la solución hubiese podido ser diferente a la que se ha obtenido por el Tribunal Supremo, que finalmente ha dejado sin protección sanitaria, por una argumentación arquetípica, a un colectivo de personas en situación de necesidad.

Es posible, y ello es lo que propugnamos, incrementar el acervo argumentativo de las resoluciones judiciales con instrumentos y elementos que responden a las necesidades, inquietudes y programaciones sociales. Y, todavía, el razonamiento judicial puede enriquecerse cuando se busca la coordinación y coherencia de la gestión pública en su relación con la sociedad y las necesidades que ella misma ha definido.

8. Epílogo: Jueces en y por el mundo

El que escribe las presentes líneas pertenece a la carrera judicial, y la revista *Jueces para la Democracia. Información y debate* la publica la asociación Jueces y Juezas para la Democracia. Por ello me permito reclamar una unicidad que agrupe lo teórico y práctico dentro de la función judicial.

El juez debe de estar «por» el mundo observando y conociendo lo que ocurre en él, y también debe de estar «en» el mundo, en sus problemas y formulaciones teóricas contribuyendo a su resolución. Resulta insuficiente conocer nuestras normas, es preciso abandonar el estatus jurídico estatócéntrico y adentrarnos en otros ámbitos que, aunque aparentemente pueden ser ajenos al derecho, en realidad son el derecho mismo, si convenimos que este nace en la sociedad y revierte en ella.

Si la actividad judicial no quiere ser como la escalera de Escher y ofertar una aparente solución que no conduce a ningún lado, es preciso que en su función integre los distintos problemas e inquietudes sociales, tanto nacionales como planetarios, y dé las soluciones que la sociedad oferta y reclama a los mismos.

La primera reflexión que debiéramos hacer frente al desarrollo del enjuiciamiento de los casos que resolvemos es la de dónde empieza nuestra actividad para perfilar así hacia dónde nos conduce. Y con este punto de partida situarnos en el mundo más allá de nuestro entorno, siendo conscientes de las realidades que en aquel acontecen y que se transmiten a los hábitats locales, que son en los que ejercemos nuestra función jurisdiccional.

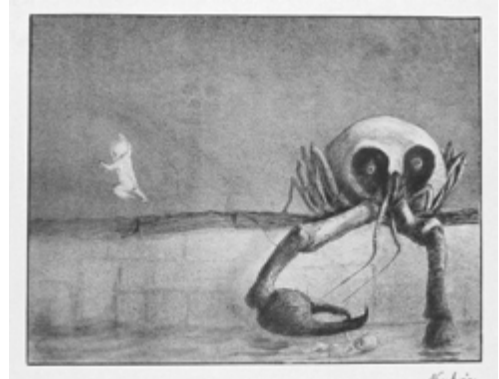
Hemos expresado un ejemplo de enmarcación argumentativa para la resolución de un caso con un marco que desborda el positivismo, pero observemos que no nos hemos escapado del mismo. No hemos acudido a principios o criterios metajurídicos, o a la esfera del *deber ser*. Nos hemos mantenido en una realidad obligacional y en compromisos nacionales e internacionales. Se ha hecho una búsqueda de fuentes en lo que nosotros hemos llamado el *pluspositivismo*. Este es la integración del marco legal con las nuevas fuentes jurídicas que nacen del mundo globalizado.

En resumen: el horizonte legal ha quedado desbancado por la pluralidad de fuentes que nacen de concebir el mundo como un espacio común de todos y para todos, en el que los jueces somos actores privilegiados para acompañar su ordenación.

El mundo físico y las personas individuales y jurídicas que lo habitan deben contemplarse más allá de nuestros compromisos territoriales, introduciendo dinámicas efectivas de interpretación del derecho que, apoyándose en los diseños globales, satisfagan los mismos, dando soluciones realistas acomodadas a los problemas que el mundo actual presenta.

La concepción sistémica, ya enunciada, en la que el todo es más importante que sus partes, sirve para encaminar al derecho a su eje central que es el hombre. Y la persona no es una individualidad exclusivamente, sino que es un ser social y como tal exige su cualidad de constituir un fin en sí misma. Si el derecho atiende a la persona, la sociedad exige a los jueces el que lo interpreten y apliquen considerando al hombre y su entorno como su objeto axial.

Superar el positivismo judicial es una tarea del tiempo en que vivimos deshaciéndonos de los viejos esquemas que limitan las fuentes creativas del derecho y los medios de interpretación del mismo. Los jueces nos encontramos en una posición privilegiada y única para ello pues somos los encargados de integrar las normas legales en la realidad, y es la realidad no sólo la concreta que se nos presenta, sino aquélla en la que el mundo se desenvuelve. Ello también exige a los jueces una concepción



Alfred Kubin, *El momento del nacimiento*, 1902

de su función desde la perspectiva activa, con la que se practique constantemente la actualización del derecho en la práctica social.

Presentamos un caso de *pluspositivismo* que es el de los objetivos de desarrollo sostenible. Creemos importante su real implantación, pero no porque lo deseemos, sino porque es un objetivo global del mundo con una finalidad concreta. Participar en este fin es una obligación, no un propósito. Y, hablamos de objetivos mundiales, no de concretas ideologías coyunturales. Los jueces tenemos en nuestras manos una realidad que nos implica a todos y a todo y a la que los órganos judiciales debemos estar atentos porque los derechos universales del hombre no se juegan sólo en nuestros textos políticos o constitucionales, nacionales o supranacionales, sino en la realidad del mundo donde vive el hombre. Y, desde luego, de forma inexcusable estamos obligados a aplicar el derecho concretando los objetivos mundiales en nuestro propio entorno físico y personal.

La guerra de los jueces

José Antonio MARTÍN PALLÍN

1. Introducción

En un sistema democrático, las contiendas políticas se dilucidan mediante el debate ideológico que se confronta temporalmente en las urnas. A nadie puede extrañar que algunas veces las tensiones alcancen un nivel inadecuado para las reglas y los principios que deben regir el debate propio de una sociedad pluralista. En tiempos recientes se ha interferido en la vida política un protagonista indeseable y que no está llamado, por su papel constitucional, a decantar la lucha por el poder, interviniendo con notoria extralimitación de sus funciones. El fenómeno ha alcanzado tales dimensiones que en el mundo de la Ciencia Política se le ha bautizado con una expresión inglesa *lawfare* (contracción gramatical de las palabras *law* (ley) y *warfare* (guerra). Según el diccionario de la lengua inglesa de Oxford, el término se emplea para definir las acciones judiciales emprendidas como parte de una campaña en contra de un país o de un grupo político o social.

La judicialización de las contiendas políticas es una realidad que se produce por la concurrencia de dos factores. Por un lado, la iniciativa de los partidos políticos o de estafalarias asociaciones o individuos que deciden instrumentalizar la actividad judicial con denuncias, querellas o demandas y por otro la excesiva receptividad de estas pretensiones en algunas sedes judiciales que no ponen coto a su viabilidad, a todas luces injustificables. La persecución judicial

permite obtener diversos resultados, desde detener indebidamente a los adversarios políticos, paralizar financieramente partidos políticos y desprestigiar oponentes, hasta debilitar o deponer gobiernos. La guerra judicial alcanza sus cotas máximas cuando se convierte en un verdadero golpe de Estado blando que permite el acceso indebido al poder político sin utilizar las fuerzas militares, manipulando las leyes e invocando las divisiones internas de las sociedades, potenciadas por las redes sociales y los medios de comunicación.

La utilización del *lawfare* como estrategia se comenzó a gestar a principios del siglo XXI, después de una amplia reflexión y debate en el ámbito de los estudios estratégicos de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos. La experiencia de los golpes militares directos o indirectos, sobre todo en países de Latinoamérica, los llevó a cuestionar la utilización de esos métodos violentos por el rechazo de la comunidad internacional. Además, como sucedió en Argentina, la Junta Militar fue condenada por delitos de lesa humanidad, estando en la actualidad estos hechos penados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Alguna mente preclara apuntó sagazmente que se podía conseguir los mismos efectos de subversión del orden constitucional y de los cambios de gobierno, utilizando Tribunales de Justicia conservadores, proclives a las tesis neoliberales, para eliminar a políticos que no compartían esas ideas, neutralizándolos y persiguiéndolos con la utilización espuria de las leyes penales.

Con este procedimiento se encarceló a Lula en Brasil y a Evo Morales en Bolivia. Este último y Rafael Correa, terminaron exiliándose. La operación era más limpia e incluso se podía revestir con el falso manto de la legalidad, interpretada y decidida por jueces corruptos y golpistas. Al mismo tiempo, evitaban las salpicaduras que podrían producirle si intervenía el ejército estadounidense. Los excesos podrían llevar a soldados norteamericanos a la Corte Penal internacional. En este punto hay que reconocer que George Bush hijo fue claro y meridiano al manifestar su negativa a firmar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, alegando que ningún soldado norteamericano se podía sentar ante un tribunal extranjero.

Según los datos de que se dispone, el primer estudio sobre el tema, analizado con criterios jurídicos, se realizó por el coronel estadounidense Charles J. Dunlap Jr. en un ensayo del año 2001 para el Harvard's Carr Center. En este ensayo, Dunlap define «guerra jurídica» como «el uso de la ley como arma de guerra.» Para activar la guerra jurídica se necesitan jueces proclives ideológicamente a la instrumentalización de la ley que se presten a conculcar la reglas del juego de un proceso con la garantías propias de una sociedad democrática. Admite que, al haberse desechado y superado el sistema inquisitorial, que permitía la tortura para conseguir pruebas, no queda más remedio que ajustarse a un sistema procesal que establece el *sistema acusatorio y adversarial*. La búsqueda de la verdad fue reemplazada por la clasificación de los asuntos y el refinamiento del combate. La *persecución judicial* reemplaza ir a la guerra y el duelo es con palabras en lugar de con espadas. ¿Pero es esto suficiente?

Otro autor, como John Comaroff, describe la persecución judicial como una «guerra de derecho internacional», y la

menciona como uno de los medios que puede ser llevada la acción ofensiva contra el enemigo sin recurrir a las armas. El libro de estrategia militar guerra sin restricciones (*Unrestricted Warfare*), de los escritores chinos Qiao Liang y Wang Xiangsui, propugnan la necesaria colaboración de la «guerra mediática», manipulando los medios de comunicación para que sirvan como órganos de propaganda, con el fin de provocar una enorme presión pública en contra de una persona, un grupo o una causa visualizada como enemiga. De ese modo es posible debilitar la moral del enemigo. Estos métodos son los más utilizados en una campaña judicial orquestada.

En nuestro país, la utilización de la guerra jurídica por parte de algunos jueces y tribunales pretende interferir indebidamente en el espacio que pertenece exclusivamente a las contiendas políticas. De momento, no se trata de dar un golpe de Estado derribando a un gobierno, limitándose a socavar los principios rectores de una sociedad democrática, comprometiendo la imparcialidad de los jueces al desviarse clamorosamente del principio de legalidad, al posicionarse a favor de una determinada ideología política.

Las estadísticas nos indican que existe una hiperactividad judicial en materias que son estrictamente políticas y también en otras que pudieran estar relacionadas con aspectos más propios de otras instituciones del Estado que de la función judicial. Creo que estamos reproduciendo un fenómeno que ya se ha producido en otras latitudes y fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica donde esta forma de actuar de los órganos judiciales, se conoce como «activismo judicial». Sorprendentemente, dos presidentes de los Estados Unidos, Nixon y Reagan, emprendieron campañas electorales que lanzaban el mensaje de la necesidad de controlar al

Tribunal Supremo. Sus proclamas eran falaces, ya que prometían que nombrarían jueces fieles a la separación de poderes y a la Constitución, para reemplazar a jueces tachados de activistas que, según se decía, estaban usurpando el poder que pertenecía al pueblo. En realidad, querían eliminar jueces con criterio independiente, que se había atrevido a cuestionar las políticas conservadoras.

La verdadera intención de Nixon y Reagan era introducir en el Tribunal Supremo un activismo judicial conservador y reaccionario, que neutralizase a los jueces que consideraban liberales, en el buen sentido de la palabra, que se habían significado por su defensa de las minorías, de la libertad de expresión, del aborto o de los derechos de los homosexuales. La estrategia ha tenido éxito y su plasmación máxima se encuentra en la reciente sentencia del Tribunal Supremo norteamericano sobre el aborto. El antídoto frente a estas posibles veleidades que desprestigian al Poder Judicial ante la sociedad consiste en lo que también en la ciencia jurídica norteamericana se conoce como la *self restriction* o autocontención, que obliga a los jueces a examinar si los asuntos que llegan a sus sedes tienen un contenido estrictamente jurídico o exclusivamente político.

Es evidente que la forma de razonar de los jueces norteamericanos es diferente a los que, como los españoles, pertenecemos al sistema continental. En nuestro mundo, con frecuencia los jueces pretenden ampararse en la técnica para envolver, con mayor o menor disimulo, sentencias basadas en prejuicios y en algunos casos en una arbitraria discrecionalidad. En nuestro país, el principio de la división de poderes se encuentra especialmente protegido en nuestra Constitución y también en el Código Penal, que castiga los delitos contra las instituciones del Estado y la di-

visión de poderes. Sin embargo, estamos viviendo unas decisiones judiciales que, despreciando el principio de la división de poderes, permite, condenar a los representantes de la soberanía popular por realizar actos que entran en el espacio acotado de la autonomía parlamentaria.

2. El poder judicial invade las competencias de los parlamentos

La autonomía parlamentaria es un mecanismo protector de las Cámaras, tradicional en nuestra historia constitucional y común en derecho comparado. No supone una inmunidad absoluta frente al derecho y la ley, sino la existencia de un derecho propio elaborado por las Cámaras, adoptado mediante importación selectiva o remisión a otras normas. Los sistemas democráticos parlamentarios se protegen de las injerencias externas, forjando a su alrededor un escudo que tiene como concepto básico el de la autonomía.

Este blindaje no responde a una pretensión o privilegio de los parlamentarios, sino que es una consecuencia del principio de la soberanía popular que se encarna en las Cortes generales. Como señala el Tribunal Constitucional (ATC 52/1994): *«El principio de autonomía parlamentaria, constitucional y, en este caso, estatutariamente garantizado, dota a la Asamblea Legislativa de una esfera de decisión propia parlamentaria, constitucional y, en este caso, estatutariamente garantizado, que únicamente puede ser sometida a la fiscalización de este Tribunal en la medida en que por un acto de la Cámara se apliquen de manera desigual las normas que rigen su vida interior, o cuando del mismo resulte una lesión de la función representativa constitucionalmente encomendada a los parlamentarios que pueda repercutir en el derecho a la participación política de sus*

representados. En todo lo demás, el estatuto jurídico de los parlamentarios se configura “con arreglo a lo dispuesto en las Leyes” esto es, según la regulación jurídica que la propia Cámara aprueba en el ejercicio de su facultad de auto normación».

La lectura del artículo 72 de nuestra Constitución refuerza esta autonomía al establecer que las Cámaras redactarán y aprobarán sus propios Reglamentos. Es decir, tienen la capacidad de decidir por sí mismas su autorregulación (*autonomía normativa*), su financiación (*autonomía financiera*), elegir a sus órganos rectores –Presidencia y Mesa– su apoyo administrativo (*autonomía funcional*), y, en último extremo, su régimen interior.

Por si quedaba alguna duda sobre la primacía del sistema parlamentario, el artículo 66.3 de la CE, proclama que *las Cortes Generales son inviolables*. Esta expresión debe entenderse en el sentido de que, si las Cámaras no pudieran decidir por sí mismas en estos ámbitos, anteriormente mencionados, su posición política y constitucional quedaría seriamente mermada y, por ende, estarían expuestas a injerencias indebidas de otros poderes, legales o meramente fácticos.

La primera condición para que pueda existir un poder legislativo constitucionalmente fuerte, es la atribución de la capacidad de autorregulación. Esto es, que sus normas de organización, funcionamiento y desarrollo, sean aprobadas, modificadas o derogadas por la propia Cámara. Cuando el artículo 9.1 de la CE dispone que todos los poderes, incluido el legislativo, están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, no quiere decir que el régimen de funcionamiento interno (convocatoria de sesiones, plenos, controles parlamentarios y votaciones) pueda ser interferido por ninguna resolución judicial. Cuestión distinta es la posibilidad de

que las leyes aprobadas por el Parlamento puedan ser revisadas por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad. Pero, en ningún caso, las decisiones del Poder Judicial pueden afectar al régimen de funcionamiento de las Cámaras que establecen las Presidencias y las Mesas.

La intromisión judicial en las actividades y competencias de las Cortes Generales y de los Parlamentos autonómicos, constituye un grave atentado contra la soberanía nacional y el principio de la división de poderes, y, en definitiva, contra la democracia. Me preocupa profundamente que esta desviada actitud judicial (especialmente la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo) haya sido aceptada sin crítica ni rechazo alguno, por gran parte de la doctrina constitucionalista y penalista. No se ha puesto freno a este activismo político de un Tribunal de Justicia que debería actuar siempre dentro de la más estricta legalidad y en el desempeño de sus específicas competencias. Por el contrario, se ha tolerado una verdadera subversión del orden constitucional sin reacción política alguna y con el aplauso de gran parte de los medios de comunicación.

Significativamente, estas resoluciones, inauditas e incomprensibles, en cualquier sistema democrático parlamentario europeo, se han producido exclusivamente contra los Parlamentos de las comunidades autónomas vasca y catalana.

Así, por ejemplo, en el caso de Carme Forcadell, el TS, consideró que (la misma) *«hizo posible, desde su privilegiada posición de presidenta del Parlament, la creación de una legalidad paralela carente de validez»*, que sirvió *«de apoyo a la estrategia independentista»*, porque permitió introducir en el debate parlamentario la discusión y votación de las leyes de desconexión en el pleno del 6 y 7 de septiembre del 2017.

Los hechos son ciertos, pero no constitutivos de delito. Su actuación «determinó una encadenada sucesión de recursos e impugnaciones del Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional» que suspendían inmediatamente esas iniciativas. Es decir, el sistema reaccionó adecuadamente y las leyes fueron declaradas inconstitucionales. Hasta aquí nos movemos en la más absoluta normalidad democrática. Sin embargo, se afirma que esas advertencias «fueron altivamente desatendidas» por Forcadell, que «desoyó, una y otra vez, los requerimientos recibidos» del TC, pero también del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) y del juzgado de instrucción número 13 de Barcelona. ¿Alguien puede sostener, sin rubor, que esta actitud puede ser considerada como una desobediencia que denota una intención directa de provocar un delito de sedición, que exige un alzamiento público y tumultuario?

El TS sigue razonando: «Llegó a entorpecer gravemente el desempeño de la autoridad que se residencia en los tribunales de justicia, cuyos mandatos fueron claramente burlados». Con este atrabiliario argumento se sustenta el fallo, por el que se condena a Forcadell a 11 años y medio de cárcel y el mismo periodo de inhabilitación, por un delito de sedición. El Tribunal justifica esta condena argumentando que aquella tuvo un papel «*decisivo en la dirección de un proceso de creación normativa*» que, pese a su «más que evidente insuficiencia jurídica», sirvió de «ilusoria referencia para una ciudadanía que iba a ser movilizada como instrumento de presión al Gobierno del Estado».

La sentencia también atribuye a la expresidenta de la Cámara catalana haber «alentado, organizado y protagonizado actuaciones multitudinarias que entorpecieron la labor judicial», unas movilizaciones que «generaron importantes enfrenta-

mientos entre los ciudadanos y los miembros de los cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado» bajo la consigna «a la defensa de nuestras instituciones». Esta afirmación no concuerda con lo escuchado en los diferentes momentos que constan en las grabaciones de las sesiones del juicio oral.

La sentencia admite que el papel que corresponde a la Presidenta del Parlament y a su Mesa viene delimitado por los artículos 37 a 42 del Reglamento de la Cámara. Según su texto, compete a la procesada la aprobación del orden del día de las reuniones de la Mesa, y dentro de ésta la dirección de los debates con imparcialidad. La Mesa tiene por misión, entre otras funciones, «calificar, de conformidad con el Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, y declarar su admisión o inadmisión a trámite». El TS expresa que «desde el marco de actuación así delimitado, la Sra. Forcadell permitió la incorporación al orden del día de la Mesa de iniciativas que contravenían frontalmente lo acordado por el Tribunal Constitucional».

Con ello, atribuye a un órgano institucional como el Tribunal Constitucional, la potestad de interferirse en las facultades emanadas de la soberanía popular que tiene la presidenta, para regir y ordenar los debates del Parlament, admitir a trámite las mismas y darles curso parlamentario. Insiste la sentencia en imputarle que no frenó la posibilidad del debate en el Pleno, con notorio desconocimiento de la jerarquía de valores que rigen en una sociedad democrática. La autonomía de un Parlamento en cuanto a su régimen interno no puede ser interferida por órgano alguno y mucho menos ser constitutiva de delito.

En un sistema democrático ideal, elaborado en la tranquilidad, la reflexión y el debate suscitado en un seminario de constitucionalistas en una Facultad de Derecho, la perfección política que proporciona el

sistema de división de poderes, tendría que asentarse en el estricto cumplimiento, por cada uno de ellos, de las respectivas funciones que les corresponde. Pero, cuando el esquema se proyecta sobre la realidad, se observa, con demasiada frecuencia, que el Poder Ejecutivo tiene una irrefrenable apetencia de convertirse en el protagonista hegemónico de todo el entramado. No en vano estamos asistiendo paulatinamente a la sustitución de los sistemas parlamentarios puros, por sistemas presidencialistas. El legislativo intenta mantener su competencia, si bien teóricamente debería ocupar un lugar prioritario, al ser el depositario y representante de la soberanía popular y ostentar la capacidad de elaborar las leyes que sirven para preservar la convivencia.

El Poder Judicial debería limitarse a su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según el marco de competencias determinado en las leyes y en los tratados internacionales. Los jueces tienen la obligación y la responsabilidad de proteger los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y evitar que puedan ser restringidos, menoscabados o inaplicados. En mi opinión, el peligro del intervencionismo expansivo del Poder Judicial, interviniendo en materias que le son ajenas, radica en una interpretación extensiva del sometimiento de todos los poderes públicos al imperio de la ley y de la confusión entre el control de la actividad administrativa del Gobierno, en su faceta de Administración pública, sin distinguirla de la actividad política del Poder Ejecutivo. Las consecuencias de esta errónea y peligrosa concepción de la potestad jurisdiccional inciden negativamente sobre el equilibrio de poderes y la estabilidad democrática. Es justo reconocer que, en la mayoría de las ocasiones, determinados órganos judiciales actúan impulsados no por iniciativa propia, sino activados por los partidos políticos que,

estiman, según sus cálculos, que les resulta más rentable judicializar cuestiones que no podrían alcanzar por las vías establecidas en los sistemas parlamentarios. Ahora bien, los jueces tienen la responsabilidad de rechazar las pretensiones que exceden del campo de sus competencias e invaden espacios exclusivamente reservados a la confrontación y el debate propio de la vida política. En España este problema está adquiriendo dimensiones preocupantes. Es urgente reconducir la función de los jueces a su específica participación en el tríptico de la división de poderes.

El Poder Judicial desempeña un papel esencial para la consolidación del Estado de Derecho, pero su actuación no puede ser, al mismo tiempo, un factor que contribuya a su desestabilización. El artículo 1.º de la Constitución afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Nuestro texto constitucional (artículo 117) proclama que la justicia emana del pueblo y que se administra en nombre del Rey. Esta última referencia me parece incongruente, en cuanto que, si la justicia es una emanación de la soberanía popular, las sentencias deberían estar encabezadas, como sucede en otras democracias, con la fórmula: «*En nombre del pueblo español*».

El poder de los jueces se encuentra en una difícil situación de equilibrio entre los otros dos poderes del Estado, el Legislativo, legitimado por la soberanía popular y el Ejecutivo, que recibe, a su vez, la legitimidad de la soberanía popular a través de su elección o destitución por el poder Legislativo elegido por los representantes de la soberanía popular. En principio la Constitución no es muy precisa a la hora de delimitar al ámbito de las competencias

del Poder Judicial al limitarse a declarar en el artículo 117 cual es el territorio competencial que corresponde a los jueces y tribunales.

Los que sostienen que no existen actuaciones del poder ejecutivo que no estén sometidos a la ley, es decir a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, posibilitan que cualquiera de sus decisiones pueda ser sometida a la fiscalización de los jueces y tribunales. La regulación del Poder Judicial como el intérprete de la ley, con capacidad para anular cualquier decisión del Gobierno, confiere a los jueces un peligroso y conflictivo poder de decisión que le puede llevar a erigirse en un poder superior al de los propios legisladores que elaboran las leyes y a los Gobiernos que dirigen la política civil, militar e internacional del Estado.

Es cierto que el Poder Judicial, según la Constitución, está integrado por jueces y magistrados independientes y sometidos al imperio de la ley, por lo que no se puede generalizar la extensión de estas conductas intervencionistas a todo el cuerpo judicial compuesto, en estos momentos, por más de 5300 jueces y juezas. Por otro lado, también conviene destacar que, en algunas de las decisiones más conflictivas, se pueden encontrar votos disidentes.

Esta indeseable situación también se ha producido en otros países con sistemas judiciales diferentes. El efecto perturbador ha sido analizado con especial preocupación, en el sistema norteamericano, que no ha dudado en calificar y denunciar lo que consideran un peligroso activismo judicial. A los que buceamos en el derecho comparado, nos ha llamado la atención el fenómeno que se ha producido en el Poder Judicial en los Estados Unidos de Norteamérica. Los que han analizado su larga historia, han podido comprobar, cómo los jueces han tenido la capacidad de desmon-

tar políticas de gobierno tanto liberales como conservadoras.

En relación con la intervención en asuntos políticos, los jueces, cuando se internan por este dificultoso y pantanoso territorio, deben ser conscientes del terreno que están pisando y de las posibilidades de invadir competencias de los otros poderes del Estado. Por tanto, sin perjuicio de pronunciarse porque así se lo han demandado los que no dudan en politizar la actividad de los Tribunales, están obligados a valorar la necesidad de auto restringirse y rechazar las peticiones que se le han formulado fuera del marco de sus específicas competencias.

En un estudio realizado sobre las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, se llama la atención sobre la dificultosa homologación entre el sistema norteamericano y el sistema continental europeo. Trata de resaltar dos cuestiones que, en cierto modo, están presentes en cualquier resolución judicial; una de ellas es el uso y al valor del precedente o de la jurisprudencia y otra, que es la que más me interesa, desde mi perspectiva y desde esta exposición que les hago, es el papel del Tribunal Supremo en la vida política y pública norteamericana.

En mi opinión, la jurisprudencia no es palabra de Dios. Mi admiración por el profesor Rubio Llorente no me impide disentir, en cierto modo, de una frase suya en la que dice que la certeza del derecho y la seguridad jurídica exigen que el juez quede vinculado hacia el futuro por la regla que el mismo creó. Precisamente el peligro es que el juez se convierta en creador de normas. El Tribunal Supremo norteamericano (y también es posible en nuestro sistema), está abierto a la posibilidad de flexibilizar y rectificar las líneas de la jurisprudencia, convirtiéndolas en un camino para adaptarse al signo de los tiempos, dicho en los

términos que señala el Código Civil, a la realidad social del tiempo en el que las normas deben ser aplicadas.

Una muestra de lo que hemos señalado, lo podemos encontrar en el libro de Eduard Lambert, constitucionalista francés estudioso del sistema norteamericano: *El gobierno de los jueces*. Advierte que los jueces, muchas veces, se olvidan del caso concreto que tiene entre manos, tratando de elevarse sobre el mismo para poner en cuestión decisiones que emanan de la política que corresponde a otros poderes del Estado.

El mismo autor señala críticamente que: «En el reino del derecho constitucional (los jueces) se complacen en afirmar que no son ellos los que hablan, sino que es la Constitución la que habla por ellos mismos, regulando las disputas sobre las que se admite que la Constitución habla. La Constitución no está constantemente muda, habla muchas veces con una voz tan débil, que únicamente la mayoría simple del Tribunal puede escuchar su voz. Sin embargo, las opiniones judiciales raras veces reconocen el hecho patente».

El profesor Lambert también advierte que: «Mientras los jueces se las den de autómatas, cuando en realidad ellos son los sabios árbitros de la "acción pública" y de las exigencias prácticas, ocultarán necesariamente su sabiduría bajo el manto de un conceptualismo supuestamente vinculante que convierte en confusas muchas de las cosas que, sin él, sería simples y claras. Destaca una cita del profesor Gray tomadas de una frase del obispo Hoadley: «Cuando uno tiene autoridad absoluta para interpretar leyes escritas u orales, él es en realidad el legislador en todos los sentidos y a todos los efectos y no la persona que las ha escrito o dictado».

En los sistemas constitucionales como el nuestro, las dificultades para establecer

un verdadero sistema de contrapesos y balanzas radican en que, en definitiva, tanto el texto de la Constitución, de la que es el sumo intérprete el Tribunal Constitucional, como la misma ley constitucional y el ordenamiento jurídico se encomienda, sin matices, en manos de los jueces. Sin embargo, la política interior y exterior, así como la administración civil y militar y la defensa del Estado corresponden al Gobierno, que ejercerá esta función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97 la Constitución). Además, la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (artículo 103 de la Constitución).

En su *Tratado sobre la organización judicial y la codificación* (1843), Jeremías Bentham nos recuerda que: «La palabra independencia es muy hermosa cuando se aplica al esfuerzo moral de un juez que se resiste a la autoridad y a los empeños poderosos; pero es necesario no dejarse engañar con esta palabra; porque si se abusa de ella para sacar por consecuencia que un juez debe ser independiente hasta el punto de no tener que dar cuenta de su conducta, de mirar con indiferencia la opinión pública, de considerar su empleo como una propiedad que no puede perder sino por causa de prevaricaciones justificadas, en breve veremos los resultados deplorables en la negligencia de sus obligaciones o en su altanería y el despotismo de sus modales».

La independencia no consiste en adoptar una posición autoritaria tratando de alejar a las partes de la participación en los debates e imponer sus reglas sin tomar en consideración las complejidades propias de cada conflicto que se somete su consideración y decisión. La independencia no es

incompatible con la cercanía y con la necesidad de profundizar en el conocimiento de los hechos y las circunstancias que concurren en cada caso concreto.

3. La privación de la condición de parlamentario a Alberto Rodríguez, sin base jurídica alguna

Para ilustrarme y despejar las muchas dudas que siempre me asaltan cuando me enfrento a un tema jurídico, tengo a mano, como libro de cabecera, la monografía de Stéfano Rodotà, uno de los más ilustres juristas contemporáneos, titulada *La vida y las reglas*, y que tiene como subtítulo: *Entre el derecho y no derecho*. El título me lo ha sugerido el caso del parlamentario canario de Unidas Podemos, Alberto Rodríguez. El debate judicial, concentrado en el acto del juicio oral, se ha ajustado a las reglas establecidas por las leyes procesales. Es decir, se ha escuchado al acusado, a un solo testigo, el policía que recibió la patada, se han examinado vídeos y dictámenes forenses y se ha concluido con los alegatos finales.

Sin embargo, en mi opinión, la sentencia adolece de gravísimas carencias en cuanto al cumplimiento de las exigencias constitucionales que imponen a los jueces el deber de motivar razonadamente, porque el contenido de las pruebas examinadas lleva a la conclusión de que existe una base, más allá de la duda razonable, para condenar al acusado, en este caso, por un delito de atentado a un agente de la autoridad. La lectura del voto mayoritario nos produce una profunda preocupación. Rompe, de manera incomprensible, con el principio de presunción de inocencia. El policía lesionado declara que el acusado le propinó una patada en la rodilla, mientras el acusado lo niega.

Ante esta confrontación de versiones divergentes, la Sala reconoce que el Inspector jefe señaló que, mientras estuvo al frente del operativo policial hasta que éste finalizó, no vio al acusado en el lugar. El agente de la autoridad admite que «los compañeros le comentaban que el Sr. Rodríguez tenía antecedentes de violencia en otras manifestaciones. Que lo que él recuerda son actitudes normales del acusado en otras manifestaciones». Los vídeos no recogen el momento de la patada, pero, según la sentencia, acreditan que el acusado estuvo en el lugar, admitiendo que aunque fuese al final del incidente, todavía había tensiones. En el fondo se observa una clara tendencia a desvirtuar las manifestaciones exculpatorias del acusado por su habitual participación en reivindicaciones y protestas.

Nos encontramos ante una injustificable aplicación del Derecho Penal de autor inadmisibles en una sociedad democrática. Afortunadamente existen dos votos particulares que sitúan el debate procesal en los términos que exige la consolidada doctrina de la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales. Su discrepancia es radical, según sus propios términos, por estimar que la valoración de la prueba se basa en un único testigo que no ve corroborada su versión por ninguno de los policías que conformaban el operativo. Recuerdan que la mera conjetura como prueba inculpatoria aniquilaría la presunción de inocencia como conquista que se ha consolidado, como garantía intangible en una sociedad democrática. Me parece reconfortante que los disidentes citen, una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la que se rememora lo sucedido en un juicio que presidía el Emperador de Roma. El César sostiene que no es admisible declarar inocente a una persona por haber negado los hechos. La réplica,

en forma de pregunta, no se hizo esperar: «¿si fuese suficiente con acusar, qué les sobrevendría a los inocentes?»

En la sentencia que da lugar a la condena concurren varias circunstancias. En primer lugar, la lejanía en el tiempo de los hechos que se enjuician, que necesariamente difuminan la verosimilitud y certeza de la acusación. En segundo lugar, afectan al ejercicio del derecho de manifestación y protesta. En tercer lugar, incide sobre la condición de parlamentario, es decir, de representante de la voluntad popular del acusado; y en cuarto lugar, la decisión podría afectar a la composición del Congreso de los Diputados, alterando la voluntad popular.

A pesar de que no se ha condenado al parlamentario a una pena privativa de libertad, de forma inusual el Tribunal Supremo comunica la sentencia a la Junta Electoral Central; no alcanzo a comprender con qué motivo, porque no es previsible una cita electoral inmediata. Algunos arriesgados opinantes han dejado caer que podría existir una causa de inelegibilidad sobrevenida que le privaría de su escaño. Semejante disparate solo puede surgir de mentes desinhibidas que piensan, a la vista de recientes acontecimientos, que está el campo abonado para cualquier dislate jurídico. Algunos aman tanto la Constitución que no se atreven a leerla para no desgastarla. El art. 9.3 les puede sacar de dudas sobre la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras y la seguridad jurídica que le proporciona haber concurrido a las elecciones sin tacha alguna de inelegibilidad.

El artículo 6 de la Ley General Electoral considera inelegibles solamente a los condenados a penas privativas de libertad. Nuestro Código Penal, al establecer la clasificación de las penas en el artículo 33, no contempla la existencia de una pena privativa de libertad inferior a tres meses por estimar que no produce ningún efecto re-

habilitador o resocializador. No hace falta ser un experto jurista, basta con saber leer e interpretar gramaticalmente el art. 71. 2 de nuestro Código Penal para llegar a la conclusión de que Alberto Rodríguez no puede ser condenado a ninguna pena de privación de libertad. No se trata de una conmutación de la pena privativa de libertad sino de la sustitución, por imperativo legal, de la prisión por una multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. La expresión que emplea el legislador es tajante, en todo caso, por lo que los tribunales tienen que decantarse por lo señalado en la ley. No deja alternativa al juzgador, las únicas penas que puede imponer son las que hemos mencionado. El condenado y la Mesa del Congreso deben solicitar del Tribunal Supremo, al amparo del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una aclaración y rectificación de la condena impuesta.

Existe una contradicción patente entre la ley y el fallo condenatorio. Corregir los errores dignifica la función judicial. Si las reglas de la vida y del Derecho, como sostiene la monografía de Stefano Rodotà, se imponen, se esperaba que tanto la Junta Electoral Central como la Mesa del Congreso de los Diputados, se limitasen a tomar conocimiento de la condena definitiva. El reglamento del Congreso de los Diputados no contempla la suspensión del cargo, en el caso de una pena de multa. Alberto Rodríguez ha pagado la multa. Ya veremos cuál es la decisión de las sucesivas instancias: el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso, el derecho se encarna en el voto disidente, y el *no derecho* está materializado, lamentablemente, por la sentencia condenatoria.

A pesar del despropósito, la Sala sentenciadora olvida el contenido del artículo 56 del Código Penal, en el que se especifi-

can las penas accesorias que llevan consigo las penas privativas de libertad. Según su texto son: suspensión de empleo o cargo público; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y por último, la inhabilitación especial para empleo o cargo público siempre que este derecho hubiera tenido relación directa con el delito cometido, *debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación*.

La omisión de este pronunciamiento supone que el tribunal sentenciador ha descartado las dos opciones de las que disponía, la suspensión y la inhabilitación para cargo público. En ningún momento, la Sala sentenciadora ha corregido, matizado, aclarado o explicado por qué considera que existen estas penas accesorias, a pesar de la inexistencia de una pena de prisión inferior a tres meses.

El presidente de la Sala parece que quiere, una vez más, confrontarse sin motivo ni causa legal alguna, con la institución que encarna la soberanía popular según el texto constitucional. No es la primera vez que lo hace y me temo que, si no se corrige, no será la última. Si se persiste en el error, finalmente será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (eso sí, a largo plazo), el que vuelva a anular una sentencia que pretende instaurar un antidemocrático gobierno de los jueces sobre la totalidad del espectro de los poderes del Estado.

4. Reflexiones finales

La ley impone a los jueces la obligación de rechazar de plano todas aquellas denuncias o querellas que carezcan manifiestamente de contenido delictivo, dado que la apertura de un proceso para practicar unas diligencias absolutamente innecesarias solo sirven para convocar a los medios de comunicación en las puer-

tas de los juzgados. El referido rechazo debe ser inmediato, para no perjudicar gravemente el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión o como el libre ejercicio de derechos fundamentales.

Los ciudadanos que contemplan como las cuestiones políticas son instrumentalizadas e indebidamente judicializadas cobrarían su fe en la justicia si esta permanece ajena a las presiones de los partidos políticos y de los medios de comunicación. Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es una actividad tan valiosa para la concordia y la paz social que nunca puede caer en la tentación de convertirse en un instrumento de luchas y confrontaciones propias del pluralismo consustancial a una sociedad democrática. Un ejemplo peligroso sí ha puesto de relieve por una decisión de la sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo en la que admite la legitimación de los partidos políticos para impugnar los decretos del Gobierno en los que se acuerda la concesión de la gracia del indulto a los políticos catalanes condenados por los delitos sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia. La resolución, por su contenido y también por la carga política que encierra, constituye un paradigma de lo que he tratado de desarrollar a lo largo de este artículo: es decir, una forma de alimentar la guerra política con resoluciones judiciales.

Lo que pretendo transmitir en este trabajo es la evidencia de que existen partidos políticos que instrumentalizan la justicia, así como jueces que participan conscientemente en las aspiraciones políticas de los partidos recurrentes.

Nuestro sistema judicial no puede constituir una anomalía o incluso una extravagancia en los sistemas judiciales europeos, que, cada vez más, tienden a una unificación en virtud del Tratado de Fun-

cionamiento de la Unión Europea, que, a través de su creación normativa, impone unas pautas y unos principios que deben ser observados, si no se quiere poner en peligro el propio sistema democrático. En el caso de Atuxa, tuvo que ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que, en virtud del Convenio Europeo de derechos fundamentales y libertades públicas, anulase la sentencia condenatoria, pero no por razones de fondo, sino porque se había modificado una sentencia absolutoria sin base jurídica alguna.

Las decisiones de los tribunales europeos, en relación con los acontecimientos que desembocaron en una sentencia condenatoria contra los líderes independentistas por el delito de sedición, han puesto de relieve que la figura delictiva que contiene el Código Penal español no encaja en los parámetros que permiten castigar acontecimientos similares en el resto de la Europa democrática. Como es sabido, la Orden Europea de Detención y Entrega contiene un catálogo de treinta y dos delitos en los que la entrega al Estado requirente es automática. En este listado no se hace referencia explícita y nominativa al delito de sedición. En consecuencia y según la misma norma, los tribunales del Estado requerido pueden examinar las circunstancias que concurren en cada caso para decidir si deniegan o aceden a la entrega.

Los tribunales belgas y alemanes, especialmente el de Schleswig-Holstein, han rechazado de forma contundente la pretensión de considerar delictivos los acontecimientos que se produjeron ante la Consejería de Presidencia y Hacienda de la Generalitat, 20 septiembre de 2017, y en los colegios electorales, durante la votación del 1 de octubre. Esta misma postura se mantiene por Suiza y Escocia e Italia. Puigdemont ha podido recorrer toda Europa e incluso acercarse a la frontera española.

Esta actitud de los tribunales europeos nos debe hacer reflexionar sobre la adecuación del delito de sedición, tal como está regulado en nuestro Código Penal, para hacer frente a conductas futuras que, en definitiva, pudieran ser consideradas como delitos contra el orden público en la modalidad de desórdenes públicos. Desde hace tiempo, catedráticos y profesores de derecho penal, jueces y fiscales que integramos el Grupo de Estudios de Política hemos debatido y publicado recientemente una propuesta para una nueva regulación de los delitos contra las Instituciones del Estado y por supuesto abordábamos el tema del delito de sedición. Se incide en su deficiente regulación y se critica su consideración como una especie de hermano menor de la rebelión, su falta de taxatividad y las penas desproporcionadas.

La historia de España desde el siglo XIX está salpicada por numerosas asonadas, levantamientos, cuarteladas, rebeliones y golpes de Estado. Todos estos sucesos son equiparables al concepto de sedición según las fuentes históricas. El diccionario de María Moliner la equipara y define como sublevación particularmente militar. En nuestro ordenamiento penal, hasta el Código de 1995, se regulaban dentro del mismo título, lo que no sucede en la actualidad, que considera la sedición como un delito contra el orden público.

El Código Penal, en el título en el que castiga los delitos contra el Orden Público, considera sediciosos a los que se alzan pública y tumultuariamente para impedir por la fuerza o fuera de las vías legales la aplicación de las leyes. Se añade como conducta análoga impedir a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, también a los que de la misma forma se opusieren al cumplimiento de las resolu-

ciones administrativas o judiciales. La pena básica es la de ocho a diez años de prisión, que se eleva hasta quince años cuando los autores fueran personas constituidas en autoridad. En ningún Código Penal de una sociedad democrática se castigan los desórdenes públicos con la misma pena que el homicidio.

El derecho penal es el instrumento que utilizan las sociedades civilizadas para proteger determinados bienes jurídicos castigando aquellas conductas que perturban la convivencia y la paz social. La respuesta punitiva tiene que ser proporcionada a la entidad de los bienes y valores agredidos. Nadie discute que la vida y la integridad física merecen la máxima protección y que la propiedad debe ser objeto de amparo penal. Existen otros bienes jurídicos dignos de protección que se integran en todos los Códigos penales. Su regulación debe regirse por los mismos principios.

En relación con el buen funcionamiento de las instituciones, nuestro Código Penal recoge delitos contra la Constitución, delitos contra el orden público, delitos contra la Administración de Justicia, la Administración pública, contra la paz o la independencia del Estado o contra la Comunidad Internacional, entre otros. Una correcta técnica legislativa exige encajar los hechos delictivos dentro de la rúbrica que numera los títulos del Código penal. El delito de sedición, en el momento presente, se considera como un delito contra el orden público, en el cual se contienen además los desórdenes públicos.

El denominador común a todos los actos delictivos que se contienen en el actual tipo penal de la sedición es el alzamiento público y tumultuario; en los desórdenes públicos se exige solamente una alteración de la paz pública con actos de violencia contra las personas y cosas. En la vida real es difícil imaginarse un deli-

to de sedición o un *alzamiento público y tumultuario* para impedir por la fuerza o fuera de las vías legales la aplicación de una ley. Más bien estos levantamientos se producen ante decisiones o resoluciones tomadas en el ámbito del Gobierno o de las autoridades gubernativas o resoluciones judiciales.

Frente a las airadas e infundadas protestas de los partidos de la derecha, conviene recordar que no se trata de eliminar conductas violentas para impedir el cumplimiento de la ley o las resoluciones iniciales, sino de encajarlas, como debe hacer el legislador, dentro de los delitos contra el orden público y considerarlas –como en la mayor parte de los países europeos– una forma de grave alteración del orden público con una pena proporcionada que oscila alrededor de los cinco años de prisión, año más o año menos, con absoluto respeto al principio de proporcionalidad, ya que en la mayoría de los casos se trata de la expresión de protesta frente a medidas judiciales o administrativas.

Estas reformas inciden, como es lógico, en la sentencia que condena a los dirigentes independentistas. Se puede sostener, con rigor jurídico, que los actos del 20 de septiembre y del 1 de octubre de 2017 no constituyeron actos típicos de alzamiento público y tumultuario o desarrollado a partir de conductas de fuerza o vías de hecho. Los acontecimientos mencionados se desarrollaron en el curso de una concentración, por lo que en principio se encuentran amparados por el ejercicio del derecho de reunión y el ejercicio de derechos fundamentales como es el derecho a votar. En relación con la multitudinaria movilización ciudadana del día 1 de octubre de 2017, los incidentes que se produjeron, aunque importantes, tuvieron carácter aislado. Mucha gente que no ha leído la sentencia omite que en esta se dice que, sobre las 14

horas, la Policía y la Guardia Civil recibieron la orden de retirarse *porque su actuación pudiera resultar desproporcionada*. Es decir, desde esa hora hasta el cierre de los colegios se pudo votar con normalidad. Finalmente, la sentencia afirma que la declaración de independencia relámpago quedó abortada por la publicación en el BOE del artículo 155.

Por ello a nadie debe extrañar que Europa nunca haya considerado el *procés*

como un delito de sedición y que la actuación del Gobierno y del Tribunal Supremo resulte un completo disparate político y judicial. En el momento de terminar estas líneas se ha conocido la presentación por los Grupos parlamentarios del PSOE y Unidas Podemos de una proposición de ley para suprimir el delito de sedición. Será necesario estudiar el texto en tramitación y el definitivo para sacar conclusiones sobre su alcance y consecuencias.

DOSIER. REFLEXIONANDO SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

Introducción

«El cuerpo de una obrera, al envejecer, revela cuál es la verdad de la existencia de clases».

Retour à Reims, Jean-Gabriel Périot

El fenómeno de la pandemia ha puesto en evidencia la inmensa vulnerabilidad del ser humano y la consecuente necesidad de un sistema público de salud que proteja a la ciudadanía, así como una estructura pública de cuidados, apenas existente en la actualidad.

Es por ello que dedicamos este dossier al derecho a la salud desde cuatro amplias perspectivas.

Así, Otilia Bisbal, médica del Hospital 12 de octubre de Madrid, realiza un estudio exhaustivo sobre el Sistema Nacional de Salud y las peculiaridades de la profesión sanitaria, la crisis sistémica generadora de unos índices elevadísimos de precariedad y temporalidad y el consecuente detrimento del servicio prestado a los pacientes. En este sentido, relata cómo estos fueron los motivos que llevaron al proceso de huelga en Madrid, sus consecuencias, y el actual estado de la cuestión.

Con respecto a los trabajos tradicionalmente feminizados, como son el de las “kellys”, el del empleo doméstico, o el de las residencias de mayores, contamos con el ensayo «Dejarse la vida en el trabajo», de los investigadores Nuria Alabao y Ernest Cañada. Su título resulta más que adecua-

do para describir las dolencias físicas y psíquicas que sufren estas trabajadoras y las necesidades de tratamientos farmacológicos constantes para paliar aquellas. El texto aborda con rigor determinadas causas que inciden en el empeoramiento de sus condiciones laborales, como la reforma del 2012 que se tradujo en la posibilidad de externalizar la actividad de limpieza en el sector de la hostelería, evitando la aplicación de su Convenio colectivo, o la destrucción paulatina del Estado de Bienestar que agudiza la inexistencia de un sistema público de cuidados. Esta dimensión teórica se asienta en las voces de las protagonistas, pudiendo sentir en primera persona los intensos sufrimientos derivados de esta situación.

Fernando Santos Urbaneja, Fiscal Delegado de Apoyo a Personas con Discapacidad en Andalucía, aborda, por su lado, una severa crítica a la Administración de Salud y Servicios Sociales, que, en materia de salud mental, se inhibe de sus responsabilidades, de forma que muchas personas enfermas son castigadas por la justicia penal al cometer delitos como consecuencia de sus trastornos. Propone como contrapartida la construcción de dispositivos eficaces de atención y seguimiento domiciliario y en la calle para aquellas. En el mismo sentido, aboga por que el Parlamento apruebe una reforma que

excluya del objeto de los juicios rápidos los delitos de maltrato familiar y contra los agentes de la autoridad. Igualmente se ocupa de la problemática de personas reclusas con problemas de adicción o salud mental, recordando los Informes del Defensor del Pueblo al respecto, así como los dedicados a los derechos de los pacientes dentro de los Centros y Unidades de Hospitalización.

Por último, contamos con la valiosísima aportación de Félix Pantoja, Fiscal Jefe

de la Unidad de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Fiscalía General del Estado, antes denominada de «siniestralidad laboral», que informa de su actividad al abordar la lacra de los accidentes de trabajo, la atención integral a las víctimas, y la necesidad de creación, por ello, de juzgados de instrucción y sociales especializados en esta materia. Destacando, con su ejemplo, la importancia constitucional de realizar la función pública atendiendo al interés social más vulnerable.

Ser médico en la Sanidad del siglo XXI

Otilia BISBAL

1. Introducción

La medicina para muchos de los que la ejercemos, va más allá de una ciencia aplicada, siendo una disciplina, de ahí que se la considere «la más humana de las ciencias y las más científica de las artes»¹. Por un lado, su ejercicio requiere un importante conocimiento científico, y por ello va muy unida a la investigación clínica, pero también su aprendizaje requiere la adquisición de una serie de habilidades que transcienden el conocimiento teórico y técnico basándose en la práctica (*Ars Medica*), de ahí que vaya también íntimamente ligada a la docencia.

Pero si hay una palabra que resuena en la mente de la mayoría al hablar de la profesión médica es la vocación. Entendida de diferentes formas y representando diversidad de motivaciones, la vocación nos ha llevado a muchos de los actuales médicos a iniciar este camino. Un camino que se inicia con la formación universitaria a la que se accede tras estar entre los mejores expedientes académicos en las Pruebas de Acceso a la Universidad, siendo una de las carreras más largas (6 cursos) y densas en contenido (360 créditos), cumpliendo así el precepto mínimo al ser una profesión regulada y otorgándose a los egresados la consideración de Master². Después, tras habitualmente un año más de preparación

por cuenta propia (generalmente en academia privada), el egresado se presenta a las pruebas selectivas para acceso a la formación sanitaria especializada (FSE): un concurso-oposición coloquialmente llamado «examen MIR» puesto que proporciona acceso a ser «médico interno residente». Tras superar la prueba y según el orden de puntuación obtenido se elige especialidad y centro para formarse como especialista durante 4 o 5 años más. En España la FSE es un requisito indispensable para poder ejercer la medicina en el Sistema Sanitario Público³ y muy conveniente para el ejercicio profesional en general. En total 11 o 12 años de formación antes de acceder al mundo laboral como especialista.

2. Demografía y planificación de la profesión médica

En el año 1976 se introdujeron por primera vez los *numerus clausus* en todas las facultades de Medicina. Desde entonces esta medida se ha utilizado como instrumento para tratar de regular la oferta y la demanda de la profesión médica. Sin embargo, no es el único filtro a tener en cuenta, puesto que el acceso a la FSE también supone una barrera y a la vez una potencial herramienta de planificación. En gene-

1 Adaptado de pellegrino ED, Thomasma DC. *The virtues in Medical Practice*. Oxford University Press, New York: 1993.

2 Del Pozo Sosa et al. *Estudio sobre demografía médica*. Cuadernos CGOM. OMC 2018.

3 Con la aprobación de la Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud (SNS) para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se abrió la puerta a poder contratar médicos sin especialidad de forma extraordinaria.

ral no ha existido una coordinación entre ambos filtros, limitado entre otras causas porque cada uno depende de un órgano regulador diferente, lo que hace complicado englobar toda la trayectoria formativa en un mismo proceso de planificación.

Desde los años 80 hasta principios de los años 2000 el número de licenciados en Medicina pasó de unos 30.000 por año a los 4.000; sin embargo, fueron años de crecimiento poblacional y de reactivación económica llevando a un aumento de la demanda asistencial ligada al estado del bienestar y a la ampliación de la red sanitaria española. Todo esto condujo a una brecha entre la oferta y la demanda de facultativos especialistas, llevando a un periodo de escasez de médicos.

A consecuencia de ello, a partir del año 2005, se decide ampliar los *numerus clausulus* de acceso a las facultades progresivamente, pasando de unos 4.000 estudiantes nuevos en 2001 al máximo de 7.000 en curso 2012/2013⁴. Esto se logra gracias al aumento de facultades, que pasa de 29 en 2008 a 44 en 2017, y a expensas también de un crecimiento del 210% de plazas en facultades privadas. Así, España ostenta el dudoso honor de ser el segundo país del mundo (tras Corea del Sur) con más facultades de Medicina por millón de habitantes. Una facultad de Medicina es una entidad que precisa de medios técnicos altamente costosos, por lo que supone un coste elevado, motivo que condiciona el número de estas instituciones en otros países⁵. Desafortunadamente la segunda potencial herramienta de planificación, el acceso a la FSE, no

evoluciona en consonancia con lo anterior. Durante las últimas décadas del siglo XX, la oferta MIR anual excedía con creces el número de licenciados españoles y los graduados extranjeros suplían la falta de candidatos nacionales. Coincidiendo con la crisis económica, desde la convocatoria de 2010 a 2014 se establece una reducción progresiva de las plazas MIR ofertadas. Y aunque la tendencia en los últimos años es aumentar de nuevo la oferta de plazas MIR, el ritmo es proporcionalmente mucho menor al incremento de las plazas para acceder a la grado universitario (un crecimiento del 60% de estudiantes entre 2005 y 2017 frente a un crecimiento sólo del 15,2% en la oferta de formación MIR en ese mismo periodo de tiempo). Todo ello lleva a que se esté formando una bolsa de médicos cada vez mayor sin especialidad que no pueden trabajar en el Sistema Nacional de Salud (SNS en adelante), y que, a pesar de superar la nota de corte del MIR, se quedan fuera⁶.

3. Feminización de la Medicina

Otro aspecto relevante a tener en cuenta en la Medicina actual y del futuro es la feminización de la profesión. Desde la década de los setenta comenzó a incrementarse notablemente el número de mujeres que estudiaban Medicina de modo que hoy en día dicha proporción alcanza el 70% en las facultades. En los médicos en activo, la proporción es aún algo menor pero con un importante incremento progresivo (del 37,8% de mujeres en el año 2000 al 53% en 2021), con variaciones según región y especialidad (más feminización en especialidades médicas quirúrgicas)⁷. A partir de los

4 Barber Pérez, P et al. *Estimación de la oferta y demanda de médicos Especialistas. España 2018-2030*. Equipo economía de la salud. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Enero 2019.

5 Del Pozo Sosa et al. *Estudio sobre demografía médica*. Cuadernos CGOM. OMC 2018.

6 Del Pozo Sosa et al. *Estudio sobre demografía médica*. Cuadernos CGOM. OMC 2018.

7 Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística (INE) 2021.

55 años, aún predomina el porcentaje de varones, pero con el aluvión de jubilaciones masculinas en los próximos años, la medicina del futuro será eminentemente femenina. Se requiere una adaptación a la nueva demografía, ligada a factores que rodean al sexo femenino, siendo de gran importancia los relacionados con la maternidad. Datos de la Organización Médica Colegial (OMC) mostraban como la mayoría de las reducciones de jornadas eran solicitadas por mujeres (un 74%) y por cuidado de hijos, mientras que los pocos hombres que la solicitaban lo hacían por otros motivos. Las mujeres percibían con más frecuencia que esta reducción de jornada impactaba de forma negativa tanto en su desarrollo profesional como en su capacidad económica y describían una mayor dificultad de acceso a puestos de gestión o dirección, en los que predominan aún los hombres a pesar de la feminización de la profesión. Todo ello debe hacer replantear a las Administraciones como van a afrontar esta nueva realidad que ya es el presente, y elaborar medidas que faciliten la conciliación familiar, intentando minimizar el impacto negativo sobre el desarrollo profesional y la capacidad adquisitiva, al mismo tiempo que se dimensionan las plantillas de profesionales de modo que se garantice el nivel de atención asistencial. Por el momento, la valoración sobre la actuación en materia de igualdad de género que los médicos encuestados hicieron tanto de la Administración, centros de trabajo y colegios profesionales, apenas pasaba del aprobado⁸.

4. Demanda a futuro. Retos

Se estima un total de 138.797 médicos especialistas trabajando en el SNS de los cuales la mitad tiene 50 o más años y en

su mayoría se jubilarán en los próximos 10-15 años (más de 70.000 médicos). Este envejecimiento es más marcado en algunas CCAA como son Castilla y León, Cataluña, Ceuta y Melilla, La Rioja y Asturias. La variabilidad entre especialidades es elevada, siendo más acuciante en las dos especialidades vinculadas a Atención Primaria como son la Medicina de Familia y Comunitaria (MFyC) y la Pediatría⁹.

Sin embargo, estimar la demanda real de profesionales a futuro es complejo, puesto que se trata de un escenario multifactorial en el que intervienen factores demográficos, económicos, epidemiológicos, tecnológicos, de organización y gestión. Esos factores inciden en la demanda o necesidad de atención sanitaria y por tanto, también determinan los recursos humanos necesarios para su provisión.

El volumen de población y la estructura demográfica tienen un impacto patente sobre los costes sanitarios y las necesidades de personal, especialmente las debidas al envejecimiento demográfico generalizado de las sociedades actuales. En este sentido, las estimaciones para el caso español son que la población aumente un 2% en los próximos 15 años, ganando casi un millón de habitantes más, a expensas en gran medida a un saldo migratorio positivo y siendo la población de más de 65 el 26,5% del total, con una esperanza de vida que también se verá incrementada hasta los 85,8 años¹⁰. Tanto el envejecimiento poblacional unido a un aumento de comorbilidades (incluyendo la demencia y la fragilidad) y de la cronicidad de las mismas, como la alta prevalencia de facto-

⁸ Encuesta observatorio de género y profesión médica OMC y CGOM. Feb/2022.

⁹ Barber Pérez, P. et al. *Estimación de la oferta y demanda de médicos Especialistas. España 2018-2030*. Equipo economía de la salud. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Enero 2019.

¹⁰ Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística (INE) 2021.

res de riesgo (obesidad, sedentarismo, malos hábitos alimenticios, consumo de alcohol y tabaco), hacen prever un incremento de la carga de enfermedad y del índice de dependencia¹¹.

Por otro lado, otros factores a considerar serán: el económico, yendo los periodos de crecimiento económico ligados a un aumento de la demanda asistencial y del gasto sanitario; la incorporación de nuevas tecnologías, técnicas o tratamientos médicos que puede crear necesidades asistenciales no existentes previamente y los planes de gestión y organización del SNS, incluyendo integración entre niveles y el cambio de rol según categoría para algunas tareas que influirán decisivamente tanto aumentando como disminuyendo la demanda según la circunstancia.

Además, la expectativa de los ciudadanos hacia la atención sanitaria está sufriendo importantes cambios. El nuevo paradigma avanza hacia una mayor potenciación de la autonomía del paciente ligada a una mayor capacidad de elección y de decisión sobre alternativas diagnósticas y terapéuticas, avanzando hacia la corresponsabilidad y toma de decisiones compartidas, siendo no sólo un agente pasivo del acto asistencial sino un agente activo. La previsión es que las demandas sobre estos aspectos de la relación asistencial, incluyendo la inmediatez de respuesta del profesional sanitario y la mayor confortabilidad en los hospitales, tenderán a aumentar en el futuro inmediato y que atenderlas será un factor crítico para la legitimación social del sistema¹².

Nos encontramos ante unas circunstancias tremendamente complejas. Teniendo

en cuenta algunos de estos factores, a través de una metodología desarrollada por un equipo de economía de la salud, se llevó a cabo en 2018 una estimación de profesionales médicos hasta el 2030. El modelo consideraba la estimación del incremento de la demanda asistencial que se producirá en las próximas décadas en relación a algunos de los factores mencionados previamente, así como un incremento en las plazas MIR con un crecimiento anual igual al del último quinquenio, y con un escenario de partida ideal de mercado limpio, sin déficit acumulado. Calcula que actualmente existe ya un déficit del 3% de médicos especialistas, y que este aumentaría en los próximos años hasta un 12,6%. Este déficit provocará que el ratio médico especialista por cada 10.000 pacientes descienda progresivamente con las consecuencias negativas que esto pueda tener para el funcionamiento de nuestro sistema sanitario y en definitiva para la atención del paciente. Se pronostica un mayor déficit de profesionales tanto a corto como medio plazo para Anestesiología, Cirugía General y del Aparato Digestivo, Farmacología Clínica, Geriátrica, Medicina del Trabajo, Medicina Familiar y Comunitaria, Medicina Preventiva y Salud Pública y Pediatría¹³.

5. La expectativa versus realidad

Como hemos visto hasta ahora, tanto el sistema sanitario actual, como en mayor medida el que la sociedad parece necesitar en los próximos años, requiere por un lado un incremento numérico (o al menos no un descenso) en materia de recursos humanos, pero también plantea un alto nivel de exigencia respecto al desarrollo profe-

11 Es la relación existente entre la población dependiente (menor de 16 años y mayor de 64 años) y la población productiva.

12 Díez Manglano J, Gómez Huelgas R, Elola Somoza FJ. *El Hospital del futuro*. SEMI y Fundación IMAS. 2019 www.fesemi.org

13 Barber Pérez, P. et al. *Estimación de la oferta y demanda de médicos Especialistas. España 2018-2030*. Equipo economía de la salud. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Enero 2019.

sional del médico, no sólo en cuanto a la aplicación de los conocimientos y habilidades ya adquiridas, sino a la necesidad de adquirir otras capacidades para afrontar el nuevo modelo de atención sanitaria que ya es más presente que futuro.

¿Y en qué situación se encuentra actualmente el colectivo médico en España? Lamentablemente es un colectivo con unos índices de “burn out” elevados. Según datos de la OMC, el 82,5% de los médicos sienten que las condiciones en las que realizan su trabajo no son las adecuadas y más de la mitad refiere que se siente quemado¹⁴. Estas respuestas corroboran lo ya descrito en múltiples estudios¹⁵ que sitúan el síndrome de “burn out” a niveles epidémicos entre los médicos. Este se manifiesta por síntomas como agotamiento emocional, despersonalización y percepción de baja realización personal y generalmente es subestimado y minimizado por los propios afectados. Las consecuencias negativas son muchas, por supuesto para la salud del propio profesional con más riesgo de depresión, ansiedad, abuso de tóxicos y repercusión en la vida personal e incluso riesgo en algunos casos de tener ideas suicidas, pero también supone un coste importante para el funcionamiento del sistema, provocando una disminución de la calidad asistencial, mayor probabilidad de errores médicos, disminución de la productividad, peor comunicación a todos los niveles, así como descontento del paciente con la atención percibida¹⁶. Cabe destacar que el factor

que más influía con diferencia respecto a otros en el desgaste profesional era la carga laboral y asistencial, seguida a distancia del elevado nivel de exigencia que vierte la sociedad sobre la profesión y muy por encima de otros factores como el temor a cometer errores médicos, la actitud personal de los pacientes o el enfrentarse diariamente al sufrimiento y dolor¹⁷. Todos estos son datos previos a la pandemia de la Covid19, pero esta crisis sanitaria ha acarreado otras crisis como un aumento de las patologías mentales, afectando también de forma relevante a los trabajadores sanitarios, por lo que es de esperar que estas cifras sean incluso peores. En este sentido, según un trabajo realizado en España, de unos 1.015 médicos internistas encuestados que habían trabajado directamente con enfermos de Covid19 durante la pandemia, hasta un 60% respondió haber pensado en abandonar la profesión¹⁸.

Nos preguntaremos cómo se ha llegado a esta situación. Por supuesto que los factores son diversos, pero dado que los propios afectados refieren como causa principal la carga laboral, prestémosle atención a los aspectos laborales del colectivo.

6. Situación laboral de la profesión médica. Temporalidad

La profesión médica, como hemos comentado, está impregnada profundamente de la palabra vocación, de modo que

14 Encuesta sobre la situación de la profesión médica en España. CGCOM,OMC,CESM. 6º oleada. 2019.

15 Brian E. Lacy et Johanna L. Chan Physician Burnout: The Hidden Health Care Crisis. *Clinical Gastroenterology and Hepatology* 2018;16:311–317. Giacomo Leo C et al. Burnout Among Healthcare Workers in the COVID 19 Era: A Review of the Existing Literature. *Front. Public Health* 2021.9:750529.

16 Brian E. Lacy et Johanna L. Chan Physician Burnout: The Hidden Health Care Crisis. *Clinical Gastroenterology and Hepatology* 2018;16:311–317. Giacomo Leo C et al.

Burnout Among Healthcare Workers in the COVID 19 Era: A Review of the Existing Literature. *Front. Public Health* 2021.9:750529.

17 Encuesta sobre la situación de la profesión médica en España. CGCOM,OMC,CESM. 6ºoleada. 2019. Destacar que Cataluña se encuentra infrarrepresentada en este estudio pudiendo existir un sesgo de selección de la muestra.

18 Macía-Rodríguez C, et al. Burn-out syndrome in Spanish internists during the COVID-19 outbreak and associated factors: a cross-sectional survey. *BMJ Open* 2021;11:e042966.

para muchos médicos la palabra trabajo dista de su quehacer diario que entienden más como el desarrollo de una profesión en la que se intenta alcanzar un nivel de autorrealización, bien desde un aspecto de servicio a la sociedad, bien desde un aspecto más personal de progreso en conocimiento e investigación y va unida en muchas ocasiones a unos niveles de autoexigencia y perfeccionismo elevados. La profesión médica se difumina en la persona que la ejerce e impregna, no sólo el ámbito laboral sino el personal. De hecho médico se es las 24 horas al día. Todo ello nos lleva como colectivo a haber descuidado aspectos más pragmáticos como los derechos laborales. Quizás esto antes se compensaba de otra manera, como una suerte de prestigio social que actualmente en gran medida se ha perdido. Quizás influya el que tradicionalmente los médicos eran profesionales eminentemente liberales, si bien en las últimas décadas han pasado a convertirse mayoritariamente en asalariados de las grandes corporaciones sanitarias, públicas y privadas. Tampoco los sindicatos con mayor representación en la mesa sectorial han tenido éxito históricamente defendiendo estos aspectos, bien por poco apoyo del propio gremio, bien por centrarse en otros profesionales sanitarios más numerosos y posiblemente más reivindicativos y/o con problemas más visibles. Sea como fuere, la situación laboral de los médicos presenta en la actualidad importantes problemas que pueden afectar gravemente al escenario sanitario.

La principal lacra, la temporalidad, es común a todo el sector público español, siendo el sector sanitario uno en los que más se acentúa. Se estima que en España el 37,5% de los médicos del SNS son temporales, incluyendo tanto contratos eventuales, (con un promedio de 3 contratos por año) como interinos. El 41% de los

temporales tienen entre 40 y 60 años, y un 14% más de 60 años (es decir, que se jubilarán siendo temporales). Se trata de una temporalidad de larga evolución donde un 55,4% de los afectados llevaría más de 6 años en dicho puesto y una cifra no desdeñable, entre 10 y 20 años de ejercicio profesional. Las comunidades con más temporalidad son Cantabria y Canarias, seguidas de Madrid, Andalucía y Baleares¹⁹.

¿Cómo se ha llegado a esta situación? Existen variaciones entre comunidades autónomas, pero la esencia es común. En los últimos 20 años, se han realizado pocas oposiciones por diferentes motivos (para algunas especialidades y comunidades son más de 10 años sin procesos selectivos) y aquellas en las que sí se han realizado oposiciones, en general se han ofertado pocas plazas, que no resolvían el problema. Además hay que añadir la poca agilidad de la Administración para resolver estos concursos-oposición que en ocasiones tarda años en ello. Todo esto ha generado una importante bolsa de médicos temporales en todo el país.

Esta situación es muy similar a la ya acontecida hace más de 20 años, que finalmente se resolvió mediante un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas²⁰ a la que se llegó tras movilizaciones de los profesionales sanitarios, así como después de un largo proceso de negociación de todos los actores implicados, incluyendo una comunicación directa de la Asociación de Facultativos Especialistas

19 Encuesta sobre la situación de la profesión médica en España. CGCOM,OMC,CESM. 6º oleada. 2019. Destacar que Cataluña se encuentra infrarrepresentada en este estudio pudiendo existir un sesgo de selección de la muestra.

20 Ley 16/2001, de 21 de noviembre, por la que se establece un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas de personal estatutario en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social de los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud.

Interinos (AFEIN) con la Administración. Aunque la propia Ley 16/2001 menciona un pacto alcanzado en Mesa Sectorial en 11/1999 suscrito por el INSALUD con el compromiso de reducir la temporalidad de su personal a un porcentaje que no superara el 3% de la plantilla, 21 años después, y con la transferencia de las competencias a las CCAA ya completa, la situación de temporalidad, que estaba en torno al 30%, considerada en aquel momento como un «grave problema de estabilidad de los profesionales sanitarios» lamentablemente se repite aún más acentuada, lo que nos debería llevar a la reflexión de qué falla en el sistema actual de concurso-oposición y provisión de plazas que no es congruente ni acorde con las necesidades de nuestro sistema de salud y del desarrollo profesional de los médicos.

Además estos datos sólo hablan de la temporalidad “oficial” pero hay otra temporalidad “encubierta”. ¿Qué es esto? Médicos y otros facultativos especialistas que realizan actividad asistencial para el sistema público de salud con otro tipo de contratos aún más precarios: becas, contratos de investigación, guardias, pactos de gestión, encadenamiento de bajas, etc. Son profesionales que no cuentan como plantilla estructural para el sistema, pero sí realizan un trabajo estructural, por lo que son necesarios, lo que confirma el déficit de recursos que existe y la infraestimación de las plantillas. La situación de estos médicos es aún más precaria que la de los temporales interinos o eventuales, los sueldos son menores, el tiempo trabajado (aunque hayan realizado una labor asistencial igual que el resto) cuenta mucho menos o a veces incluso nada para procesos de concurso-oposición, por lo en ese sentido se ven penalizados. Esta temporalidad es muy complicada de medir y no hay cifras oficiales. En la Comunidad de

Madrid, muchos de estos contratos fueron reconvertidos a los famosos contratos de refuerzo por Covid durante la pandemia, permitiendo contratar facultativos especialistas de forma rápida en un momento de emergencia sanitaria, suponiendo una mejora desde el punto de vista contractual para estos médicos precarios. Sin embargo, no se ha aprovechado íntegramente esta situación para reforzar el SERMAS tras todas las consecuencias que ha traído la pandemia. Sólo algo más del 50% (605 de 1.067 facultativos especialistas contratados aproximadamente) se convirtieron en plantilla estructural en marzo del 2022 y el resto, tras dos años de estar al frente en la pandemia, fueron cesados²¹. En un escenario como el descrito previamente en el que probablemente va a existir un déficit de facultativos especialistas en el futuro próximo, se ha perdido la oportunidad de fidelizar a un grupo de profesionales que partirán a otras comunidades, fuera de España o al ejercicio de la medicina privada.

Por supuesto, como se puede intuir, esta temporalidad y precariedad producen importantes consecuencias negativas para el profesional sanitario a nivel personal: dificultad para desarrollar una carrera profesional, detrimento de los derechos laborales a muchos niveles y sobretodo una inestabilidad laboral elevada, lo que provoca una gran incertidumbre hacia el futuro no permitiendo tampoco el desarrollo de un proyecto vital y acarreando dificultades en la economía doméstica.

Pero el problema no es sólo para el médico, sino que también tiene trágicas consecuencias para el funcionamiento del SNS y en último término para el paciente. Por un lado esta inestabilidad en las plan-

21 Informe de la mesa sectorial del 1 de Marzo del 2022. AMYTS. <https://corporativa.amyts.es/documentos/?category=Mesa%20Sectorial>

tillas dificulta muchísimo el trabajo de organización en los servicios, la cobertura de guardias, la planificación a medio plazo y la gestión clínica. Supone una merma para mantener la continuidad asistencial, con los perjuicios que ello puede conllevar, a destacar por ejemplo en la Atención Primaria. Por otro lado, la medicina de hoy en día cada vez tiende a una mayor hiper especialización y a una mayor exigencia de conocimientos y habilidades específicas para cada campo concreto dentro de cada especialidad. Así pues, un gran número de médicos llevan muchos años temporales y ya han desarrollado su carrera profesional en un puesto específico, siendo expertos en esa área, o llevando el peso concreto de tareas de investigación o docencia, líderes de proyectos y no son fácilmente intercambiables.

En contrapartida, también para el que quiere moverse de centro de trabajo la situación es muy compleja, incluso teniendo ya plaza en propiedad. La escasez de convocatorias de concursos de traslados de facultativos para muchas especialidades durante años lleva a muchos profesionales a ejercer en comisión de servicios y de nuevo esto impacta negativamente en el trabajador y en el buen funcionamiento del sistema.

7. Temporalidad en la Comunidad de Madrid y huelga de médicos

El 45% de los facultativos especialistas de área (FEA) del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) son temporales, pero si nos fijamos sólo en los hospitales públicos esta cifra asciende a más del 50% y en el área médica llegaría al 58%²². Re-

cientemente existe un llamamiento desde la jurisprudencia y directiva europea para poner fin al abuso de temporalidad que sufre el empleado público en España. Esto se ha legislado en la Ley 20/2021, del 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. De forma simplificada, esta Ley aboga porque las plazas de temporales de más de 5 años se convoquen a un concurso de méritos y las de más de 3 años a un concurso-oposición especial. Además insta a las instituciones a que la temporalidad quede por debajo de un 8%. Resaltar que esta Ley se refiere a plazas y no a las personas físicas que ocupan esas plazas, aunque también establece una indemnización para las personas que habiendo salido su plaza a concurso no la obtuviesen. En la CAM se plantea entonces una situación compleja. La Ley 20/2021 se aprueba el 28 de Diciembre, y parece que a través de ella puede existir un modo favorable para el sistema y el trabajador de solucionar parte de la temporalidad que hemos comentado. Sin embargo, unos días antes, entre el 14 y el 17 de Diciembre, la CAM publica las convocatorias específicas de una extensa oferta de empleo público (OPE) para todas las especialidades hospitalarias y con multitud de plazas, en comparación con convocatorias previas (lo que llevaba años sin hacer). Estas convocatorias son la expresión final de una esperada oferta de empleo público aprobada en los Decretos de diciembre de 2018 y diciembre de 2019 pero que parecer llegar tarde y en un momento poco afortunado.²³

La bases responden a un concurso-

23 Decreto 170/2018, de 18 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2018 y Decreto 318/2019, de 27 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público del personal de instituciones sanitarias de la Comunidad de Madrid para el año 2019.

22 Portal estadístico de transparencia de la CAM. Búsqueda en julio/2022. <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/plantillas-organicas-centros-sanitarios-servicio-madrileno-salud>

oposición con examen tipo test eliminatorio y se basan en la Resolución de junio de 2021²⁴. Si la aplicación de la Ley 20/2021 ya podía tener sus dificultades, el escenario se complica más, pudiendo darse la situación de que coexistan dos procesos diferentes a la vez. La convocatoria de esta OPE específica fagocita multitud de plazas de las que cumplirían los criterios para ser convocadas según la Ley 20/2021, dejando por tanto pocas opciones a la aplicación de una Ley que, aunque no siendo perfecta, pretendía ofrecer una salida aceptable a las altas tasas de temporalidad. Las cifras son confusas, puesto que aunque según la Ley 20/2021 el profesional temporal debería conocer si su plaza está o no convocada (dado que iría ligado al derecho de indemnización en caso de no conseguirla) esta es una información que la Administración no ha esclarecido. La convocatoria de la mayoría de las plazas a través de la OPE convencional entraña diversos dilemas: por un lado, el hecho de que médicos con larga trayectoria profesional y muchos años de temporalidad no puedan acogerse a un proceso extraordinario de estabilización que se ha aprobado justamente para afrontar esta situación y tengan que hacerlo a través de una OPE convencional con una prueba teórica eliminatoria es, cuanto menos paradójico. Sin bien la realización del examen en sí no es el problema fundamental para un colectivo que está en formación constante, este parece carecer de mucho sentido ante años de hiper especialización, adquisición de habilidades y formación específica, que

alejan al profesional de los contenidos puramente teóricos generalistas, y más aun teniendo en cuenta que el facultativo especialista ya ha pasado por dos procesos previos de evaluación para poder acceder al SNS (el examen MIR y la evaluación para acreditarse como especialista). En cuanto a los méritos, poco van a discriminar en esta convocatoria, pues la puntuación máxima tanto de experiencia como formación se alcanza con facilidad dado el largo tiempo de temporalidad de los aspirantes. Por lo tanto, no es una OPE que favorezca a los más antiguos y por tanto no es congruente con las voluntades de estabilización y de paliar años de situación de abuso de los empleados.

Por otro lado, es importante considerar qué solución podría ser la más apropiada para el sistema. En este sentido ya se planteó en el año 2001 (Ley 16/2001) «pretender consolidar el empleo temporal [...] tratando de no estimular movimientos masivos de personal, [...] ya que, de no hacerse así, se podría erosionar el normal funcionamiento de los centros sanitarios, así como el derecho de los ciudadanos a que se les garantice la continuidad de los tratamientos y prestaciones que se encuentren recibiendo». Es cierto que este problema no tiene la misma magnitud para todas las especialidades y todos los hospitales, pero no es despreciable. Otra consecuencia a considerar sería la multitud de proyectos de investigación clínica y de trayectorias docentes que se verían completamente interrumpidas.

Así pues, la aprobación de la convocatoria de la OPE fue la gota de colmó el vaso de una situación de precariedad cronificada y llevó al colectivo de facultativos especialistas a tomar diversas acciones. Inicialmente se llevaron a cabo multitud de impugnaciones individuales al proceso convocado a través de diferentes gabinetes

24 Resolución de 26 de mayo de 2021, de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud, por la que se aprueban las bases generales y los baremos de méritos que han de regir las convocatorias de los procesos selectivos de personal estatutario del Servicio Madrileño de Salud, derivados de las ofertas de empleo público de la Comunidad de Madrid para los años 2018 y 2019.

jurídicos y que están aún en curso. Posteriormente, el colectivo comenzó a unirse de una manera casi espontánea, al comienzo a través de un grupo de *telegram* al que se incorporaron en pocos días más de 1.000 FEAs y posteriormente organizándose en la Plataforma de médicos y otros FEAs-no fijos en coordinación con la Asociación Médicos Unidos por sus Derechos (MUD). Esta es una asociación de reciente creación e independiente formada por médicos, con el fin de unir a los profesionales y aunar fuerzas para mejorar y dignificar la profesión médica, con un propósito último de lograr la creación de un estatuto del médico que regule la profesión. En pocas semanas, con el esfuerzo de muchos de los implicados, se organizaron grupos de trabajo y de difusión por hospitales, se realizaron asambleas por centros y generales, reuniones con los principales sindicatos, se remitieron cartas a la Consejería de Sanidad Madrileña pidiendo abrir una vía de comunicación para abordar el problema y se recogieron firmas y cartas de apoyo de la mayoría de Sociedades Científicas, de jefes de servicio y directores médicos que se trasladaron también a la Consejería de Sanidad²⁵. Se realizó una campaña de visualización en redes en la que se implicó a personajes famosos y se idearon “performances” y actividades reivindicativas para llegar al resto de los FEAs afectados y a la población. Un punto de inflexión fue la asamblea organizada por el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid (ICOMEM) que reunió a jefes de servicio y de sección y representantes de sociedades científicas. El ICOMEM se pronunciaba ante un problema, entendido no sólo como laboral sino

de índole profesional. Contar con su posicionamiento y apoyo fue decisivo y animó a muchos compañeros a unirse al propósito. Se elaboró un manifiesto avalado por el gabinete jurídico del ICOMEM, que se firmó por más de 5.000 FEAs y se remitió a la Consejería de Sanidad y la Presidencia de la CAM²⁶. El manifiesto solicitaba que se convocasen todas las plazas que cumplieran los requisitos de la Ley 20/2021 a concurso de méritos o concurso-oposición especial según correspondiese, planteando que los procesos se llevaran a cabo por centro de gasto para favorecer la estabilidad del personal, que se facilitaran los traslados del personal fijo y que se establecieran las medidas oportunas para que esta situación no se repitiera en un futuro y que la OPE convocada se realizará una vez finalizados todos estos procesos. Concomitantemente también el sindicato mayoritario médico madrileño «Asociación de Médicos y Titulares Superiores» (AMYTS) había manifestado su disconformidad con las soluciones planteadas y aportado propuestas a la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS²⁷.

La ausencia de respuesta por parte de la Consejería de Sanidad, tras agotar todas las vías de comunicación ideadas posibles y la cercanía del primer plazo que estipulaba la Ley 20/2021 (1/junio/2022) condujo finalmente a plantear la posibilidad de ir a la huelga, un último recurso que no es muy del agrado del colectivo médico, porque entra en conflicto con la vocación de servi-

25 Carta a la Consejería de Sanidad para la paralización de las OPEs y desarrollo de la «Ley de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público» en la Comunidad de Madrid. <https://mudmedicos.es/paralizacion-ope-madrid/>

26 Manifiesto para la Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración. Abril 2022. <https://www.icomem.es/comunicacion/noticias/3917/FIRMA-EL-MANIFIESTO-para-la-Convocatoria-excepcional-de-estabilizacion-de-empleo-temporal-de-larga-duracion>

27 Valoración de AMYTS sobre la temporalidad de Facultativos del SERMAS. Febrero 2022. AMYTS. <https://corporativa.amyts.es/documentos/?category=Mesa%20Sectorial>

cio, pero al cual no se encontró alternativa. Se aunaron fuerzas entre varios colectivos, constituyendo el Comité de Huelga con representantes de la Plataforma de médicos y FEAs no fijos-MUD, AMYTS y la Asociación SomosUrgenciasSomosUno (colectivo con una tasa de temporalidad mayor del 80% y que ya llevaba tres años de negociaciones con la CAM sin llegar a una solución y en ese momento rotas). Finalmente se convocó una huelga indefinida iniciada el 10 de mayo del 2022²⁸, con unos servicios mínimos que prácticamente alcanzaban el 100% firmados en desacuerdo por el Comité²⁹.

Tras nueve intensos días de huelga, en los que la mañana comenzaba con salidas de protesta a las puertas de todos los hospitales y continuaba con diferentes actos reivindicativos hasta la tarde, se convocó al Comité de Huelga por parte de la Consejería de Sanidad. El principal escollo en la negociación fue la negativa rotunda por parte de la Administración a liberar las plazas ya convocadas en el OPE convencional (3.572 plazas) alegando que tras explorar las fórmulas posibles por parte de su gabinete jurídico se concluía que existía inseguridad jurídica ante tal acción. Llegado a ese punto, la huelga finalmente se desconvocó con un acuerdo agridulce y no del agrado de todos, pero también con importantes logros. Se consiguió aumentar las plazas previstas para la aplicación de la Ley 20/2021, y se añadieron dos procesos más que incluirían las plazas de las tasas de reposición de 2022 y 2023, todos ellos por concurso de méritos, previo a la realización de la OPE convencional que se retrasaría

para ir en último lugar, antes de diciembre del 2024. En el caso de Urgencias, sí encontraron la figura jurídica que permitía integrar las 325 plazas convocadas en la OPE en 2019 agotada ya su ejecución en la convocatoria de la tasa de reposición del 2022. De este modo, aunque no se alcanza el número oficial final de plazas estimadas de FEAs que se encuentran en abuso de temporalidad (y menos aún si consideramos la temporalidad “encubierta”) el acuerdo se acerca. Por otro lado, la CAM se comprometió a que el método de selección de personal fijo estatutario a futuro sería el concurso de méritos previamente negociado en la mesa sectorial, siendo esto importante porque contribuiría a agilizar los procesos y evitaría llegar de nuevo al punto de partida de temporalidad³⁰. No obstante, quedan interrogantes por aclarar. Por un lado, si jurídicamente es factible esto que proponen. En segundo lugar, el número y a qué especialidades van a ir las plazas (se comprometieron a favorecer las especialidades de más larga temporalidad), en qué va consistir el concurso de méritos y por último, y sobre todo, constatar que lo acordado se va cumpliendo en los plazos establecidos.

Así mismo, queda por saber la resolución de los procesos judiciales abiertos respecto a la OPE convencional, de modo que si alguno de ellos logrará su anulación, quedarían todas esas plazas libres y se podría llegar a una estabilización más homogénea del personal temporal del SERMAS. Si no, se dará la paradoja, de que habiéndose instaurado el sistema de concurso de méritos como provisión de

28 Preaviso de Huelga de Facultativos Especialistas de Hospitalaria de Madrid. 29 de Abril del 2022.

<https://twitter.com/huelgafacmad/status/>

29 Orden 651/2022, de 6 de mayo, del Consejero de Sanidad, por la que se Establecen los servicios mínimos en la huelga convocada por la Amyts en los centros de atención Hospitalaria del servicio madrileño de salud.

30 Compromisos adquiridos entre la Administración Sanitaria de la CAM y el comité de la huelga convocada para el personal facultativos estatutario, laboral e interino de hospitales adscritos al SERMAS para la desconvocatoria de la huelga. 20 de Mayo del 2022. <https://twitter.com/huelgafacmad/status/>

plaza de FEAs en el SERMAS, a un grupo importante de médicos les tocara a hacer el último examen eliminatorio para acceder a la plaza, coexistiendo así dos sistemas a la vez.

Finalmente, el mayor aprendizaje de este año duro e intenso es la fuerza que nos puede dar el trabajar unidos como colectivo por un bien común (tradicionalmente acusado de ser individualista, poco reivindicativo y con un alto componente de indefensión aprendida tras años de precariedad) independientemente de nuestra situación laboral, especialidad o centro de trabajo. Hemos logrado unirnos, para tratar de ser escuchados por los gestores políticos. En línea a lo que dictan las pautas de un Buen gobierno, los profesionales



Alfred Kubin, *Un hombre en una tormenta*, 1903

sanitarios son los principales actores del funcionamiento y mantenimiento de la solvencia del SNS e implicarlos activamente tanto en la sostenibilidad del sistema como en gestión y políticas de salud debe ser fundamental³¹.

³¹ *Sistema Nacional de Salud: Diagnóstico y propuestas de avance*. Capítulo IV (Buen Gobierno de la Sanidad). AES. 2014.

El Ministerio Fiscal y las víctimas de accidentes de trabajo

Félix PANTOJA

Agradezco la oportunidad que me ofrece la Asociación de Juezas y Jueces para la Democracia para poder hacer una reflexión sobre el Ministerio Fiscal, su mandato constitucional y legal, y en particular su actuación en la defensa de los derechos de las trabajadoras y los trabajadores.

Para poder tratar sobre el Ministerio Fiscal, y realizar cualquier consideración sobre el mismo y su funcionamiento, nos hemos de referir, necesariamente, al servicio público de la justicia, en el que se encuentra inserto, como una pieza necesaria del engranaje que lo hace funcionar.

Si contemplamos la justicia desde la dimensión de servicio público, no de poder, aunque el poder se ejerza en los conflictos cuya resolución se encomiendan al Poder Judicial en el marco del Estado de Derecho, no cabe sino admitir que es un servicio público susceptible de sensibles mejoras y con un funcionamiento que, sin duda, no resulta debidamente asequible a los sectores de población, que ahora se denominan «menos favorecidos», es decir pobres, tanto en recursos económicos como en posibilidades de defensa de sus derechos.

Estos sectores, cada vez más amplios porque en estos momentos pueden llegar a alcanzar a la denominada clase media, enfrentan serias dificultades ante una administración de justicia que resuelve con lentitud y complejidad cuestiones que afectan seriamente sus derechos, y que no facilita encontrar los apoyos necesarios para ejercer con eficacia su defensa, por-

que el modo de acceder a los Tribunales no es sencillo ni económico y el turno de oficio o la justicia gratuita, tal y como funcionan en la actualidad, tampoco contribuyen de forma ágil y sencilla a ofrecer soluciones prácticas y eficaces para que el principio de igualdad ante la ley no se convierta en un enunciado que va camino, en su literalidad, de dejar de serlo, aunque se predique que la ley es igual para todos.

Solo hace falta observar el funcionamiento de los diversos órdenes jurisdiccionales para comprobar que cuestiones tan importantes como las que se ventilan en los juzgados de civil y familia, de instrucción y penal, o contencioso administrativo, no obtienen respuesta adecuada, por dilatada en el tiempo o por falta de asesoramiento técnico en los demandantes, a las pretensiones que se formulan y que son especialmente graves.

Los ejemplos son abundantes. Véanse casos de demandas de familias con escasos recursos frente a las administraciones autonómicas cuando se toman medidas de tutela automática de menores por declaración de desamparo, cuya resolución se demora excesivo tiempo; o las demandas frente a entidades bancarias por actuaciones abusivas, a resolver por órganos colapsados y cuya conclusión se alcanza tras interminables recursos innecesarios por existir jurisprudencia consolidada, pero que permite a los bancos u otras entidades financieras demorar el cumplimiento de sus obligaciones; o las demandas frente

a las Comunidades Autónomas en los casos de resoluciones en la aplicación de la ley de dependencia, donde la jurisdicción contenciosa, pues aún no es la social, llega tan tarde que los demandantes, durante el tránsito de la reclamación administrativa a la posterior jurisdiccional, han fallecido o se han perjudicado absolutamente sus derechos; o las dificultades para que los ciudadanos puedan actuar frente a actuaciones de las distintas Administraciones que, con sus decisiones, perjudican seriamente su vida cotidiana; o en la propia jurisdicción social, donde los retrasos en los señalamientos de determinadas demandas hacen, igualmente, daño irreversible a los derechos de los demandantes; o en la defensa de los derechos de las personas con diversidad funcional a ser considerados ciudadanos de pleno derecho y con igualdad de oportunidades efectivamente garantizadas. En todos estos casos, y en tantos otros, no se trata de litigantes que puedan contar con recursos económicos y defensas legales en igualdad de condiciones que sus contrarios; en estos casos la igualdad de partes en el proceso es una expresión que, a la vista está, parece que va perdiendo, sino ha perdido ya en este contexto, su significado.

Algunas medidas complementarias, pero siempre dentro de lo público, podrían contribuir a facilitar la solución de estos conflictos, como la mediación, para arbitrar acuerdos en el área del derecho de familia, de menores o en el propio ámbito del derecho penal, y experiencias al efecto ya existen con probada eficacia, o en los conflictos con la Administración cuando de actuaciones de ésta se derivan perjuicios; o mediante la creación de una defensoría pública que mejore la actual asistencia de oficio, o en general, y deseable en todos los casos, una mejora integral del funcionamiento del servicio público, también,

posiblemente, referido a las normas procesales.

Vista la situación descrita, nos podemos preguntar si el Ministerio Fiscal puede contribuir a mejorar este servicio público. Si atendemos a cómo encaja el Ministerio Fiscal en el mismo, vemos que participa, como el resto de los actores, con las mismas carencias en el muchas veces no eficiente funcionamiento del sistema, aunque, los pasos dados en su modernización y adaptación que se han realizado en los últimos tiempos apunten a lo que debe ser el camino por recorrer. Es necesario seguir adelante para que el Ministerio Fiscal pueda llevar a cabo, cada vez mejor, lo que la Constitución y su Ley reguladora establecen, pues *tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*, procurando ante los Tribunales *la satisfacción del interés social*.

Por lo tanto, existe un mandato fundamental que procede de la voluntad popular expresada a través de los poderes del Estado, Parlamento y Gobierno, en la Ley, 50/1981, de 30 de diciembre del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, (en adelante EOMF) y este mandato es claro en cuanto ha de actuar procurando ante los Tribunales el interés público y social.

El interés social no es un concepto vacío, y no lo es para el Ministerio Fiscal en su actuación, porque el artículo 3.6 del EOMF dice que debe tomar parte en la defensa de la legalidad y del interés público o social, en todos los procesos que establezca la ley, de tal manera que el mandato constitucional y legal en cuanto al principio de legalidad, es decir, la aplicación de la ley, ha de hacerse postulando ante los Tribunales su interpretación para adecuarla al interés público e interés social de cada momento.

De igual modo cabe considerar, si nos referimos a otro de los principios que informan la actuación del Ministerio Fiscal como es el de imparcialidad, (artículo segundo del citado EOMF); se trata de un concepto, como todos, susceptible de interpretación en el momento de su aplicación, y, por lo tanto, podríamos definirlo como el compromiso con la defensa de un interés público y social conforme a la realidad social y económica del momento, es decir, con el respeto al principio de legalidad. La actuación imparcial de la institución podrá consistir en interpretar la norma que se postula ante los Tribunales, en defensa de los derechos de los ciudadanos más afectados por los desequilibrios económicos y sociales en momentos de crisis, y siempre para satisfacer el interés social. Porque, también podemos pensar, que no puede haber imparcialidad si el resultado de la actuación en el servicio público de la justicia, por igual que fuera para todos los sectores sociales, produjera resultados desiguales. Y por eso, la actuación del Fiscal ante los Tribunales, en el cumplimiento preciso de la Constitución y la Ley, requiere una posición imparcial acorde con el interés social que tutela la norma.

Para poder acercarnos a este modo de cumplir con lo que establece la ley, el Ministerio Fiscal ha de continuar adaptando sus estructuras y su organización, no solo a la nueva y compleja sociedad y a sus nuevas formas de delincuencia, sino también a las realidades que enfrentan los ciudadanos en muchos otros ámbitos de la vida que no solo regula el derecho penal. Existen importantes colectivos, en muchos casos fuertemente feminizados, en los que, la defensa de sus derechos, en un marco laboral complejo al estar inserto en un modelo de economía liberal por no decir desregulado, precisa de una atención sobre el interés público y social de su situación.

E igualmente otros sectores que ven desprotegidos sus intereses ante grandes corporaciones, como los consumidores ante actuaciones monopolistas u oligopolistas, o ante la propia Administración estatal, autonómica o local, cuando determinadas actuaciones causan perjuicios a colectivos ciudadanos sin ofrecer adecuada reparación o compensación. Y ahí debe ser donde el Ministerio Fiscal ha de llevar a cabo esa defensa del interés social. Ese camino ya se está recorriendo, como ocurre, entre otros, con actuaciones en defensa de los consumidores, pero es necesario acelerar el paso, ante la evolución del modelo social.

Y la voluntad de llevar a cabo ese compromiso debe continuar con la voluntad, ya iniciada, de adecuar su estructura y organización mediante las especializaciones en materias diversas para conectar con la sociedad y sus realidades. Si bien, esta adecuación a la realidad será eficaz, en la medida que se cuente con la necesaria dotación de medios personales y materiales, y fundamentalmente, con la decisión de comprometer a la institución en el servicio público que necesitan los ciudadanos para hacer efectivo el interés social tutelado por la ley en esa expresión constitucional y legal.

Dentro de este modo de organizar el trabajo, y atendiendo a una parte importante, aunque no integral, de los derechos de los trabajadores, está la Unidad de Seguridad y Salud en el Trabajo (SST) de la fiscalía general del Estado, antes denominada de «siniestralidad laboral». El reciente cambio de denominación obedece al propósito de ampliar las competencias de la Unidad de modo que seguridad se refiera integralmente a seguridad jurídica y no tan solo a las responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo con incidencia penal; y de comprometer el ejercicio de su función pública directamente a las necesidades de amparo del interés social.

Como indicamos en la Memoria de la Unidad correspondiente al 2021, la última cerrada hasta este momento, los accidentes de trabajo parecen contar con una escasa relevancia entre las preocupaciones sociales; diríase que se trata de algo “accidental”, inevitable y que obedece a la propia naturaleza de las cosas. Por eso es necesario que las instituciones concernidas en el problema de la siniestralidad laboral, y en primer lugar el Estado y sus Administraciones, comprendan la imperiosa necesidad de alcanzar algún tipo de amplio pacto o acuerdo, que ponga ante la sociedad la relevancia del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, la necesidad de arbitrar medidas que reduzcan su producción y ello, ha de pasar, imprescindiblemente, por un compromiso institucional y por una conciencia social del problema. Si se ha conseguido ante los casos de violencia contra la mujer, o en los accidentes de tráfico, será posible para la siniestralidad laboral.

Este pacto ha de pasar, necesariamente, por la formación y la prevención en los centros de trabajo de todas las trabajadoras y trabajadores, y para alcanzar resultados tanto éstos como las empresas han de poner voluntad para llevar a cabo las actuaciones a tal fin. Y aquí, no solo el derecho penal, el laboral o el derecho sancionador administrativo han de jugar el papel coercitivo imprescindible, es necesario hacer llegar a Administraciones y organizaciones empresariales y de trabajadores/as, así como al resto de la sociedad, que el coste de las medidas preventivas y formativas no constituye un gasto, sino que se trata de una inversión cuya rentabilidad se encontrará en la disminución del dolor personal y social y del quebranto económico que produce el accidente de trabajo, y también en la disminución del coste de las medidas reparadoras, tanto sanitarias como emocionales y sociales. Por parte de

la Administración competente se pueden establecer medidas económicas, en forma de subvenciones directas o indirectas de tipo fiscal que permitan hacer frente en el balance de las empresas al incremento de los costes de producción que conllevan estas medidas.

De igual modo, la reducción de la temporalidad y de la precariedad en la contratación redundará en las posibilidades de una mejor prevención y formación. La reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores con las modificaciones en los modos de contratación, sin duda incidirán favorablemente en una disminución de la siniestralidad laboral, o al menos eso hemos de esperar, aunque la tendencia económica a la desregulación puede producir un efecto perverso, que se ha de combatir con firmeza por la Administración competente.

Por traer a esta reflexión algunos datos, extraídos de la Memoria de la Unidad de SST, hemos de comenzar con la necesaria atención que debe prestarse a las víctimas. En los procesos penales, la media de tiempo para la resolución ronda los cinco años, algo que se podría paliar si se consiguiera que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) especializara, aunque fuera de facto, algunos juzgados para instruir y para enjuiciar las causas. En este ámbito, siempre es una preocupación en la fiscalía la protección de las víctimas de accidentes de trabajo, especialmente en los procesos penales cuyas dilaciones, como se ha indicado, resultan insoportables. La constitución de asociaciones de víctimas y su presencia social podrá ser un medio para que la toma de conciencia se vaya produciendo. De la misma manera, establecer algún mecanismo legal para anticipar indemnizaciones y otras formas de reparación, como se ha propuesto a la Administración, podría contribuir a paliar el desamparo de las víctimas en el proceso. Unas víctimas que interpe-

lan, a veces con vehemencia, a una justicia cuya actuación no alcanzan a comprender, en procesos condicionados en muchos casos por las pretensiones de las empresas y de las compañías de seguros, cuyos intereses, legítimos y ejercidos eficazmente con las armas del Estado de Derecho, logran minimizar sus responsabilidades. En muchas ocasiones las víctimas reclaman un mayor rigor punitivo, y aunque es evidente que no pueden determinar la política criminal, parece necesario que se les tenga en cuenta y se les ampare, no solo en el aspecto económico de resarcimiento del daño, sino también para que reciban apoyo psicológico y social adecuado a sus necesidades.

Volviendo a los datos y comentarios, que constan en la Memoria aludida, y para significar la magnitud del problema a partir del número total de accidentes laborales ocurridos estos últimos años, se observa como desde 2017 (503.749) a 2019 (517.404) se han venido incrementando de forma cada vez más acusada, un incremento que ya se venía produciendo desde el año 2015. Esta tendencia sufrió un abrupto desplome en el año 2020 (399.978), debido a la pandemia de Covid 19 y las medidas de confinamiento y ralentización de la actividad económica, volviendo a remontar en el año 2021 (465.586), como consecuencia de la vuelta a la normalidad. Aunque es pronto para realizar una valoración precisa, todo parece indicar que continuará la línea ascendente de los últimos años.

Si acudimos al apartado de accidente leves, percibimos un serio crecimiento respecto de los datos del año 2020; así, frente a los 396.620 de ese año, se han pasado a los 462.079 del 2021, lo que supone un incremento de 65.459 accidentes, esto es un 16,5%. Por lo que respecta a los accidentes con lesiones graves, en el año 2020 se produjeron 2.830, frente a los 2.999

en el 2021, lo que supone un aumento en 169 accidentes, lo que se traduce en un + 6,0%. Por último, en cuando al número de accidentes mortales, en el año 2020 acacieron 528, mientras que en el 2021 han sido 520, o lo que es lo mismo, una disminución de 20 fallecidos, un 3,8% menos. Todos estos datos, expuestos con detalle, constan en la Memoria anual que se eleva al fiscal general del Estado.

Las cifras muestran un aspecto de la realidad sobre la que se pide un compromiso social y político que también ha de alcanzar al servicio público de la justicia, que debe dar respuesta al conflicto que se plantea en el ámbito penal, cuando el accidente de trabajo proviene de una infracción de la norma de prevención de riesgos laborales, no solo técnicamente aplicando la norma concursal que regula el delito de riesgo con el de resultado de lesiones y/o muerte, sino activando todos los recursos para que la respuesta sea acorde con la magnitud del problema; y lo mismo, con sus propias características, el servicio público debe resolver, en el ámbito de la jurisdicción social el conflicto que plantea el accidente y la enfermedad profesional, con rapidez y eficacia. De ahí, que, como modo de postular el interés general en esta jurisdicción, desde la Unidad de Seguridad y Salud en el trabajo se interesa la actuación del Ministerio Fiscal ante la jurisdicción social desde su fase inicial, incorporando la interpretación del interés social desde lo público y postulando una respuesta jurisdiccional acorde con las circunstancias de las víctimas.

En este camino de mejorar el servicio está la propuesta de configurar una unidad para la defensa integral de los derechos de los trabajadores, con fiscales especialistas, extendiendo la actual especialización, que solo se refiere a los accidentes laborales con relevancia penal, a la competencia

para actuar sobre los delitos por los fraudes a la Seguridad Social o a los tipos penales del Título XV del código penal, título al que conviene revisar la tipificación de las conductas que contiene, como viene reclamando la doctrina penal insistentemente, para establecer claramente el bien jurídico protegido que ha de ser el relativo a los derechos de los trabajadores al margen de la situación administrativa en que se encuentren, sin distinción entre españoles o extranjeros, con papeles o sin ellos, contemplados como trabajadores con derecho a tener derechos. De este modo se podrá dar un paso en la mejora del servicio público, precisamente en favor de los sectores sociales que, en el ámbito de las relaciones laborales, pueden encontrarse más necesitados del amparo.

Esta y otras muchas reformas pueden llevarse a cabo para que el interés social se tutele con mayor eficacia. Hablamos del Ministerio Fiscal pero se pueden arbitrar soluciones que implican a otras instituciones. Así, el Consejo General del Poder Judicial, ya se ha dicho, para la especialización de juzgados de instrucción y de enjuiciamiento en materia de accidentes laborales o, en otro ámbito, promoviendo la cooperación de distintas agencias públicas ya que a veces la complejidad técnica de las cuestiones que se dilucidan superan los medios con que cuentan la fiscalía y la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social, también necesitada de la adecuada dotación de medios humanos y materiales para poder llevar a cabo su imprescindible función en la defensa de los derechos concernidos.



Alfred Kubin, *Salto mortal*, 1902

Todas estas opciones de mejora del servicio público aproximarán la justicia formal a la realidad social; y en esta aproximación, se debe exigir que el Ministerio Público actúe con total compromiso y en las mejores condiciones profesionales y materiales para el cumplimiento del mandato constitucional y legal que informa su actuación, en todos los ámbitos, procurando ante los Tribunales la satisfacción del interés social y, en lo referido a la seguridad y salud en el trabajo, promoviendo las garantías asociadas a un trabajo digno y con derechos para todas las trabajadoras y trabajadores, que permita su realización personal como personas libres e iguales en el Estado Democrático y de Derecho.

Dejarse la vida en el trabajo. Empleos feminizados, precariedad y salud

Ernest CAÑADA y Nuria ALABAO

1. Introducción

La precariedad laboral tiene múltiples dimensiones: salarios bajos e inciertos que condenan a la pobreza incluso trabajando; indeterminación en la duración del contrato, pero también de la jornada; insuficiente protección social a través de convenios y de la legislación y débil capacidad de negociación, individual o colectiva. Además, la degradación de condiciones de trabajo que incrementan la exposición a situaciones de riesgo¹. Si la inseguridad es el estado permanente de quien trabaja en condiciones precarias, su traducción material es un estado de salud profundamente deteriorado que acaba por determinar la vida cotidiana.

La división sexual del trabajo ha desvalorizado algunos empleos relacionados con aquellas tareas que han sido naturalizadas para las mujeres: todas las que tienen que ver con la reproducción social –cuidados–. Al mismo tiempo, el hecho de inscribir a la mujer a este ámbito, cuya mayoría de trabajo todavía se realiza en el hogar de manera gratuita, tiene el efecto de desvalorizarla como mano de obra –su lugar “natural” sería en la casa haciendo trabajo no remunerado–. Así nos encontramos

que los empleos fuertemente feminizados acaban coincidiendo con buena parte de los más precarios. En ellos el estado de salud de las trabajadoras es la clave para entender sobre qué cuerpos se sostienen determinados sectores, ya sean hoteles o los distintos servicios profesionalizados de cuidados. Dos variables resultan especialmente significativas. Por una lado, las distintas dolencias, tanto físicas como psíquicas, consecuencia de la forma de organizar el trabajo –ritmos, condiciones, etc. –. Por otro, la dependencia de los fármacos que permiten soportar la cotidianeidad, cuya función no sería la de evadirse de ella, sino la aguantar los ritmos infernales. Al final, la salud es el principal indicador de la desigualdad² (Benach y Muntaner, 2010). ¿Cómo se manifiesta esta relación entre precariedad y salud en algunos de los empleos feminizados más conocidos?

2. Camareras de piso

Las trabajadoras encargadas de la limpieza de habitaciones de hotel, conocidas popularmente como “las kellys”, por su fuerte actividad reivindicativa, emergieron en 2014 al evidenciar cómo se estaban dejando la vida en el trabajo. Explotaron porque ya no podían más y buscaron hacerse visibles como un recurso desespera-

1 Rodgers, G. (1989). Precarious work in Western Europe: The state of the debate. En G. Rodgers y J. Rodgers (Eds.). *Precarious jobs in labour market regulation. The growth of atypical employment in Western Europe* (pp. 1–16). Bruselas: International Institute for Labour Studies.

2 Benach, J. y Muntaner, C. (2010). *Empleo, trabajo y desigualdades en salud: una visión global*. Barcelona: Icaria Editorial.

do para poder transformar sus condiciones laborales. Las denuncias de las múltiples dolencias que sufren a causa de los movimientos repetitivos y ritmos de trabajo extenuantes, los estados de ansiedad, la dependencia de fármacos y la imposibilidad de seguir trabajando hasta la edad de jubilación, golpearon la consciencia de un país que año tras años batía récords en el número de turistas internacionales.

Aunque el trabajo de las camareras de piso siempre fue físicamente duro, con la reforma laboral del 2012 se abrió la posibilidad de externalizar actividades troncales en las empresas por debajo de los costes laborales fijados por el convenio sectorial de hostelería, que deterioraron aún más sus condiciones laborales. Así, las empresas pudieron desprenderse de una parte de las trabajadoras contratadas directamente por los hoteles, que estaban vinculadas al convenio colectivo de hostelería, y contratar a una empresa multiservicios que podía utilizar convenios de empresa o de ámbitos de actividad con menor reconocimiento profesional y retribución, como el de limpieza³.

De manera que se empeoraban considerablemente las condiciones laborales de las trabajadoras, y no solo por los salarios, sino también por las cargas de trabajo o la pérdida de derechos adquiridos, además de dificultar aún más la organización sindical. Este mecanismo fue especialmente usado en los departamentos de pisos de los hoteles, prácticamente feminizado en su totalidad y con una importante presencia de trabajadoras de origen inmigrante⁴. La reforma laboral de 2021, si bien consolidó avances en la contratación indefinida,

no puso freno a los procesos de externalización. En su preámbulo, haciendo referencia expresa al colectivo de camareras de piso, se orientaba a que los contratos de aplicación a las trabajadoras de las empresas externalizadas debían ser los de la actividad de la empresa principal, en cuestiones como el salario, pero no en la totalidad de las condiciones de empleo. Además, en su articulado esto no quedó claro, y, en consecuencia, no se ha conseguido paliar los principales efectos de las externalizaciones⁵. Pero la degradación en las condiciones de trabajo no ha dependido únicamente de los procesos de externalización. La gran cuestión que queda por resolver sigue siendo la de las cargas de trabajo, acentuadas además con la reactivación pos pandemia.

Cuando se habla con las camareras de piso es fácil identificar que una de sus principales quejas tiene que ver tanto con la cantidad de trabajo que deben realizar como con los ritmos a los que tienen que desempeñarlo. «Yo trabajo en un hotel de cinco estrellas, que supuestamente tiene una categoría para los clientes, pero para el trabajador no, porque tenemos que trabajar como máquinas –relata *Esperanza*, una trabajadora de Barcelona–. Tienes que hacerte tus habitaciones, supuestamente tienes que hacerte unas habitaciones de salida en 35 minutos, donde entran dos camas *twin* de 110 cada una, una cama extra, a parte que te dan tres o cuatro suites de 60 metros cuadrados, y te dan 45 minutos».⁶

También destacan la falta de control sobre sus propias tareas, especialmente

3 Cañada, E. (2016). *Externalización del trabajo en hoteles. Impacto en los departamentos de pisos*. Barcelona: Alba Sud Editorial.

4 Albarracín, D. (2013). Las trabajadoras de los establecimientos hoteleros. Trayectorias en el túnel silencioso de la subordinación. *Sociología del Trabajo*, 77, 27-45.

5 Cañada, E. y Alabao, N. (2021). La nueva reforma laboral cierra la puerta a ‘las kellys’. *Ctxt*, 25 de diciembre de 2021.

6 Los testimonios citados en el apartado sobre camareras de piso proceden del libro: Cañada, E. (2015). *Las que limpian los hoteles. Historias ocultas de precariedad laboral*. Barcelona: Icaria Editorial.

en lo que se refiere a la organización de los tiempos, es decir, poder decidir cuándo hacer las tareas o cuándo tomarse las pausas. «Entras a las 7 de la mañana y son las 5 de la tarde y no has pegado bocado. Ahí ya te lo decían cuando llegabas por la mañana y te daban todo el material: ¡Ni comer ni mear! ¡A tirar, venga! ¡A tirar millas!», así denuncia *María*, otra trabajadora de Barcelona al ser preguntada sobre cómo era su jornada laboral. Por otro lado, este trabajo debe ser realizado bajo condiciones disciplinarias estrictas y abusivas, en las que, en ocasiones, llegan a denunciarse situaciones de maltrato por parte de sus responsables directas, gobernantas y supervisoras. «Ahora no quiero más hoteles –cuenta la misma *María*, que terminó por abandonar el sector–. Por cómo nos trataban, por cómo nos hablaban. La gobernanta era asquerosa, madre mía. Es que es inhumano. Tienes que pasar por cosas que son inhumanas».

El impacto de la precarización del trabajo de las camareras de piso se ha expresado con claridad en su estado de salud. Una primera manifestación cotidiana es el cansancio y agotamiento permanente. «¿Cómo acabas al final del día? –se pregunta *Esperanza*, una trabajadora de Barcelona– ¿Qué les dices a tus niños? Dame un vaso de agua para tomarme una aspirina, y a acostarte a la 6 o las 7 de la tarde, cuando llegues, para el otro día levantarte a las 7 de la mañana, para volver otra vez, y así durante siete u ocho días seguidos».

Los trastornos musculoesqueléticos son los problemas de salud más extendidos y de mayor intensidad. De forma recurrente, las trabajadoras señalan dolor en la nuca, espalda, hombros, lumbares y brazos, que ellas mismas asocian a los movimientos repetitivos, sumados a las posturas forzadas, que son muy difíciles de evitar a causa del ritmo de trabajo tan intenso y la presión a

la que están sometidas. Asimismo, sufren problemas en las rodillas, particularmente en la derecha, que usan para mover las camas y evitar agacharse. En consecuencia, es habitual que muchas camareras de piso que llevan años trabajando en el sector hayan sufrido intervenciones quirúrgicas a causa de hernias o en el túnel carpiano. Así lo explica *Carolina*, una trabajadora de Sevilla: «Tengo ya 46 años y estoy con una lista de secuelas que me ha ido dejando el paso de los años en esta profesión, como una operación de hernia inguinal, el nervio del metacarpiano de la mano izquierda jodido, cervicales malas, tomando diazepam para los mareos y poder relajarme por las noches para poder descansar, las vértebras de media espalda con las almohadillas gastadas y artrosis en rodillas, codos, caderas y manos, y con tratamiento contra esto desde hace ya seis años».

Distintos testimonios revelan cómo se combinan unas altas exigencias en el trabajo, no adaptadas a las capacidades de cada trabajadora, con falta de control, unida a la percepción de inseguridad en el empleo. Para *Carmen*, camarera de piso de Sevilla, con la edad cada vez es más difícil mantener la carga y ritmo de trabajo: «Van pasando los años y cada vez te va doliendo más el cuerpo, porque se te desgastan los huesos de tanto esfuerzo físico que sacas de tu cuerpo. Y van pasando los años y tú vas haciendo el trabajo cada vez más lenta porque ya no puedes más y cuando llegas a una cierta edad, tú dices, dentro de *na* ya no me llaman, ya no me llaman porque antes hacía las habitaciones en media hora y ahora las hago en tres cuartos de hora».

En este contexto, muchas de las camareras expresan angustia porque, aunque se esfuerzan y tienen voluntad de cumplir con su trabajo, no pueden hacerlo por la cantidad de tareas asignadas y las presiones a las que están sometidas. «Siempre

quieren más. Al colapso, llegas al colapso –denuncia *María*–. Yo cogí una baja, porque me daban ataques de ansiedad. Oye, que cojan a más personal, que cojan a más chicas, si ya no podemos tirar. En los hoteles es un colapso de faena y de habitaciones. Les da igual que hagas jornada completa, que media jornada, que tienes que ir corriendo y volando. Yo tenía seis horas de trabajo y me acuerdo que nunca hacia las seis horas, que me iba a las cuatro a las cinco de la tarde. 18 habitaciones en media jornada más las zonas comunes, que sería el *rellanito* de esa planta, es que no era posible. Una locura».

La mayoría de trabajadoras de este colectivo, cuando se les pregunta por su estado de salud, describen una sintomatología asociada al estrés, y destacan la ansiedad y el insomnio. «Yo acababa de los nervios. Destrozada. Lloraba por los rincones. Yo he llorado mucho, pero que mucho, por las habitaciones. Vamos, muy mal. Y luego insomnio, depresión», cuenta *Ana María*, de Valencia. Esto ha dado lugar a que los trastornos en los estados de ánimo sean frecuentes, lo que puede dar lugar a estados de ansiedad o depresión.

En los testimonios analizados aparece como algo habitual esta medicación crónica. Durante años dicen tomar analgésicos, antiinflamatorios, ansiolíticos y/o antidepresivos para aguantar los dolores, el cansancio y el estrés. A menudo dicen automedicarse, de hecho la frase «yo desayuno con ibuprofeno» se repite frecuentemente. «Para el dolor tomo ibuprofeno o Voltarén, según como me encuentre –explica *Miriam*, de Barcelona–. Y para dormir tomo Diazepam. Toda la gente que está trabajando en el hotel se medica continuamente. La mayoría toma ibuprofeno y hay mucha gente que toma también Diazepam, como yo, para poder dormir, porque llevas mucho estrés, es que no da tiempo».

3. Trabajadoras del hogar y los cuidados

En un contexto en el que las necesidades de cuidados están insuficientemente cubiertas por un Estado del Bienestar que no ha terminado de desplegarse en el ámbito de la dependencia, la principal forma de proveer un servicio de asistencia privada para personas mayores ha sido el recurso a las trabajadoras del hogar. Estas son fundamentalmente mujeres de origen inmigrante. De este modo, el trabajo del hogar se ve condicionado por un marco legal discriminatorio, que hasta muy recientemente las ha excluido de derechos fundamentales⁷. Pese a que la reciente reforma –el Decreto Ley 16/2022– mejora algunos aspectos importantes, todavía no han conseguido la equiparación total en derechos. Algunas de estas mejoras son el derecho a paro y desaparece la figura del desistimiento, que era la posibilidad de despedir a una trabajadora sin explicar los motivos, con una indemnización de doce días por año.

Además, parte del colectivo de trabajadoras del hogar se encuentra en una situación administrativa irregular lo que las lleva a trabajar en la economía sumergida y a estar sometidas a una situación de enorme vulnerabilidad como consecuencia de la Ley de Extranjería. De forma amplia sufren constantes vulneraciones de derechos y abusos, en especial quienes trabajan como internas. A pesar de ser un empleo que les permite iniciar su estancia en España, pronto se convierte en una situación asfixiante, de la que la mayoría querían huir. «Ya no quería trabajar más de interna, porque es tan horrible estar encerrada,

⁷ La nueva regulación ha sido consecuencia de un fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que dictaminó que su exclusión de la prestación de desempleo constituía una «discriminación indirecta por razón de sexo» contraria a la legislación de la Unión.

sin poder salir», cuenta *Vanessa*, de origen hondureño⁸. También *Cristina*, procedente de Ecuador, llama la atención sobre esta misma sensación: «Hay veces que me angustia mucho estar encerrada. Me deprimó, me da mucha tristeza».

Sus condiciones de trabajo se caracterizan por la enorme carga de trabajo sumado a jornadas muy extensas. Esto es muy evidente entre las trabajadoras internas, pero también se produce cuando son externas. Además de largas jornadas, en las que no se respetan los horarios pactados ni se adecua la retribución a este incremento de horas trabajadas. «No se respetan los horarios. Una persona empieza a trabajar a las 7 de la mañana y son las 12 de la noche y aún estás fregando platos», asegura *Aurora*, trabajadora del hogar de origen brasileño. Esto hace que se generalice la percepción de desprotección que implica trabajar como interna sin papeles. «En las casas no tenemos derechos», explica *Mariana*, de origen rumano.

En el caso de las trabajadoras externas, se encuentra también la problemática de los horarios partidos, en función de las necesidades de las personas atendidas, lo cual dificulta la conciliación con otras actividades. En el caso de no tener una jornada completa, si tienen que trabajar en varias casas, el tiempo invertido en los desplazamientos aumenta considerablemente la jornada laboral, lo cual comporta hacer equilibrios constantemente para poder llegar a todo.

Otro tema relevante es el de las malas condiciones en las que estas trabajadoras tienen que vivir y desempeñar su trabajo.

Esto incluye quejas por habitaciones pequeñas, oscuras y sin suficiente privacidad, o no disponer de un equipamiento en condiciones para desempeñar su trabajo, lo que redundaría en riesgos laborales. *Isabel*, de origen chileno, denuncia que las familias empleadoras no tienen en cuenta las necesidades específicas implicadas en su trabajo: «Hay mucha precariedad en este tipo de trabajos, porque la gente no se preocupa de las condiciones en las que uno tiene que desempeñarlo. Simplemente tienes que hacerlo, y si lo haces bien continúas y si no, bueno, te pago y adiós. Eso es algo que yo siempre encontré muy duro. Además, por la falta de consideración general que hay, la gente se desentiende de sus mayores, simplemente pagan a una persona y ya está. ¿Pero se preocupan de tener las condiciones adecuadas para que esa persona pueda trabajar? No. Son contadas las casas donde he tenido guantes para poder hacer una higiene». Esto supone que trabajar en estas condiciones implique poner en riesgo su salud o que ellas mismas tengan que asumir el coste de ciertos materiales.

Uno de los problemas laborales más sentidos por las trabajadoras del hogar, tal como se evidencia al ser entrevistadas, es que sus condiciones y el trato que reciben puede variar enormemente según sea la familia con la que están. «Yo creo que si das con buenas personas no hay problema, pienso yo —explica *Mirna*, de origen hondureño—, pero si es con gente injusta y mala, yo sé de casos, a mí no me ha pasado, pero te ofenden, te explotan, te tratan peor que no sé qué». Esto puede hacer que las quejas se concentren en la falta de contrato, los bajos salarios o la falta de derechos derivados del actual marco legal, o ahonden en una serie de problemas cotidianos que pueden hacer su vida muy complicada. A esto hay que sumar

⁸ Los testimonios citados en el apartado sobre trabajadoras del hogar y los cuidados y sobre trabajadoras de residencias proceden del libro: Cañada, E. (2021). *Cuidadoras. Historias de trabajadoras del hogar, del servicio de atención domiciliar y de residencias*. Barcelona: Icaria Editorial.

que el sistema de reconocimiento de enfermedades profesionales no favorece a este colectivo.

Los problemas de salud físicos más habituales en este contexto tienen que ver con la carga de pesos sin equipos adecuados, la repetición de movimientos, caídas y la intoxicación por productos químicos de limpieza. La nueva reforma incluye por fin a las trabajadoras del hogar en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, aunque esto no es garantía de un gran cambio –la Inspección de Trabajo no puede entrar en los hogares–. La norma establece el derecho a recibir protección eficaz de la seguridad y salud laboral especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres. Pero como explica Isabel Otxoa, de la Asociación de Trabajadoras del Hogar Bizkaia Etxebarrukoak, es difícil entender la jerarquización de los ámbitos de protección que pone por delante la violencia sexual frente a otras vulneraciones. «Pueden ser igualmente lesivas física y mentalmente la falta de descanso, de privacidad del alojamiento, ausencia de vida social, insuficiente reconocimiento moral y salarial, y carencia de formación y medios para realizar el trabajo», señala Otxoa⁹.

Es cierto que en algunos domicilios, y en especial cuando las trabajadoras son internas, el acoso sexual, el abuso de poder o las humillaciones pueden convertirse en una realidad cotidiana. Desde las asociaciones de trabajadoras también se reportan numerosas situaciones de acoso sexual, en especial de internas. En ocasiones hay trabajadoras que describen también relaciones de maltrato verbal, con insultos y humillaciones. «Tienes que trabajar y hay ocasiones que tienes que aguantar situaciones desagradables», relata *Aurora*,

quien también afirma que «el problema es que cuando entras a una casa nunca sabes lo que te vas a encontrar». En ocasiones, este trato vejatorio puede adquirir un carácter racista.

Con frecuencia también se producen sospechas de robo, con registros o acusaciones que generan tensión y malestar. Igualmente pueden vivirse situaciones de control, de restricción del gasto de agua o luz. En el caso de la comida, hay trabajadoras que también cuentan que les obligaban a comer alimentos en mal estado o en gran cantidad. O puede ocurrir lo contrario, como explica *Judith*, de origen Boliviano, que a causa de su escasez o porque no pueden comer aquello a lo que están acostumbradas, haya trabajadoras que acaben pasando hambre en sus trabajos y, para compensarlo, compren bollería industrial. «En muchas casas, muchas veces no te dan ni la comida, a parte del poco sueldo que te dan, tienes tú que comprarte la comida, la fruta que comas, la leche que bebas, lo que tú consumas, y en teoría en el contrato dice habitación y que tenemos derecho a la comida. Además, como nuestra manera de alimentarnos es diferente a la suya, nosotros siempre comemos arroz, entonces las chicas lo arreglan comiendo bollería. Entonces tendemos a ganar peso, por el estrés de no salir de la casa, y porque por la poca comida que nos dan se tiende a compra bollería para aliviar el hambre». Por una vía u otra, la cuestión de la alimentación de las trabajadoras del hogar, en particular en régimen interno, acaba convirtiéndose en un tema crítico.

El cuidado a personas mayores en el hogar supone también enfrentar de forma regular la relación con el sufrimiento y la muerte, que implica una fuerte carga emocional en su quehacer cotidiano. «Yo trabajo por dinero, porque tengo necesidad –explica *Mariana*–, pero me dedico mucho,

9 Otxoa, I. (2022). Trabajadoras del hogar y cuidados: nuevos derechos, aunque insuficientes. *Ctxt*, 13/09/2022.

pongo todo mi corazón, toda mi alma. Pero nunca se está contento. Lo levantas de la cama y lo ves sufriendo, llorando, con dolor, sin dormir. Compartes todo con él».

Para las trabajadoras, el fallecimiento de las personas que atienden esto supone dos tipos de problemas. Por una parte, tienen que asumir la pérdida de personas con las que en ocasiones entablan una relación de afecto, a las que han podido cuidar por años. «Psicológicamente intento separar el trabajo del cariño, que esto es trabajo, pero hay días que me entra por pensar si se muere la *yayi*, y es difícil. No sé si para todo el mundo, pero es difícil, porque te encariñas», relata *Mirna*. Pero a su vez, este fallecimiento supone también la pérdida de su empleo. Al fallecer la persona después de años de dedicación, se encuentran en paro con una indemnización de un solo mes de salario, independientemente de su antigüedad. Además, sus salarios son muy bajos, y como tienen que hacer frente a las necesidades de sus familias en sus países de origen, su capacidad de ahorro es limitada. Esta situación las ha abocado tradicionalmente a que inmediatamente después del fallecimiento de la persona a la que están cuidando tengan que buscar un nuevo empleo, sin tiempo para pasar el duelo. «Afecta, no se soporta –asegura *Aurora*–, pero tenemos que seguir trabajando, enseguida tenemos que irnos para otra casa. Eso me sucedió con el último que se fue, que fue muy seguido de otro, dos muertes en poco tiempo. Entonces pasé un mes sin buscar trabajo, no podía».

A pesar del enorme esfuerzo y sacrificio realizado por la mayoría de trabajadoras del hogar para mandar dinero a su familia y sostener sus necesidades, en especial de sus hijos e hijas, la distancia y el tiempo pueden jugar en su contra y dificultar o tensionar estas relaciones con sus seres queridos. En ocasiones ellas sienten que

a sus hijos les cuesta entender los sacrificios que han hecho y que les reclaman no haber estado presentes a lo largo de su vida. Incluso cuando logran traerlos, sus condiciones de trabajo, con las largas jornadas, a las que se suma el agotamiento físico y las condiciones de vida precarias, provocan que no puedan dedicarles suficiente tiempo y esto también tensiona y genera insatisfacción y malestar a muchas trabajadoras. Estas dificultades de relación con los hijos, logren traerlos o no, redundan en una mayor sensación de soledad y sufrimiento.

La emigración y la incorporación a una nueva sociedad sin redes familiares o de amistad suficientes, sumado a un trabajo que es muy aislado, y más si se realiza como interna, genera un problema añadido para estas trabajadoras: la soledad. Así, *Mariana* relata: «A mí me gustaría irme con mis hijos, pero mis hijos ahora son grandes. De vez en cuando sí que puedo ir y quiero verlos. Pero ahora, cuando voy en Navidades a veces vienen conmigo y a veces no, porque cada uno tiene a su amiga, a su amigo, sus cosas. Entonces también estoy sola, es muy dura la soledad, no tienes con quién comer, con quién hablar». De ahí también la necesidad de construir nuevos lazos de confianza, apoyo, que revelan la importancia de los distintos espacios de organización de las mismas trabajadoras.

Las condiciones de empleo y de trabajo en el que se realiza el cuidado a personas mayores por parte de trabajadoras del hogar, alerta de una serie de peligros ambientales, ergonómicos y psicosociales que pueden tener graves efectos en la salud.

4. Trabajadoras de residencias

Las auxiliares de geriatría o gerocultoras constituyen el grueso de la plantilla de atención directa en las residencias. Sus

principales funciones son levantar y acostar a las personas mayores; mantener su higiene personal, proporcionar y administrar alimentos, recibir, distribuir y recoger los servicios de comida, realizar cambios de postura, etc. Pero también administrar medicación; acompañarles para la realización de actividades; colaborar en la organización de actividades de animación y dinamización e incluso participar en la limpieza y mantenimiento de las habitaciones de las personas usuarias. Esto puede implicar desde llevar la ropa a la lavandería hasta hacer camas. La tipología de su trabajo varía en función del turno de día o de noche. En términos de condiciones de empleo, entre las principales quejas de estas trabajadoras destacan los bajos salarios y las jornadas laborales muy largas con una carga laboral excesiva. Además denuncian un nivel de exigencia muy alto, con un control de los tiempos muy estrictos, ritmos frenéticos y muy poca autonomía y apoyo para realizar su trabajo. La sobrecarga de trabajo se ha convertido en el problema medular de las condiciones de trabajo de las auxiliares de geriatría, y en consecuencia de su salud.

Las causas de esta situación parecen ser múltiples. Uno de los factores clave se encuentra en los ratios de personas atendidas por trabajadora. En muchas residencias, sobre todo privadas, los ratios establecidos por la administración no se cumplen. «Si con diez te ves obligada a trabajar a un ritmo forzado, con 15 es inhumano», asegura *Clara*, una auxiliar de geriatría de Barcelona. «A mí me gustaría saber qué criterios se utilizan para calificar que un usuario de grado 3 pueda ser atendido en 15 minutos –se queja *Libby*–. ¿Bajo qué criterios se hace esa asignación? Que vengan esos señores que dan las órdenes y que me enseñen a mí, aquí, en la práctica, *in situ*, cómo puede ser». Con estos ratios no da tiempo a afrontar cualquier contratiempo, y esto

en las residencias es algo habitual, porque la demanda de atención por parte de las personas usuarias es constante. «Mientras estás con uno, tienes diez más que te están esperando en la cama todavía», explica *María*. Cualquier incidente o situación que salga de la rutina preestablecida hace que todo el trabajo se atrase y no puedan cumplirse las exigencias establecidas. «Como se te complique algo estás perdida», continúa *María*.

Además, las cargas de trabajo han aumentado porque progresivamente las personas que ingresan en las residencias llegan en peores condiciones. El aumento de la longevidad de las personas usuarias incrementa los cuidados que requieren, porque, según *Gema*, «hace unos años la gente venía con menos años, con ochenta y pocos. Y como más mayores son, más dependientes. Además, cada vez vivimos más gracias a las medicaciones». Por otra parte, en la medida que las listas de espera son más largas, y se tarda más en ingresarles, cuando llegan a la residencia su estado es peor y, por tanto, requieren más atención.

En algunas residencias, el cambio de modelo de atención hacia una Asistencia Centrada en la Persona (ACP) ha influido en el incremento de la carga de trabajo de las auxiliares de geriatría. En el modelo asistencial tradicional se concibe que es la institución a través de sus profesionales quienes establecen y pautan lo que es mejor para la persona residente y en qué momento, sin prácticamente margen de atención a sus demandas. En cambio, en la ACP el modelo se fundamenta en la escucha y diálogo, lo cual conlleva una atención diferenciada y particular. Si bien este cambio puede ser positivo para mejorar el cuidado de las personas mayores, si no se incrementan los recursos humanos acaba generando más carga de trabajo. Así lo

advertía *Lucía*: «¡Fuera sujeciones, fuera barreras!, ya sean físicas y farmacológicas. Y nosotros apostamos por eso, nosotros como trabajadores estamos a favor de eso. Pero ojo, se hace eso, y en muchos centros ya no existen sujeciones, pero a cambio necesitamos herramientas, que es más personal. Lo que no podemos decir es quitar sujeciones a un abuelo, bajarle la medicación, y tener abuelos en la residencia como zombis sin vigilancia, y eso es la realidad».

Una queja reiterada de las trabajadoras es que no hay suficiente personal de noche y en fines de semana, y esto implica que las cargas de trabajo de las que están se vean incrementadas. Así lo denuncia *Lucía*: «tenemos un montón de centros donde por la noche puede haber 34 y 35 abuelos que están solos con una sola gerocultora». Durante la noche supuestamente la principal tarea es la vigilancia. Pero en realidad, las gerocultoras realizan muchas más tareas, como tomar constantes de saturación, de temperatura y de tensión; hacer cambios posturales; atender las personas que se encuentren mal; o derivarlas al hospital cuando sea necesario. También tienen que realizar otras actividades que no son directamente de atención a las personas usuarias, como poner lavadoras, montar comedores o limpiar.

Otro factor que puede acentuar las cargas de trabajo es el hecho de que habitualmente no se cubren las bajas puntuales, que pueden producirse por cualquier motivo, como un problema de salud leve o un imprevisto personal. Y esto es algo que ocurre con frecuencia, a causa del elevado absentismo que existe en el sector. «Las bajas cortas y las ausencias diarias no se suelen cubrir. El absentismo es un problema muy importante en el sector y, además, es un pez que se muerde la cola —explica *Clara*—. Las empresas no cubren con

rapidez ni facilidad el absentismo, lo que provoca que el trabajo se reparta entre el resto de trabajadoras y estas se sobrecarguen un día tras otro y, al final, genera más absentismo».

Esta conjunción crítica de condiciones de empleo y de trabajo hace que la salud de las trabajadoras se vea claramente en riesgo, tanto en términos físicos como psicológicos. Las trabajadoras aseguran tener problemas de carácter músculo-esqueléticos derivados de su trabajo de forma habitual, como dolores de espalda, en especial en las zonas lumbares y cervicales, hombros, las manos, dedos y túnel carpiano. Como explica *Libby*, «nuestras herramientas de trabajo son los brazos, con movimientos repetitivos». Además, a causa de las exigencias del ritmo de trabajo, es más difícil evitar posturas forzadas que dañan su estado de salud. «No es cuestión de que no lo queramos hacer bien, es que a veces no tenemos el tiempo suficiente para hacerlo bien, ahí está la base del problema y eso hace que nos desgastemos más», explica Marisol.

Una de las causas de estas dolencias son los sobreesfuerzos realizados y las malas posturas. Aunque en la mayoría de residencias dispongan de equipamiento pensado para desempeñar estas tareas —a excepción de las pequeñas de carácter privado instaladas en pisos— debido a la alta carga de trabajo y los tiempos pautados tienden a no utilizarlos. «El problema es que tengas tiempo para usarlas —denuncia *Jarabo*—. Muchas veces se dan 15 minutos y tú, en 15 minutos, no alcanzas a montar al abuelo en una grúa y bajarlo, porque para eso se necesita mucho más tiempo y se necesita de ayuda, no lo puede hacer una sola persona, tiene que ser entre dos, y todos vamos sobre el tiempo». Además, el estado de las personas atendidas también actúa en contra, como argumenta

Lucía: «Tenemos medios mecánicos, pero, aunque los utilices, y los abuelos hay veces que te apoyan, pero claro, una persona con demencia, una persona con Alzheimer, es difícil que escuche tus órdenes. Entonces la fuerza que tienes que hacer es doble». Además, este equipamiento no siempre está en buenas condiciones, lo que hace que su uso se vuelva más complicado o imposible.

A los problemas físicos, diversos aspectos contribuyen a incrementar los problemas de carácter psicológico que sufren estas trabajadoras de forma cotidiana. Este tipo de trabajo por sí mismo ya es muy demandante emocionalmente, como asegura *Gema*: «Desde que entras hasta que te vas te están chillando. Luego se pelean entre ellos, se insultan, uno dice que se quiere ir, el otro que no sé qué. A veces también te insultan a ti. Eso al cabo de las horas te acaba afectando mucho». Además, son personas que requieren mucha atención, como advertía *Anfil*: «Exigen mucho más de lo que uno les puede dar, yo creo que de mayores nos volvemos egoístas, no miramos que hay otras necesidades, que hay más personas, solo yo, necesito esto y me lo tiene que dar, me tienen que atender a mí». Además, de forma permanente tienen que lidiar con el proceso de deterioro físico y mental y, al final, el fallecimiento de las personas con las que trabajan. Las trabajadoras saben que las personas que ingresan difícilmente saldrán mejor, y que por mucho esfuerzo que hagan es complicado que puedan ver mejorías. Esto, inevitablemente, les afecta. Como explica *María*: «Cuando ves a aquella persona que caminaba sola, que luchaba, y luego la ves que no puede ni peinarse, y piensas tanto luchar en la vida, ¿para qué? ¿Para llegar a esto? Lo sufres, pero te acostumbras, es que te acostumbras, es una pena, pero es así».

Pero si el trabajo en sí ya es duro psicológicamente, las malas condiciones de trabajo lo empeoran. Así, el principal causante es la misma carga de trabajo. «Al ritmo que vamos, no tenemos tiempo para atender a los abuelos. Vamos tan al límite que una cosa que se salga fuera de lo normal ya te supone un mundo, porque no puedes. Hemos tenido compañeras con crisis de ansiedad porque llega un momento que no pueden más», denuncia *Lucía*. Así, el hecho de «tener que atender a tanta gente en tan poco tiempo, y son personas que no puedes tratar como si fuera una caja de cartón», acaba provocando crisis de ansiedad, según asegura *Clara*.

Otro de las causas del malestar es la dificultad para atender con suficiente dedicación a cada una de las personas ingresadas. Lo cual contribuye, a su vez, a aumentar la insatisfacción con la forma en la que desempeñan su trabajo. Esto puede implicar que, para poder cumplir con los horarios establecidos, tengan que levantar a las personas residentes muy pronto por la mañana. O que se cumplan estrictamente las tareas de levantarse, asearse y desayunar, pero que luego, una vez listos no puedan prestarles atención o que cualquier imprevisto se convierta en un drama que pueda atrasar la realización del resto de tareas. Así, *Lucía* afirma: «No te voy a engañar, que hay abuelos que se levantan por la mañana y hasta el mediodía no se tocan, así de claro». La dificultad para poder hacer su trabajo cómo entienden que deberían realizarlo es algo que les provoca frustración, según aseguran. *María* cuenta que ya no tiene tiempo de hablar con las residentes, a causa del ritmo con el que tiene que trabajar: «Yo antes podía hablar con ellas, nos sabíamos la vida de ellas, porque, por ejemplo, la estabas peinando o estabas tú haciendo la cama mientras ellas te contaban». O *Lucía* que sentencia:

«Ese es el mayor malestar que tenemos actualmente, porque ahora no tenemos tiempo para escuchar».

Del mismo modo, una queja reiterada es la escasez de material con el que trabajan, que repercute igualmente en acentuar su malestar. Por ejemplo, con la disponibilidad de pañales por residente, que hay casos en los que el número establecido no son suficientes, como advierte *María*: «Solo tenemos cuatro pañales al día: a las 7 de mañana, a las 2 del mediodía, a las 8 o 9 de la noche, y luego el de la noche, a las 3 o las 4».

Otro de los aspectos que contribuye también es la percepción de falta de valoración y su reconocimiento como profesionales, que llega al extremo de estigmatizarlas con la expresión «limpia culos». Esta falta de reconocimiento profesional se traduce también en las exigencias e incluso maltrato que les dispensan las familias de las personas residentes. La dificultad de acceso a una residencia, con tiempos de espera de varios años, hace que cuando logran ingresar a su familiar no estén en la misma situación que cuando hicieron la solicitud. Para *María*: «Las familias vienen muy agobiadas, muy quemadas, esa es la palabra. Yo pienso que hay mucho más Alzheimer, y el Alzheimer es una enfermedad muy dura».

Ante esta situación es habitual que las trabajadoras también tengan que medicarse para poder aguantar el trabajo cotidiano, con inflamatorios y tranquilizantes, incluso antidepresivos. Esta es una reacción muy parecida a las de las camareras de piso. Así lo aseguran diversas trabajadoras como *María*, quien afirma que «vamos metiéndonos de todo». O *Gema*, que asegura que «a diario me tomo un paracetamol». También *Libby*: «muchas veces tenemos que venir a punta de ibuprofenos». O *Nieves*, quien asegura que estos fármacos forman parte de su cotidianidad: «Para el

dolor todo el mundo, si no te tomas un ge-localtil, te tomas un nolotil, si no te tomas un nolotil te tomas un naproxeno, esto es así, es el pan nuestro de cada día esto». Para *Clara* la cuestión es evidente: «si quieres seguir el ritmo tienes que medicarte para los dolores, porque son dolores crónicos, no hay más».

Además, tienden a auto medicarse, porque los problemas son recurrentes y, al mismo tiempo, no se sienten bien atendidas en las mutuas, en las que perciben que el trato es muy frío, tienden a desconfiar de ellas y a ponerlas en entredicho, y atribuir sus dolencias a problemas de la edad y no de la organización del trabajo. Así se lamenta *Libby*: «luego te dicen que no, que esa no es una enfermedad profesional, que esto es un desgaste propio por la edad que tienes». Al respecto, *María* afirma: «Cuando vamos a la mutua, por accidente de trabajo, lo que hacen siempre es que te atiborran de medicación y te mandan directamente a trabajar, ya que consideran que lo que tienes es debido a la edad y no al trabajo. Esto qué quiere decir, que tienes que trabajar medicada, con el mal encima, y búscate la vida, y si no pides la baja y que te descuenten casi la mitad del sueldo».

5. Conclusiones

Las enfermedades laborales y el sufrimiento psíquico, muchas veces no reconocido ni compensado, que sufren las trabajadoras de los sectores feminizados es un indicativo del nivel de explotación que se ceba en sus cuerpos. Cuerpos que, por el nivel de pobreza y precariedad en el que viven tienen muy difícil, a su vez, ser cuidados cuando la enfermedad y el deterioro que el trabajo les provoca se ceba en ellos. ¿Quién cuida a las cuidadoras?, dicen las trabajadoras organizadas.

«Cuando ahora miro a mi madre, con un cuerpo paralizado por el dolor de quince años de arduo trabajo, de pie, en una cadena de montaje, con derecho a solo dos pausas de diez minutos para ir al baño, me impresiona lo que significa físicamente la desigualdad social. Incluso la palabra 'desigualdad' se me antoja un eufemismo que atenúa la realidad: la cruda violencia de la explotación. El cuerpo de una obrera, al envejecer, revela cuál es la verdad de la existencia de clases». Este es un pasaje del documental «Retour à Reims» de Jean-Gabriel Périot que capta bien cómo la explotación, ya sea en cadenas de montaje, en el campo,

en hoteles o en servicios de cuidado, está basado en el desgaste, en el deterioro de la salud de los trabajadores y trabajadoras.

El capital acumulado se cuenta en cuerpos descompuestos o rotos, en dolores físicos, pero también en soledad, en historias difíciles de migraciones, en abusos laborales y sexuales que dejan secuelas que se cuentan en sufrimiento psicológico y, a veces, aislamiento. Como dicen ellas mismas, las voces de las trabajadoras que hablan en este texto, organizarse en una herramienta, no solo para mejorar esas condiciones laborales, sino para tejer solidaridades que conjuren esos dolores del alma.

La doble cara de la salud mental

Fernando SANTOS URBANEJA

«Todo lo que se ve, esconde algo que no se ve».

I. La cara que se ve: la expropiación del nombre. La salud mental ya no es lo que era

Hasta hace unos pocos años el ámbito de la salud mental, esto es, los padecimientos asociados a la pérdida de la misma, la sintomatología, los tratamientos, etc., estaban suficientemente acotados, incluso en la percepción de las personas normales que carecían de conocimientos científicos en la materia.

Esto empezó a cambiar al mismo tiempo que emergería el fenómeno conocido como «psiquiatrización de la vida cotidiana» que comenzó a hacerse visible en EEUU. Su origen está en la aspiración de las compañías de seguros americanas a contar con una tabla que recogiese los padecimientos que ordinariamente causaban absentismo laboral y la indemnización que deberían abonar a sus clientes (empleadores, afectados, etc.) por cada jornada no trabajada.

Ocurrió que buena parte de estas causas de absentismo laboral tenían que ver con la tristeza, la ansiedad y una variedad de síndromes cuya atención fue derivada a salud mental, a psicólogos y psiquiatras.

El siguiente paso fue incluir estas dolencias en las clasificaciones de padecimientos mentales internacionalmente aceptadas (CIE - DSM).

El Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales. En inglés, «Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders». (DSM), editado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (APA), es un sistema de clasificación de los trastornos mentales que proporciona descripciones de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos e investigadores de las ciencias de la salud puedan estudiar, intercambiar información y tratar los distintos trastornos.

En la Cuarta Edición (DSM-4) se empezó ya a incluir dentro del concepto de «salud mental» no solo los trastornos mentales, sino también los trastornos de conducta e incluso los denominados «trastornos de personalidad» que, salvo casos muy concretos, no son otra cosa que «maneras de ser o de actuar», hasta entonces identificadas con los distintos «caracteres», desprovistos de dimensión patológica alguna.

No es de extrañar que ello diese lugar a un severo movimiento de contestación por parte de los profesionales de la salud mental que se plasmó en el «Manifiesto a favor de una psicopatología clínica, que no estadística» (Barcelona, 14 de Abril de 2011) – al que se adhirieron decenas de asociaciones y organizaciones de este ámbito. Comenzaba el citado Manifiesto diciendo:

«Mediante el presente escrito, los profesionales e instituciones abajo firmantes, nos manifestamos a favor de criterios clínicos de diagnosis, y por lo tanto en contra de la imposición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Desórdenes Mentales de la American Psychiatric Association como criterio único en la clínica de las sintomatologías psíquicas (...) También que-

remos denunciar la imposición del tratamiento único –terapias tipificadas para trastornos formateados– por el menosprecio que supone a las diferentes teorías y estrategias terapéuticas, y a la libertad de elección de los pacientes.»

Pero lejos de menguar, el fenómeno ha seguido creciendo y se ha sobredimensionado en la Quinta Edición (DM5- 5-18 de Mayo de 2013), hasta el punto que dentro de la propia Asociación Estadounidense de Psiquiatría (APA) suscitó una gran polémica desde el mismo momento de su presentación pues, en palabras de Omar García Zabaleta en su trabajo titulado. «Los problemas y limitaciones del DSM-5»:

«Su pretensión de encontrar una explicación biológica sobre la que fundamentar el diagnóstico de los trastornos mentales se mantiene inalcanzable y está siendo acompañada por la inclusión de cada vez más comportamientos en el terreno de lo patológico. Este hecho se ve reflejado en el fenómeno de la inflación diagnóstica, que se ha consumado mediante dos estrategias principales: la patologización de problemas de la vida y la reducción de los umbrales diagnósticos».

La pandemia mundial del COVID-19, que generó un volumen de angustia y ansiedad quizás antes nunca conocido, puso definitivamente el foco de la salud mental en estas realidades, desplazando en su atención a los padecimientos mentales clásicos (psicosis, trastorno bipolar, etc...).

Entre nosotros ello se hizo especialmente visible en «La Proposición de Ley General de Salud Mental» presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos, el día 10 de Septiembre de 2021 (BOE nº 185, de 17 de Septiembre de 2021).

Todo ello trae causa de la campaña que desde hacía meses venía realizando la formación política «Mas País», liderada por Íñigo Errejón, que tuvo su punto más álgido el día 17 de Marzo de 2021, cuando, en el marco de una sesión de control, preguntó al Presidente del Gobierno sobre

el estado de la salud mental y, cuando se encontraba argumentando, fue interrumpido por el exabrupto de un diputado del PP, que, desde su bancada, le espetó aquél «vete al médico», para sonrojo de cuantos lo recordamos.

Pero, llegados a este punto, sí quiero invitar a una fácil acción que permite visibilizar esto que voy contando. Me explico: La citada Proposición de Ley ocupa nueve páginas del BOE. Cuenta con un amplio Preámbulo, 39 Artículos, 1 Disposición Adicional y 6 Disposiciones Finales.¹ Invito a pasar el texto del formato PDF a formato Word, utilizar la función «buscar» (Ctrl+B) y comprobar cuantas veces aparece el término «psiquiatra». ¿Han visto el resultado? El término «psiquiatra» solo aparece dos veces en todo el texto de la ley y las dos en el mismo artículo, el 26-2, en los siguientes términos:

A tal fin, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordará, previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, el establecimiento de ratios mínimas, en función del número de habitantes, de profesionales de la salud mental, entre los que necesariamente se encontrarán psiquiatras, psicólogas y psicólogos, enfermeras y enfermeros especialistas de salud mental y profesionales sanitarios, del trabajo social y relacionados con la atención a la salud mental.

En todo caso, el Consejo Interterritorial deberá garantizar que el Sistema Nacional de Salud cuente con un mínimo de 18 psiquiatras, 18 psicólogas y psicólogos clínicos y 23 enfermeros y enfermeras especialistas de salud mental por cada 100.000 habitantes.

Pues sí, no busquen más, esto es todo. Las preguntas se precipitan: ¿A qué salud mental se refiere esta ley de salud mental? La pista la encontramos ya en las primeras líneas de la Exposición de Motivos, cuando señala:

¹ Enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-185-1.PDF

La salud mental de la población se halla especialmente condicionada por determinantes sociales y económicos. Existe evidencia empírica de que las situaciones de desempleo y precariedad laboral son factores que incrementan el riesgo de padecer problemas de salud mental.

Asimismo, el estrés laboral, la desigualdad de género, las dificultades para conciliar la vida personal, familiar y laboral, la ausencia de tiempo de ocio, la aceleración del ritmo de vida, la falta de contacto con la naturaleza o la pérdida de vínculos sociales y comunitarios, entre otros determinantes, son causas o riesgos asociados a la proliferación de problemas de salud mental.

Otros factores culturales, como la difusión de discursos individualistas que ponen el foco en la auto exigencia y en la hiperresponsabilización individual, obviando las causas y estructuras sociales, contribuyen a perfilar una sociedad del cansancio en la que las personas se 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.

Resulta claro que, para los promotores del texto, la falta de salud mental se debe a factores socio-culturales, eso que se denomina «el estilo de vida occidental» y que bien pudiera denominarse el «estilo de muerte occidental». Sí, pero: ¿Lo que antes era la salud mental, la que se estudiaba en los tratados de psiquiatría, dónde queda?

Claro, los primeros que han protestado han sido los propios psiquiatras, mejor dicho, una parte de ellos, los que explican las causas de los trastornos mentales más en componentes biológicos (biologicistas) que en factores sociales. Así, la Agencia Europa Press, el día 13 de Octubre de 2021, recogía la reacción de la Asociación Española de Psiquiatría (SEP) en los siguientes términos:

Los psiquiatras rechazan la ley de salud mental de Podemos porque «conseguirá lo que quiere evitar».

Al no distinguir entre síntomas y trastornos mentales se conseguirá la psicologización y psiquiatrización de fenómenos que nada tienen que ver con los trastornos mentales.

La Sociedad Española de Psiquiatría (SEP) se ha posicionado en contra de la Proposición de Ley General de Salud Mental, realizada por Unidas Podemos y que fue admitida a trámite a finales de septiembre en el Congreso, ya que consideran que «de aprobarse, conseguirá lo que, en teoría, dice querer evitar».

«Esta ley, centrada en la pobreza, la opresión social, el patrono opresor, etc., está tan alejada de la práctica clínica habitual y de los problemas reales de las personas con trastornos mentales graves que lo único que conseguirá será diluir las carencias actuales de la atención en salud mental con otros problemas de la sociedad, alejados de lo que se considera patológico», critican. No aparecen los trastornos mentales graves.

Además, lamentan que «no se habla en todo el documento de los trastornos mentales graves, que son los que ocupan el quehacer principal de la atención en salud mental de nuestro país y los que sufren las carencias del sistema en número de profesionales: recursos intermedios, listas de espera, plazas de hospitales de día y centros de rehabilitación, políticas de integración en la vida laboral, etc.». «Se cita continuamente los malestares psicosociales y malestares de la vida cotidiana, pero no se nombra ni una vez la esquizofrenia, el trastorno bipolar, el autismo, las demencias o los trastornos obsesivos-compulsivos», insisten al respecto.

«En suma, la Propuesta de Ley está impregnada de aseveraciones que provienen de terrenos alejados a la atención clínica de los trastornos mentales, y confunde sistemáticamente la respuesta adaptativa del ser humano a las dificultades o la mera aparición de síntomas (cansancio, descontento, preocupación, malestar, etc.) con los trastornos mentales», remachan.

II. La cara que no se ve: pacientes mentales cumpliendo penas y medidas de seguridad en centros penitenciarios ordinarios. La privación de derechos de los pacientes en las unidades de hospitalización

Pues es aquí precisamente, donde no se ve porque no se quiere ver ni se quiere mirar, es donde se producen las mayores vulneraciones de derechos. Vamos a analizar las situaciones separadamente:

1. Pacientes mentales cumpliendo penas y medidas de seguridad en centros penitenciarios ordinarios

Lo que principalmente quiero poner de manifiesto no es tanto que estos ciudadanos estén cumpliendo condenas en centros penitenciarios ordinarios y que su presencia está en torno al 8% de la población reclusa total sino «¿por qué?», esto es, «¿qué han hecho?».

Una estadística elaborada en el año 2015 sobre personas con discapacidad puestas a disposición del Juzgado de Guardia de Córdoba² en calidad de detenidas, arrojó los siguientes datos: Del conjunto de las personas detenidas un 16% sufrían discapacidad o anomalías mentales. De ese 16 %, la inmensa mayoría, un 83 % fueron detenidos por la suma que representa la comisión de «delitos» de maltrato familiar (Artículos. 147, 171, 4-5, 172-3 del Código Penal) y contra los Agentes de la Autoridad: Desobediencia, Resistencia, Atentado (Artículos 550, 556 del Código Penal).

Pero ¿qué fue lo que hicieron estas personas para merecer ser detenidas, procesadas y condenadas?, pues lo siguiente:

1. Sufrir un episodio de agitación en la casa, con intervención de familiares (cuidadores) y eventual intervención también de agentes de la autoridad.
2. Sufrir un episodio de agitación en la calle, con intervención de los referidos agentes.
3. Ser detenidos, conducidos a comisaría, poco después al Juzgado de Guardia y ser sometidos allí a un «juicio rápido», que en pocas horas produce una sentencia condenatoria con conformidad del abogado de la defensa.
4. La condena por el delito de maltrato familiar conlleva como pena accesoria (Art. 48 del C. Penal) la prohibición de aproximarse o comunicar con la persona a quien ha maltratado, esto es, su familiar cuidador-principal, prohibición que a veces ni entiende y en muy pocos casos está en condiciones de cumplir, por lo que, al acudir de nuevo a su familia, comete un nuevo delito de quebrantamiento de condena que, sumado a los anteriores, va acercándole cada vez más a la prisión.

Es decir, que, de las 115 personas con discapacidad/trastorno mental, a fecha de 1 de enero de 2020 se encontraban cumpliendo condena en el centro penitenciario de Córdoba, cerca de 90 lo han sido como consecuencia de este tipo de episodios. Estos hechos son calificados, en mi opinión, indebidamente como delitos, cuando no pasan de ser incidentes socios sanitarios, motivados las más de las veces por la pertinaz omisión de la atención socio sanitaria.

Uno de los datos que ofrece la encuesta es que la mayor parte de los enfermos detenidos no estaban bajo un tratamiento médico (76,6%). Es sabido que el colectivo de personas con trastorno mental se divide en dos:

- Los que acuden a los centros de salud para tratarse.
- Los que no acuden, unos porque carecen de conciencia de enfermedad y otros porque no encuentran motivación para acudir.

Incluso se da la paradoja (ya puesta de manifiesto) de que muchas de las personas que acuden, en realidad, no tienen ningún trastorno mental y otras muchas, que sí los tienen, no acuden. De modo que

² <http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com.es/2014/01/n-75-discapacidad-salud-mental-judicial.html>

bien puede decirse eso de «no son todos los que están, ni están todos los que son».

El día 16 de Octubre de 2022 el diario *El País* publicaba un reportaje firmado por Antonio Jiménez Barca³ titulado: *Grupos anti-suicidio, urgencias psicóticas y falta de medios: el día a día de un centro público de salud mental*, decía: «La pandemia y una mayor conciencia de la importancia del bienestar psicológico, la soledad y la incertidumbre han hecho que los pacientes se multipliquen en este edificio de Lavapiés, en Madrid (...) El centro de salud mental de la calle Cabeza, en el corazón de Madrid, perteneciente al instituto de psiquiatría y salud mental del Hospital Clínico San Carlos, con su veintena de profesionales (psiquiatras, psicólogos clínicos, trabajadores sociales, enfermeros, administrativos, celador y personal de limpieza) es una especie de termómetro mental de la sociedad a la que atiende. Su radio de acción comprende un área de 150.000 personas donde hay zonas de clase media, con buenos sueldos, y barrios deprimidos donde no es raro encontrar casas con un baño compartido para cada piso. Su día a día sirve para comprender los males psicológicos que afectan a todos. Pasar una semana allí –incluso sin poder preguntar a los pacientes por razones de confidencialidad– permite contemplar una suerte de radiografía psicológica de España».

El reportaje pone de relieve la frenética actividad del centro, pero la pregunta es: ¿Qué pasa con los enfermos que no van, que no acuden a terapia? De hecho, están abandonados.

Contra esto se alza lo dispuesto en el Art. 20 de la Ley 14/1986 de 25 de Abril, General de Sanidad, que dispone:

«Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las administraciones sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios:

1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización».

La atención «externa», el seguimiento y control del paciente en domicilio o donde se encuentre (calle, albergues de transeúntes, etc.), es algo que los dispositivos de atención en salud mental se niegan obstinadamente (salvo raras excepciones), a abordar. Existen protocolos de actuación al respecto, pero en la mayor parte de las provincias y territorios, no se cumplen.

Y eso que en algunas Comunidades Autónomas tienen recogido en sus Estatutos de Autonomía que la atención a los pacientes mentales es prioritaria. Así, el artículo 22-3 del Estatuto de Andalucía dispone: «Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes». El artículo 13-2 in fine del Estatuto de Castilla y León lo recoge en idénticos términos: «Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.»

Lamentablemente esto no es así. Al paciente mental se le agravia dos veces. No solo no se le da un trato preferente, como recoge la ley, sino que se le da un trato, en

3 <https://elpais.com/sociedad/2022-10-16/grupos-anti-suicidio-urgencias-psicoticas-y-falta-de-medios-el-dia-a-dia-de-un-centro-publico-de-salud-mental.html>

cuanto a dedicación y dotación de recursos, muy inferior a la media que se dedica a otros trastornos y dolencias.

De este modo, la administración de Salud y Servicios Sociales, que se inhibe de sus responsabilidades, reenvía las consecuencias de su inhibición a la Justicia Penal. ¡Cabe mayor injusticia!

Frente a esto, ¿qué se puede hacer?

En primer lugar, la creación y dotación de Dispositivos de atención y seguimiento domiciliario y en la calle.

Existen algunas experiencias organizadas desde el propio ámbito de salud en el marco de lo que se conoce como «Tratamiento Asertivo Comunitario». Se trata de actuar en el medio del paciente, con contacto con los familiares, vecinos, instituciones, etc. El seguimiento permite detectar/evaluar los problemas de atención y actuar a tiempo. Estos dispositivos reciben distintas denominaciones (Equipos de Atención Intensiva Comunitaria, Equipos de actuación en crisis, etc.). En otros casos, ante la falta de respuesta de los dispositivos de salud, han sido los Ayuntamientos o algunas ONGs (como Cruz Roja, entre otras) los que han organizado dispositivos de atención en calle a pacientes con trastorno mental.

En segundo lugar, sería deseable «repensar» esto de los juicios rápidos y, en su caso, su eliminación o limitación a determinados delitos como los de seguridad vial y patrimonio. Los juicios rápidos son territorio del «no pensamiento», de la «no reflexión». No hay tiempo para ello. El Juzgado tiene que atender una pluralidad de asuntos. El juez y el fiscal apenas si ven al detenido, ni pueden reparar en sus circunstancias. Todo se basa en un acuerdo entre el fiscal y el abogado defensor que se tramita cibernéticamente hasta que la impresora proporciona una docena de folios en los que aparecen varios lugares para estampar firmas.

Así, no es de extrañar que el fenómeno de la «enajenación inadvertida» se haya multiplicado por cuatro desde la implantación de los juicios rápidos (2003).⁴

La discapacidad, anomalía psíquica o trastorno mental del detenido es una circunstancia de enorme relevancia que exige análisis y meditación serena. Existe la posibilidad que lo que comenzó como un juicio rápido se transforme en tramitación ordinaria en la que ya es posible el análisis sereno, pero rara vez se produce esta adecuación, por el simple hecho, como ya se ha señalado, de que no se repara en la existencia de esta circunstancia o, cuando se detecta, se busca rápidamente la condena atenuada (rebaja de un tercio) que supone la conformidad con la misma.

Debería el Parlamento aprobar una reforma que excluyese del objeto de los juicios rápidos los delitos de maltrato familiar y contra los agentes de la autoridad. Solo con esta medida la población reclusa de personas con discapacidad se vería enormemente mermada saliendo de este modo al paso de la enorme injusticia que se está cometiendo.

Lamentar, por otro lado, el poco conocimiento y aplicación entre los profesionales del derecho, de la reforma que en el año 2015 se produjo en el Art 48-1 del C. Penal, precisamente para intentar dotar de «racionalizar» la aplicación de medidas de alejamiento a personas con discapacidad. Dice así: (Reforma L.O. 1/2015 de 30 de Marzo): «La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una

4 <http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com.es/2011/10/n-40-juridico-salud-mental-varias.html>

discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida».

Para concluir este punto, relativo a la situación de los pacientes mentales en prisión, transcribo lo que señala el Defensor del Pueblo en el Informe de 2021 (Resumen) del Mecanismo Nacional de Prevención y Supervisión de lugares de privación de libertad en España, en las páginas 42 a 44 se señala en relación con la situación de reclusos con padecimientos mentales:

«Se valora positivamente por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) la adopción de la Instrucción 03/2018 SGIP, por fomentar la reducción en el uso de medidas de contención y que lo sea en estricto cumplimiento de los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad, recogidos en el art. 72 del Reglamento Penitenciario (RP) [§ 115-116]. Además, se han abordado los siguientes asuntos:

En cuanto a las denuncias de malos tratos, por parte del CEPT se celebra la publicación de un protocolo de actuación para orientar a los centros. Si bien, dadas las deficiencias detectadas, es necesario unificar el formato de registro y mejorar la cumplimentación. Además, se considera prioritario garantizar la protección de las personas inmersas en una investigación.

Nuevamente se ha manifestado la necesidad de impartir formación específica al personal médico para la redacción de los partes de lesiones y que son estos los que deben remitirlos directamente a la autoridad judicial. En las visitas, se detectó que los partes de lesiones y la aplicación de medios coercitivos durante fines de semana o festivos, no se notificaba inmediatamente a la autoridad judicial, por lo que se formuló una Recomendación al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Respecto del régimen cerrado, se ha incidido en la necesidad de trabajar en la preparación de la progresión de grado y la mejora estética de los módulos para crear un ambiente menos opresivo.

Se debe potenciar la reducción del uso de los medios coercitivos, en especial de la suje-

ción mecánica, promoviendo la formación del personal penitenciario y el empleo de medidas alternativas. El objetivo a largo plazo es la sujeción total.

Nuevamente se ha comprobado que se practican sujeciones mecánicas prolongadas motivadas por intentos de suicidio, lo que a juicio de este mecanismo supone una práctica cuestionable. En línea con el CPT que, concibe su utilización en personas con una enfermedad mental o que han cometido un acto de autolesión o intento de suicidio, como un castigo, más que como una medida de seguridad.

Se recomendó que la grabación de este tipo de sujeciones, se remita para su supervisión no solo a la inspección, sino también a la autoridad judicial y a la fiscalía, propuesta que ha sido rechazada.

Se aboga por potenciar la mediación y el asesoramiento de los servicios de orientación jurídica penitenciaria para una reducción del uso del régimen disciplinario.

En este sentido, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, en su último informe, recomienda que se establezca un procedimiento para revisar la sanción en caso de traslado a otro establecimiento penitenciario, si esta se ha dictado hace meses y el comportamiento del interno en el nuevo centro justifica su revisión.

De igual manera, este organismo sigue insistiendo en la importancia de que el aislamiento no exceda los 14 días consecutivos por el efecto nocivo que tiene dicha sanción y, en la necesidad de garantizar que los actos de autolesión no sean objeto de castigo.

Se ha vuelto a poner de manifiesto que la video vigilancia debe captar tanto imágenes como sonido y que el plazo de conservación se amplíe como mínimo seis meses.

Se siguen detectando deficiencias en la tramitación de las instancias en general.

Se constató que la asistencia sanitaria tiene amplios márgenes de mejora y que, en especial, es necesario el refuerzo de la atención psiquiátrica y psicológica.

El CPT considera que se debería hacer una evaluación sanitaria cognitiva –en especial psiquiátrica– más detallada de cada recluso y que el sistema español de atención especializada es ineficiente, ya que no cuenta con psiquiatras contratados a tiempo completo ni psicólogos clínicos. En el caso de los pacientes con enfermedad mental, se aprecia una ausencia de intervenciones específicas y un control basado en farmacoterapia.

Además, reclama la adopción de medidas que garanticen la confidencialidad en la solicitud y desarrollo de las consultas médicas.

Se instó a ajustar los aislamientos preventivos –justificados por la pandemia– a las indicaciones del Ministerio de Sanidad.

El CPT valora positivamente el enfoque adoptado por las autoridades españolas durante la pandemia, si bien recuerda la importancia de que durante la cuarentena se permita a la población reclusa el ejercicio al aire libre.

En las visitas se observó que sigue habiendo deficiencias en algunas instalaciones penitenciarias que generan condiciones inhumanas de habitabilidad.

Se insiste en la necesidad de adoptar medidas para evitar la falta de información y dificultad de comunicación de ciertos colectivos como las personas extranjeras o con discapacidad.

Cabe destacar la dotación insuficiente de plantilla en algunos centros, en especial de personal sanitario, y la necesidad de incorporar las nuevas tecnologías en el desarrollo de la actividad laboral.

El CPT recomienda adoptar medidas tendientes a revertir la escasez de personal, como hacer más atractiva la plaza laboral ofertada [§ 130-194]».

Por su parte, la COEP CV (Red que agrupa a más de 15 entidades del tercer sector que intervienen en prisiones) con motivo del Día Internacional de la Salud Mental (10 de Octubre) ha elaborado un «Manifiesto» en el que se afirma: «Las personas con problemas de salud mental que por determinadas circunstancias terminan entrando en prisión son uno de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad. La población penitenciaria alcanza alrededor de un 65% de personas con problemas de adicción y un 40% personas con trastorno de salud mental. Es decir, casi más de la mitad de la población penitenciaria tiene patología dual (según datos del Observatorio de Derechos Humanos y Salud mental en Prisión, publicado por Associació Àmbit, y de la Red de Organizaciones Sociales del Entorno Penitenciario). Esta situación no solo afecta a las personas implicadas

directamente, sino también a toda la sociedad, que tiene el deber y la responsabilidad de que los derechos humanos de estas personas sean reconocidos y respetados».

2. La privación de derechos de los pacientes en las unidades de hospitalización

Particularmente pienso que la situación de los pacientes en estas Unidades es notablemente peor que la de los que se encuentran en los Centros Penitenciarios. La dinámica carcelaria ha impuesto, a través de sucesivas reformas, controles y salvaguardas para los internos ordinarios, de las que, en algún modo, se benefician los pacientes con trastornos o anomalías mentales.

No puedo decir que esto ocurra en las Unidades civiles de hospitalización para pacientes mentales. Algunas Comunidades Autónomas han elaborado Manuales y Protocolos de Buenas Prácticas que no pasan de ser buenos deseos, pero cuyo cumplimiento nadie vigila.

La Ley 8/2021 de 2 de Junio de reforma del Código Civil para el apoyo a las Personas con Discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dejado sin modificar el Artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil donde se regulan las garantías judiciales de los ingresos involuntarios.

La frustración por este hecho es inmensa pues, en mi opinión, es el precepto que más necesitado estaba de reforma. Con ello se ha perdido la oportunidad de establecer por ley y de modo específico los derechos de los pacientes dentro de los Centros y Unidades de Hospitalización.

Para concluir este punto relativo a la situación de los pacientes mentales en las Unidades Ordinarias de Hospitalización, al igual que hice en el punto anterior, transcribo lo que señala el Defensor del Pueblo

en el informe 2021 (Resumen) del Mecanismo Nacional de Prevención, ya citado, en la página 57 puede leerse:

El MNP comparte el criterio del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, (CPT), y considera que las contenciones se están realizando en unas condiciones de supervisión insuficiente. Cabe destacar los siguientes aspectos:

En algunas de las habitaciones destinadas a realizar las contenciones se pudo constatar que estaban ocupadas de forma permanente por personas ingresadas, encontrándose las correas siempre colocadas en la cama.

Se advirtió en los pacientes signos de evidente sobre medicación.

No se cuenta con un protocolo específico de prevención de suicidios.

Continúa sin facilitarse el acceso al sistema de presentación de quejas de las personas internas.

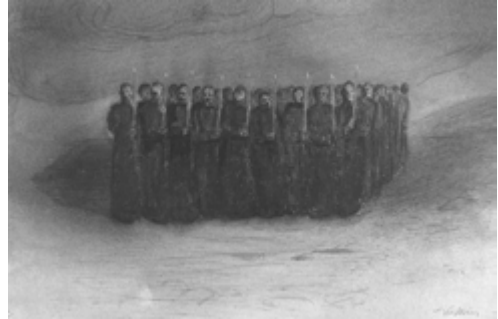
En muchos de los centros de salud mental visitados se constataba la escasez de profesionales de la psicología. El Hospital de Conxo cuenta tan solo con una psicóloga para 188 residentes, aunque se informó que había dos en plantilla.

Se evidencia una escasa participación de las personas internas en las actividades de rehabilitación e intervención psicoterapéutica.

Finalmente, cabe destacar que en este centro se impone habitualmente como sanción el «castigo a pijama». La imposibilidad de poder usar la propia ropa durante el día es una medida que no conduce al reforzamiento de la identidad personal y de la autoestima. Se realizó una Sugerencia para que, conforme a lo propuesto por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura en el párrafo 34 de su mencionado informe, se facilite que los pacientes que se encuentren en las unidades de régimen cerrado puedan vestir su propia ropa durante el día [§ 297-303].

III. Epílogo

En suma: actualmente se ha puesto el foco de la atención en salud mental en la ansiedad, la tristeza y la angustia, realidades éstas que afectan a un porcentaje muy



Alfred Kubin, *Masa Negra*, 1905

alto de la población. En sus manifestaciones más graves llevan al suicidio, siendo esta una preocupación prioritaria de las autoridades políticas y sanitarias.

Estimo que esta tan legítima como obligada preocupación, no debe dar lugar al olvido y desatención de las personas que sufren padecimientos mentales clásicos (psicosis, trastorno bipolar, etc...) que, sin perjuicio de que cursan también con una dolorosa cifra de suicidios, provocan en muchos casos la comisión de hechos que, a través de los denominados «juicios rápidos» (donde su padecimiento pasa generalmente inadvertido), les lleva directamente a ingresar en prisión.

A esto hay que añadir que, la otra forma de privación de libertad, que representa el ingreso y permanencia en Unidades de Hospitalización de Salud Mental, conlleva el riesgo de pérdida y vulneración de derechos de los internos.

El control judicial del ingreso resulta claramente insuficiente a estos efectos. Sería precisa una reforma legal que abordase, ya sin más dilaciones, el tema de las contenciones y del resto de privaciones y restricciones de derechos de estos pacientes.

Atenienses, salaminos y lacedemonios de ayer y de hoy

Un diálogo con Pasolini en el centenario de su nacimiento

Antonio GIMÉNEZ MERINO

El 2 de noviembre se ha cumplido el centenario del nacimiento de Pier Paolo Pasolini (1922-1975). El *año Pasolini* está dando lugar a numerosos actos conmemorativos y a la edición de muchas de sus obras hasta ahora inéditas en castellano, de modo que por fin es posible acceder al corpus principal de su producción en nuestra lengua. Corren tiempos de reconocimiento y admiración hacia este autor universal que contrastan con la persecución de que fue objeto en vida, como ejemplifican los 33 procesos judiciales (sin condenas) que hubo de afrontar entre 1960 y 1975. La magistratura italiana dio curso a numerosas denuncias infundadas como forma de robar la dignidad de un hombre que resultó molesto a muchísima gente, por lo que no resulta extraño que su asesinato, mientras se hallaba investigando las conexiones entre los servicios secretos italianos, la logia P2 y el *Ente Nazionale Idrocarburi* (ENI), nunca se haya tratado de esclarecer en serio¹.

Pero la mejor manera de rendir tributo a Pasolini no consiste en hacer glosa de las vicisitudes de su vida y de su trágica muerte, sobre las que el lector interesado encontrará ríos de tinta, sino en recuperar su voz y comprobar cómo ésta nos sigue interpelando en nuestro tiempo. Justamente el motivo que explica el tremendo interés que todavía suscita su obra.

Por quién y contra quién luchar

La cuestión que examinaré en este texto la expresa trágicamente Pasolini en una entrevista de 1973: «¿Por quién seguir luchando, si el pueblo ha dejado de existir? Y ¿contra quién luchar?»².

Para abordar el problema he tomado un texto poco conocido de nuestro autor: una Conferencia escrita en 1972 para su lectura de viva voz, publicada con el título «Prologo: E. M.» en el primer número de

1 Sobre los detalles de este asunto, hay que remitir al ensayo de Zecchi, S, *L'inchiesta spezzata di Pier Paolo Pasolini. Stragi, Vaticano, DC: quel che il poeta sapeva e perché fu ucciso*, Ponte alle Grazie, Milán, 2020.

2 «Tierra sumergida», en Pasolini, P. P., *Todos estamos en peligro. Entrevistas e intervenciones*, trad. de Capella, J.-R., Giménez Merino, A. y Torrell, J., Trotta, Madrid, 2018, p. 341 (Entrevista de Enzo Golino publicada en *Il Giorno* del 29 de diciembre de 1973 con el título «Pasolini: terra già sommersa»).

1973 de la revista *Nuovi Argomenti* (de la que fue codirector desde 1965 con Alberto Moravia y Alberto Carocci) y concebida como un modo de «afrontar de manera racional y marxista la crisis del marxismo en el terreno cultural».

Comienza así:

Ante todo debo aclarar que no me encuentro en un momento especialmente feliz de mi vida de intelectual: tengo la vaga sensación, por ejemplo, de que mis palabras suenan aquí desprovistas de novedad y autoridad.

[...] empecé a trabajar en una época en la que se esperaba que los objetos durasen mucho tiempo, característica cuya ausencia determinaba que ni siquiera fueran tomados en consideración. Mientras que hoy sigo trabajando (sin haberme adaptado a los tiempos) en una época en la que, en cambio, de los objetos se espera que puedan ser consumidos rápidamente. Lo que importa es el resultado, no el valor.

Que esta idea [...] sea propia de la juventud es un hecho que hay que asumir [...]. Pero que por puro servilismo, por el mero anhelo de sobrevivir, la idea sea asumida por hombres no muy mayores pero que ya no son jóvenes, sólo puede suscitar indignación³

De esta manera, Pasolini dejaba anotar el fenómeno en curso en aquel tiempo de la rendición consciente al consumo de masas por una generación *culta*, formada en un tiempo anterior al consumista que les había proporcionado, precisamente, los medios necesarios para poder vivir mediante el trabajo intelectual.

Y a continuación precisa más esta idea:

La inocencia, para entendernos, se identifica con los valores constituidos. La destrucción de la inocencia comporta la destrucción de valores. [...]

La generación de la rebelión del 68 vive ya, hoy, en 1972, la culpa de sentirse inocente [...]. Cuatro escasos años han tenido el mismo peso que los largos veinte años que necesitaron los

chicos del 45 para enfrentarse —a la postre inútilmente— a su culpa.

Pero entre quienes eran jóvenes en el 45 y quienes lo eran en el 68 están los que fueron jóvenes durante los años cincuenta: es decir, que hay una «generación entre medias», la que ahora tiene entre treinta y cuarenta años.⁴

Pasolini describe aquí un salto histórico que se produce en el contexto de tres generaciones («en realidad, categorías») de jóvenes de izquierda que convergen en un mismo tiempo desde planos político-culturales distintos. Y le pone un nombre a cada una, como en una tragedia griega:

Los «atenienses» serían los jóvenes de izquierda de los años 40 embebidos en el antifascismo predominante en la posguerra, es decir, en una cultura de oposición y de *guerra de posiciones* dentro de un contexto todavía de pobreza generalizada. Por eso señala que vivían *en la inocencia*.

Los «salaminos» —los protagonistas principales de este relato— equivalen a los jóvenes de izquierda de los años 50, nominalmente antifascistas y llegados a adultos en los años 60, durante la gran expansión económica que les abrió las puertas al consumismo. Gracias al esfuerzo interventor del Estado social, sellado en la Constitución de 1948, muchos de ellos llegaron a convertirse en sociólogos, escritores, periodistas, profesores, políticos, etc.

Por fin, Pasolini denomina «lacedemonios» (espartanos) a los jóvenes del 68, en apariencia radicales pero esencialmente rupturistas con la cultura «tacticista» ateniense, encarnada en aquel tiempo por Palmiro Togliatti⁵.

4 Ibid., pp. 243-244.

5 Bastante antes, en 1965, Pasolini ya había representado la superación de esa fase a través de la inserción de imágenes de los históricos funerales de Togliatti en la fábula cinematográfica *Uccellacci e uccellini*.

3 *Nuovi Argomenti*, n. s., n.º 31, ene.-feb. 1973, como prólogo a «Ocho preguntas sobre el extremismo». Luego en Sitti, W. y De Laude, S. (eds.) *Saggi sulla politica e sulla società*, Mondadori, Milán, 2012⁶, p. 242.

El triunfo salamino

El tema central del texto es el triunfo de los salaminos, en una analogía con la historia antigua: Salamina, aliada de Atenas, la traicionó al ponerse del lado de su rival Macedonio.

Lo esencial, según Pasolini, es que esta generación intermedia se vio envuelta «existencialmente» dentro de una cultura nueva (la de la técnica y la información, la dictada por el ejecutivo de empresa), «prefigurando el hombre futuro, íntimamente tecnificado, perfectamente preparado, racional hasta la médula»⁶.

Efectivamente, entre 1955 y 1962 se creó la RAI, surgieron los grupos editoriales Mondadori y Rizzoli, se renovó la industria cinematográfica italiana, y se importaron de Estados Unidos la figura del «gestor cultural» o *manager* y las reglas del *marketing*. Unas transformaciones que trajeron consigo la asalarización de una masa de intelectuales y un mercado nuevo de bienes culturales, dentro de una lógica consumista e interclasista, en lo que por entonces empezó a llamarse «la máquina cultural»⁷.

Sin condenar políticamente a sus padres (pues nominalmente seguían adscritos a la cultura antifascista) los salaminos de Pasolini se habrían puesto primero del lado de los lacedemonios («sus nuevas tropas») para luego *llenar el vacío de poder* que estaba creando la marea consumista, procediendo a liquidar, *todavía desde posiciones de izquierda*, a los viejos atenienses. (Una historia que recuerda, por cierto, a lo que acontecería bastante tiempo después en España, en los años ochenta, si miramos la

masa de intelectuales *antifranquistas* que acabaron alineándose orgánicamente con el proyecto modernizador del Psoe de Felipe González⁸). Pasolini expresaba de este modo lo que supuso, en términos de pedagogía democrática, el rechazo radical al antiguo mundo de los bienes escasos.

Lo que había mantenido a los indignados atenienses vivos y resistentes fue justamente «la lucha comunista por los bienes necesarios»⁹, algo que iba mucho más allá de las luchas por los derechos que luego tendrían lugar en la Italia del desarrollismo y que abrazaba cosas como la preservación del patrimonio histórico-artístico o una cultura al alcance de todos («En ese mundo que no era / siquiera consciente de la miseria, / alegre, duro, desprovisto de fe, / ¡yo era rico, poseía! [...]. / Tenía a mi alcance bibliotecas, / museos, toda una suerte de medios de aprendizaje»¹⁰).

Si en los años 50 la cultura comunista resultó decisiva para la conquista de derechos sociales y la dotación de instrumentos culturales a masas amplias de trabajadores, la penetración posterior del consumismo a través de la producción masiva apoyada en

8 Comenta al respecto J.-R. Capella: «Respecto del profesorado el gobierno de Felipe González recurrió a una solución drástica: convirtió en funcionarios prácticamente a todos los profesores que no lo eran, acabando con el proyecto de relación contractual generalizada propuesta por el profesorado activamente antifranquista en la etapa anterior. Al hacerlo el gobierno Psoe trató de satisfacer una necesidad política distinta de la educativa: buscaba obtener la alianza del más amplio sector de intelectuales con influencia social, el de los docentes universitarios, para su proyecto de entonces, consistente en establecer una política económica neoliberal e ingresar en la Otan, y desvincular a los intelectuales de las clases trabajadoras» («La crisis universitaria y Bolonia», *Mientras tanto*, n° 110-111, 2009, p. 55).

9 «Apunte para una poesía en rústico» (1974), *Mientras tanto*, n° 25, 1985, p. 116. También utiliza la misma fórmula en *Volgar eloquio*, Athena, Nápoles, 1976 (después en Editori Riuniti, Roma, 1987).

10 Pasolini, P. P., «La riqueza» (1955-1959), en *La religione del mio tempo*, poemario incluido en *Tutte le poesie*, vol. I, Mondadori, Milán, 2015³, p. 910 (hay trad. cast.: *La religión de mi tiempo*, Nórdica Libros, Madrid, 2015).

6 «Prologo: E. M.», cit., p. 247.

7 Una descripción detallada sobre la aparición y desarrollo de este fenómeno en Luperini, R., *Il Novecento. Apparat ideologici, ceto intellettuale, sistemi formali nella letteratura italiana contemporanea*, Loescher, Turín, 1981, vol. II, pp. 718-721.

la televisión y la masificación de los nuevos bienes-salario estaba produciendo, invisiblemente, toda una fractura generacional.

De este modo, «como en una tragedia griega», una *Mente* del capitalismo –nos dice PPP en el mismo 1973– había hecho coincidir por fin el destino de la humanidad con el viejo sueño integrador de la burguesía:

La cuestión de fondo es la destrucción sistemática de todas las culturas distintas de la cultura burguesa. Si cierro los ojos y pienso en la historia de la burguesía lo que veo es que dicha historia se configura de un modo coherente, como en una tragedia griega. Hay un *Nous*, una *Mente* que crea, transforma y destruye las formas de vida a su propio antojo [...].

La *Mente* realiza una serie de operaciones a escala mundial con las que tiende a reconducir todas las culturas *otras* (como lo son las populares) dentro del gran flujo de la cultura burguesa. Lo cual sirve para hacerlas entrar económicamente en el ciclo de la producción y el consumo¹¹.

¿Es posible reemprender el diálogo roto con el pasado?

Más recientemente, el historiador Luciano Canfora ha sacado a relucir esa *Mente* moderna («el brujo») en el contexto de la desigualdad y el desastre medioambiental que nos amenazan:

[...] el capitalismo es ese titánico brujo que, unificando el planeta en nombre y bajo el signo de la ganancia, ha suscitado y desencadenado fuerzas que no sabe ni puede dominar. Estas fuerzas [...] son las heridas irreparables infligidas al planeta, abocado al desastre bioambiental porque el «brujo» no está dispuesto a dar marcha atrás en sus decisiones miopes y devastadoras.¹²

11 «Ya no hay futuro», en Pasolini, P. P., *Todos estamos en peligro*. cit., pp. 318-319 (Entrevista de Massimo Conti publicada en *Panorama* el 8 de marzo de 1973).

12 Canfora, L., *La schiavitù del capitale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 82.

Sabemos que el mundo actual está completamente transformado respecto al de 1973.

Si por un lado el modelo globalizador neoliberal ha acelerado enormemente el crecimiento respecto a aquella etapa del desarrollo¹³, por otro la riqueza producida se ha distribuido de manera crecientemente desigual¹⁴ y la movilidad social ha quedado invertida en sentido descendente¹⁵. En consecuencia, capas cada vez más densas de personas carecen de lo más elemental en el propio seno de los países *ricos*, donde la soledad y el sufrimiento son moneda común en nuestros días.

Al lado de esto, como señalaba Canfora, la destrucción del planeta aparece como la otra gran amenaza mundial, probablemente la más importante.

Estas realidades consolidadas confirman los peores presagios de Pasolini. La negativa general a contemplar otra alternativa económica a la del desarrollo destructivo y desigual –como ilustra la reiterada resistencia de los países más desarrollados a alcanzar acuerdos globales sobre el clima (o a hacerlos cumplir) o sobre la fiscalidad de las transnacionales y el sector financiero– revela la inexistencia, pese a

13 Vid. Estévez Araujo, J.-A., «Las transformaciones económicas de la globalización neoliberal», en id. (ed.), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Trotta, Madrid, 2021, pp. 23-67.

14 Según las estimaciones de Piketti, la parte del crecimiento mundial captada por el 1% más rico de la población a lo largo del periodo 1980-2018 fue del 27%, frente al 13% correspondiente al 50% más pobre. En la UE, la participación en la renta nacional del 10% de la población con mayores ingresos era del 25-35% en 1980, mientras que en 2018 ya alcanzaba el 35-55%. Por el contrario, la participación del 50% más pobre pasó del 20-25% en 1980 al 15-20% en 2018 (Piketti, T. *Capital e ideología*, Deusto, Barcelona, 2019, pp. 36-37 y 42-43).

15 Vid. el brillante análisis al respecto de Barcellona, M., *Entre pueblo e Imperio. Estado agonizante e izquierda en ruinas*, Trotta, Madrid, 2021, cap. III (trad. del original en italiano: *Lo Stato morente e la sinistra perduta. Tra impero e popolo*, Castelvecchi, Roma, 2017).

las urgencias, de un horizonte global compartido.

Sin embargo –o precisamente por todo ello– las estanterías de las librerías se han llenado estos últimos años de los libros de Marx, Benjamin, Luxemburg o del propio Pasolini, lo que podría ser un indicador de cierta reactivación de las resistencias sociales. Es preciso preguntarse, al respecto, cuáles son las *nuevas luciérnagas* que han venido a sustituir a las desaparecidas de Pasolini¹⁶. Si las luciérnagas pasolinianas pueden operar, *también*, como una imagen de la esperanza cuya condición de realizabilidad reside en la capacidad de saberlas ver para encontrar esos pequeños resquicios a los que Benjamin llamó «las puertas abiertas de la historia»¹⁷. Y eso, en sí mismo, constituye un trabajo político.

En «El artículo de las luciérnagas» Pasolini registraba la destrucción no sólo del medio natural, sino también del sustrato antropológico sobre el que se sustentaba una diversidad cultural rica hasta la aceleración del desarrollo a partir de los años 60. La modernización depredadora se había convertido sigilosamente en la gran institución simbólica de nuestro tiempo, configurando un campo de representaciones homogéneo que permitió a Pasolini representar dicho tiempo como un nuevo totalitarismo (la *servidumbre voluntaria* de Salò). Por entonces –aún con sistemas redistributivos expansivos y sin la percepción de la amenaza medioambiental– planeaba el convencimiento general de que se esta-

ba de parte de la única razón posible, o cuando menos de que aquella realidad era la única posible.

Pero en 1975 Pasolini ya se refería a la formación de «ejércitos nuevos transnacionales, casi policías tecnocráticas»¹⁸, aunque por entonces todavía no fuera posible saber que ese nuevo poder adoptaría la forma actual de una plutocracia o poliarquía tecnocrática con preeminencia del sector financiero y regida por las reglas desestatalizadoras de la gobernanza. De ahí que se limitara a referirse a un «vacío de poder».

Y pese a todo, Pasolini no se quedó instalado en el pesimismo.

Si nos fijamos en su «Intervención en el Congreso del Partido Radical»¹⁹, o en su guión no filmado *Porno Theo Kolossal*²⁰, vemos que en la consciencia de Pasolini anidaba la idea de que las personas comprometidas no son mas que las portadoras, durante un tiempo limitado, de un testigo *que hay que pasar al siguiente corredor*. Así lo explicaba él mismo en una entrevista concedida ese último año de su vida:

En realidad, el mundo no mejora nunca. La idea de mejorar el mundo es una de esas ideas-coartada con que se consuelan las conciencias infelices u obtusas [...]. Por tanto, una de las maneras de ser útiles al mundo es decir sin rodeos que el mundo no mejorará nunca, y que sus mejoras son metahistóricas, se producen en el momento en que alguien afirma algo real o lleva a cabo una acción de coraje intelectual o civil. Solo una suma (imposible) de dichas palabras o dichos actos produciría una mejora concreta del

18 «L'articolo delle lucciole», cit., p. 133.

19 «Estoy aquí como marxista que vota por el PCI y espera mucho de las nuevas generaciones de comunistas, que confía en ellas [...]. Hay que luchar por la conservación de todas las formas, alternas y subalternas de la cultura» (*Cartas luteranas*, trad. de Giménez Merino, A., Capella, J.-R. y Torrell, J., Trotta, Madrid, 2017³, p. 167).

20 *Porno-Teo-Kolossal*, trad. cast. de A Giménez Merino y J.-R. Capella, en *mientras tanto*, nº 53, enero-febrero 1993, pp. 81-124; también en *Salò. El infierno según Pasolini*, ed. de Maresca, M. y Mendiguchía, J. I., Filmoteca de Andalucía, Córdoba, 1993, pp. 207-264.

16 Se alude al famoso texto de Pasolini «L'articolo delle lucciole», *Corriere della sera*, 1 de febrero de 1975; después en *Scritti corsari*, Garzanti, Milán, 1975 (hay trad. cast.: *Escritos corsarios*, Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, Madrid, 2009; y Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2022).

17 Se hace alusión a la lectura de la metáfora pasoliniana sostenida en positivo por Didi-Huberman, G., *Supervivencia de las luciérnagas*, Abada, 2012 y llevada al cine por Vincent Dieutre, *Orlando Ferito* (2013).

mundo. Y eso significaría el paraíso, pero también la muerte.

En cambio, eso sí, el mundo puede empeorar. Esa es la razón por la que hay que luchar continuamente; y luchar, además, por un objetivo mínimo, es decir, por la defensa de los derechos civiles (cuando se hayan conquistado a través de luchas precedentes). Y es que los derechos civiles están eternamente amenazados, eternamente en el filo de ser suprimidos. Por lo tanto, hay que luchar para crear nuevos tipos de sociedades en las que esté garantizado un programa mínimo de derechos civiles. Por ejemplo, una sociedad verdaderamente socialista.²¹

La defensa de los derechos conquistados a través de luchas precedentes hace referencia a la historicidad y a la fragilidad de los derechos. La amnesia del pasado que la sociedad de la inmediatez consumista genera en las cabezas de las personas, con la consiguiente falsa ilusión de tener ciertos derechos asegurados, deja de lado lo mucho que cuesta conquistar democráticamente la distribución de modestas porciones de poder entre la población y la facilidad, en cambio, con las que estas conquistas pueden desaparecer (hay múltiples ejemplos de ello: desde los recortes de libertades que han comportado las legislaciones antiterroristas hasta la reciente involución del derecho al aborto en EE.UU., pasando por el despliegue de recortes sociales que siguió a la crisis financiera global de 2008).

Hoy, los corredores que toman el testigo de las luchas precedentes son los jóvenes que están abriendo los ojos, cuando menos, a la ausencia de un horizonte vital anunciado por la desigualdad y la falta de expectativas laborales. Nuevos atenienses que reclaman un cambio ocupando la Pla-

za pública²², instituyéndose como un sujeto político y estableciendo de esta manera un nexo con todas las luchas que les preceden. Y son también los que se rebelan frente al desastre ecológico, que tienen ante sí, además, la dificultad de interiorizar la perspectiva de la autolimitación necesaria a la hora de ejercer determinadas libertades dentro de un planeta exhausto.

Lo primero tiene que ver con la destrucción de trabajo que presagia el proceso de robotización de la producción²³ y la expectativa de precariedad anunciada por la expansión en curso de las grandes empresas de la distribución. Dos aspectos que conectan con la crítica pasoliniana a la escisión entre las ciencias aplicadas y las ciencias humanas que ya se estaba produciendo en el tiempo salamino de su relato²⁴.

En cuanto a la idea de imponer límites ecológicos al desarrollo y de distribuir de otra manera los recursos, hallamos también referencias precisas en textos de Pasolini como el ya comentado de las luciérnagas o en su documental dirigido a la Unesco sobre la necesidad de preservar el patrimonio cultural del Yemen (*Le mura di Sana'a*, 1970), hoy profusamente demolido por las bombas árabo-saudíes. Unas

22 Se alude a la metáfora utilizada por Pasolini para expresar el poder constituyente emanado de la opinión y las necesidades de la gente común, en contraposición a los centros de poder real («Fuera de Palacio», *Cartas luteranas*, cit., pp. 85-90).

23 Vid. Ford, M., *El auge de los robots. La tecnología y la amenaza de un futuro sin trabajo*, Paidós, Barcelona, 2016; Acemoglu, D. y Restrepo, P., *Robots and Jobs: Evidence from US Labor Market*, MIT Economics, 2017; así como el más antiguo Rifkin, J., *El fin del trabajo*, Paidós, Barcelona, 2010.

24 Las transformaciones cualitativas que produjo el capitalismo evolucionado bajo el modelo fordista fueron advertidas por Lukács a mediados de los años sesenta. Pasolini las exploró desde los problemas de la escisión entre las ciencias técnicas y las humanas (en los ensayos recogidos en 1972 en *Empirismo eretico*, Garzanti, Milán, 2015) y desde el consumismo y la absorción de los intelectuales por la industria cultural (*Escritos corsarios y Cartas luteranas*, cit.).

21 «Quasi un testamento», entrevista de Peter Dragadze, *Gente*, 17 de noviembre de 1975 (después en Sitti, W. y De Laude, S., eds., *Saggi...*, cit., p. 863; trad. cast. en *Demasiada libertad sexual os convertirá en terroristas*, Errata Naturae, 2014, pp. 168-169).

ideas que en nuestros días hallan continuidad a través de los distintos llamamientos a la protección de los llamados «bienes comunes».

La impugnación del pasado protagonizada por los lacedemonios y aceptada por los salaminos señalaba el camino contrario que nos ha llevado hasta aquí. Desde las protestas del 68, las instituciones político-económicas no han hecho más que acrecentar su poder para restaurar el orden, con medios tecnológicamente cada vez

más sofisticados frente a ciclos de protesta carentes de un proyecto y una base social compactos.

Cómo organizar el pesimismo más allá de las luminiscencias pasajeras de nuestros días constituye un problema que escapa de las limitaciones de este escrito. Su modesto propósito ha consistido en mostrar cómo el diálogo con el pasado al que nos invita la lectura de Pasolini sigue siendo un libro abierto a las generaciones presentes.

Rossana Rossanda (1924-2020): comunista sin carnet

Montserrat GALCERÁN

«Para ser comunista no hace falta carnet» exclamó Aldo Natoli, cuando tanto a él como a Rosana Rossanda y a Lucio Magri les expulsaron del Partido Comunista italiano en 1969. Rossana había militado en él desde los 18 años. El decurso de su vida y de su militancia política puede entenderse como un contra movimiento que sigue las derivas del Partido comunista italiano, el famoso PCI que, fundado en 1921, marca la historia de Italia de la segunda mitad del siglo pasado. Rossana fue miembro activo de ese partido de cuya dirección formó parte, hasta que la agitada historia de los años 70 la dejó fuera, juntamente con otros militantes como Luigi Pintor y Lucio Magri; con ellos fundó el periódico *Il Manifesto*, todavía activo. Su muerte, en 2020, pone punto final a la experiencia política de toda una generación, aquella que nació a la política en las luchas partisanas contra el fascismo durante la segunda guerra mundial, que atraviesa los años de plomo durante los setenta, que conecta con los nuevos movimientos sociales, entre otros con el feminismo, y que, afortunadamente, se ha librado de ver el ascenso del nuevo fascismo convertido en opción de Gobierno en los veinte del siglo XXI. Toda una parábola, trágica y siniestra.

Rossana, que había vivido el auge del fascismo desde los 30, desconfiaba del buen sentido innato de «las masas». Sabía muy bien que pueden imponerse derivas muy peligrosas que, sin embargo, cuentan, aunque sólo sea temporalmente, con

el apoyo de amplias masas ciudadanas. El fascismo no se entiende sin ese apoyo popular, lo mismo que el neofascismo de nuestros días. Otra cosa es que ese apoyo disminuya o incluso desaparezca, cuando la brutalidad de esa opción de gobierno sale a plena luz, pero es posible que entonces sea demasiado tarde y que los nuevos gobernantes, aunque pierdan el apoyo popular, no se resignen a abandonar los gobiernos, incluso si tienen que suspender elecciones o falsearlas. Incluso si desencadenan una guerra para mantener sus posiciones y galvanizar así a las poblaciones. Como muy bien sabía Rossana, los estados de ánimo de las poblaciones y su decantamiento político es un campo de tensiones en el que nada está decidido de antemano. Ella solía decir que se acordaba muy bien del fascismo, y que por eso le daba tanto miedo. Y que, por eso mismo, no fue nunca populista, «no pueden serlo quienes llegaron a la política desde el rechazo del fascismo»¹, que es una opción populista derechista de masas. Es comprensible que generaciones más jóvenes, que no lo han conocido, puedan dejarse seducir por ese autoritarismo asesino, pero eso no le quita un ápice de su peligrosidad. Pensar que un Estado de matones te va a proteger implica olvidar que uno mismo puede ser una de sus primeras víctimas: bastará con estar en el lugar equivocado en el momento preciso.

¹ Rossana Rossanda, *La muchacha del siglo pasado*, Madrid, Foca, 2008, p. 213.

Rossana Rossanda había nacido en Pola, una población entonces todavía bajo dominio austriaco cerca de Trieste, ahora en territorio croata. En sus Memorias evoca sus años de infancia en un entorno relativamente protegido de una familia de la burguesía profesional –su padre era notario–. Posteriormente la familia se traslada a Venecia y tras sus estudios secundarios, Rossana ingresa en la Universidad en Milán. Estalla la segunda guerra mundial y la joven Rossana se suma a las muchas jóvenes que en ese momento colaboran con la Resistencia en tareas de apoyo logístico. Me imagino a una Rossana de 18 años pedaleando en su bicicleta para hacer llegar ese apoyo a los partisanos, ya sea informaciones relevantes, comida, consignas o municiones. No cabe exagerar el peligro que corría. Muchas jóvenes murieron. No ella, no era su hora.

Terminada la guerra con la victoria de los aliados antifascistas, Italia entró en un periodo confuso. Como tantas otras veces no fueron los grupos que más habían luchado los que impusieron su hegemonía. Los partisanos entregaron sus armas y se conformaron con un papel subordinado. Pero el Partido comunista emergía con una fuerza considerable pues simbolizaba gran parte de ese esfuerzo de resistencia. Togliatti, el gran líder del momento, impuso una estrategia de moderación y de avance continuado hasta lograr una mayoría social que, por el momento, no tenía. Pero el PCI nunca llegó al Gobierno; la guerra fría lo impidió repetidamente. No olvidemos la amenaza que pendía sobre su cabeza con la Operación Gladio. En el largo 68 italiano, que duró hasta el inicio de los 80, el PCI adoptó una posición intransigente de defensa del Estado dejando a merced de la represión los movimientos autónomos que habían surgido a su izquierda. Fue en ese contexto cuando el ala izquierda, en torno

a Pietro Ingrao, en la que figuraba Rossana, fue expulsada del Partido.

Durante todos esos años había desempeñado diversas funciones como responsable de cultura, concejal del Ayuntamiento de Milán, miembro del Comité central del Partido, diputada. En su autobiografía, titulada *La muchacha del siglo pasado*, narra esas experiencias: su esfuerzo por ampliar el horizonte teórico del marxismo italiano incorporando a nuevas figuras como L. Althusser; su esfuerzo por publicar algunos textos de Gramsci en *Rinascita*, la revista partidaria; su interés por los nuevos posicionamientos que estaban surgiendo a la izquierda del partido a los que abrirán las páginas del nuevo periódico; su relación con algunos de los nuevos líderes de esa izquierda, por ejemplo, con Toni Negri; su acercamiento a las feministas como Lea Melandri. Su apertura de mente y su entrañable carácter la hacían enormemente accesible. Así como su enorme curiosidad hacia todo lo nuevo.

Y sin embargo era todo lo contrario de una veleta o una oportunista. Rossana nunca escondía sus divergencias ni sus convicciones. No se dejaba llevar por la corriente, sino que intentaba desentrañar qué había en esas nuevas corrientes de pensamiento y en esos nuevos movimientos que pudieran marcar una tendencia «hacia el comunismo» como objetivo histórico, como construcción de una sociedad emancipada de la opresión capitalista. Toda su vida y su actividad política fue un constante esfuerzo en este sentido.

El viaje a España en 1962

Una de las experiencias más divertidas y menos conocidas es su viaje a España en 1962 para explorar las posibilidades de un cambio democrático. La narración no tiene desperdicio. En aquel momento el Partido

Comunista de España, dirigido por Santiago Carrillo desde París, difundía la tesis de que una transición democrática en España sería posible uniendo las diversas fuerzas antifranquistas apoyadas por una amplia movilización popular. El PCI quería comprobar si esta hipótesis tenía fundamento y mandó a Rossana con carnet de periodista para comprobarlo. Las etapas del viaje eran Barcelona, Sevilla y Madrid.

Rossana, que era buena observadora, se encontró con una España muy distinta de la imaginada. No era el país de la resistencia republicana, heroico y combatiente. Era un país silenciado y silencioso, cuya población anhelaba parecerse, cada vez más, a otros países del entorno y disfrutar de sus ventajas. Empezaba el consumo de los sesenta: coches, lavadoras, neveras, casa en la playa, algún que otro viaje. Quedaba atrás el hambre de la posguerra y la población joven deseaba quitarse el polvo de los zapatos. Hacía más de veinte años del final de la guerra. Las historias de los viejos empezaban a aburrir.

Mientras que Rossana venía con la idea de apoyar un Congreso por la libertad en España que debía celebrarse próximamente en Roma a partir de la hipótesis de que algo se movía en el país, incluso entre sectores hasta entonces estrechamente ligados al franquismo, como Fraga Iribarne (¡tómese nota!), su incursión en la realidad española le mostró que el escenario había cambiado radicalmente y la posibilidad de un potente movimiento antifranquista era dudosa. La califica como una sociedad «no política», una sociedad despolitizada y bastante anémica.

«Era una sociedad parecida a una ameba, regulada por el silencio del gobierno y por el silencio del pueblo, espléndido ejemplo de una comunidad antipolítica en la que el poder se reduce a administración y control y el individuo se reduce a sus asuntos; sin embargo otorga estatutos diversos a sus adversarios. ¿No iba a

encontrar a Gil Robles en Madrid, ejerciendo en su despacho de abogado? Y sin embargo era, *in pectore*, la cabeza de una alternativa posible o, al menos, así lo parecía en aquel momento. El fascismo franquista de los primeros sesenta sabía distinguir. Perseguía a los más débiles, oprimía a quien podía ser peligroso, pero dejaba respiraderos hasta cierto grado de seguridad»².

Sin duda había un deseo de democracia, pero en coordenadas nuevas, muy distintas del antifascismo clásico. No en balde señala que esta experiencia fue una de las primeras señales de que el futuro no estaba escrito.

En Barcelona se entrevistó con el grupo de intelectuales progresistas de la época, en torno a José María Castellet y la editorial Seix Barral. En aquel momento, Barcelona estaba a la cabeza de la intelectualidad progresista, más cerca de las nuevas corrientes europeas que el lejano Madrid. Su compromiso político era indudable pero, aun así, formaban un círculo como superpuesto a la sociedad civil, no directamente vinculada con los nuevos movimientos que iban surgiendo, por ejemplo el movimiento vecinal y el estudiantil. Tampoco con el nuevo movimiento obrero.

Como contrapunto, Rossana relata su encuentro con un grupo anarquista, más bien disminuido. Su esperanza en un futuro democrático es muy dudosa. No cree que en la sociedad española haya fuerzas suficientes para ese profundo cambio. Le parece que también ellos están alejados de eso nuevo que tal vez esté surgiendo pero que le está resultando difícil de identificar. No está muy claro dónde hay que mirar para encontrarlo.

Se entrevista también con alguno de los personajes de la oposición democrática como Joan Cornudella (del catalanismo de derechas) y Heribert Barrera (ERC), cabezas

2 *Un viaggio inutile*, Milan, Il Saggiatore, 1996, p. 27.

de una oposición burguesa y nacionalista, por el momento poco operativa.

Rossana abandona Barcelona con un cierto escepticismo. Va a Sevilla. Se reúne allí con personajes de la Democracia Cristiana, entre otros con Giménez Fernández, considerado la izquierda de la Democracia Cristiana, así como Gil Robles era su derecha. De Sevilla a Madrid para entrevistarse con Javier Pradera, entonces responsable de cultura del PCE. Desde allí al País Vasco, para ver a Martín Santos. No saca conclusiones claras de ese viaje pero empieza a inquietarse por si fuera el caso de que la estrategia frente populista que, en el fondo, era la estrategia prefigurada para la transición democrática no resultaría insuficiente para abordar algún travestismo extraño desde la derecha. Si el franquismo no podría mutar en democracia de algún modo inopinado, como efectivamente sucedió.

Rossana volvió a España varias veces, entre otras en el 76 –un año después de la muerte de Franco– y vuelve a encontrar esa especie de anomia:

Ciertamente España se movía –en un movimiento consentido–. Consentido por parte de aquellos que hubieran podido continuar reprimiéndolo salvajemente. Funcionaba un compromiso tácito de todas las partes, un código invisible que todos respetaban: las manifestaciones discurrían por ciertos lugares y con ciertos límites; los socialistas disfrutaban de más lugares con menos límites; los comunistas de menos lugares con más límites. La prensa era libre, pero de aquella manera; ya estaba madura, sin puntos de exclamación, como mucho algún adjetivo de más para Felipe, el hombre nuevo socialista. Nada parecido a la ruptura festiva, con fecha, memorable que había visto en Portugal. Nada parecido a aquella especie de alcohol puro que había sentido fluir por las calles de Lisboa, nada parecido a aquel adensarse de las muchedumbres o a aquellos silencios llenos de profunda y sonriente espera, nada parecido al gusto de la libertad. La nueva España nacía sabia, mediatunda; nacía igual que moría Franco, a través de pasajes imperceptibles. Como si hubiera que

tener cuidado de no despertar a alguien, alguien no perfectamente definido pero amenazador, más que un grupo o un hombre una especie de Cosa que, despierta, podría coagularse en un instante en sangre y catástrofe. Por lo que había que desplazarse sin que se diera cuenta, de modo que, si hubiera abierto sus pesados ojos, se habría encontrado diversa o atada o, al menos, inoperante³.

Ante el relato oficial de la Transición, todo eso puede resultar extraño y sin embargo todos imaginábamos el final del franquismo en aquel horizonte: una enorme movilización popular encabezada por las fuerzas democráticas, reunidas en plataformas conjuntas con participación amplia, desde la burguesía nacionalista hasta el PCE y los partidos a su izquierda. Con lo que no se contaba era con los franquistas, éstos no tenían cabida en el post-franquismo. Tal vez con alguna excepción de personajes de la derecha monárquica, como José María Areilza, pero no personas vinculadas al franquismo y mucho menos el príncipe y posterior, ahora emérito, rey Juan Carlos. Era algo impensable. Nunca se harían el harakiri y abandonarían el poder. La posibilidad de que el fin del franquismo fuera cosa de los propios franquistas, aunque remozados, como Adolfo Suarez, y del futuro rey, no entraba en los cálculos de los demócratas. Reinaba todavía una concepción sustantiva de la democracia y no solamente procedimental.

Es evidente que aquellos pronósticos fallaron. Cuando empezaron los primeros movimientos por parte de Adolfo Suarez, en la oposición democrática se desencadenó una carrera por no ser el último. El PSOE estaba dispuesto a pactar si se dejaba fuera el PCE; el PCE quería entrar en liza pero dejando fuera a los partidos a su izquierda. A la UGT se la toleraba si dejaba fuera a CCOO. Estas estaban dispues-

3 *Idem*, p. 131.

tas a transformarse en una organización sindical al uso a cambio de silenciar a la CNT. En lugar de con la burguesía catalana, Suarez pactó con Tarradellas. Por la derecha se montó la UCD con viejos franquistas y demócratas reciclados. Y todo eso mezclado con una total falta de transparencia, sin debate público y con una retórica engañosa.

La confusión fue tal que nadie sabía qué estaba pasando. Todo eran circunloquios, cenas y comidas en los reservados de los restaurantes, informaciones sesgadas; ni siquiera los que estaban en el centro de los acontecimientos tenían absoluta claridad pues todo el mundo intentaba engañar a todo el mundo. Fue una competición en toda regla para situarse lo mejor posible ante las elecciones que se avecinaban. Las minorías más politizadas estábamos completamente despistados. El resto de la población miraba desde la barrera y en el momento de las elecciones votó por lo que parecía más seguro, votó por el poder: ganó la UCD.

De esa experiencia nos quedó un profundo escepticismo frente a las potentes maquinarias de los grandes partidos que en el momento decisivo siempre optan por su salvaguardia sin darse cuenta de que con esa operación inician su autodestrucción, pues van perdiendo la confianza de la población que se va volviendo tan escéptica y cínica como ellos. Un camino que, andando el tiempo, puede desembocar en cualquier aventura desgraciada, incluida la vuelta del fascismo.

Rossana decía siempre a quien quisiera escucharla que la derechización de la sociedad italiana tenía mucho que ver con los errores de la izquierda, en primer lugar del PCI. Su falta de decisión y de valentía para enfrentarse a los problemas, en especial su renuencia ante los movimientos surgidos del 68 y su apego y fidelidad extrema

al viejo PCUS, su negativa a escuchar las voces críticas que venían de aquel mundo, incluso por parte de intelectuales respetados, había sido parte de unan profunda deriva que le había enajenado la confianza de los trabajadores que antes se fiaban de él. Desorientados ante las nuevas condiciones económicas y sociales y huérfanos en lo político, gran parte de esos trabajadores viró a la derecha. No era extraño pues que se abstuvieran o que se dejaran tentar por los neofascistas puesto que la izquierda los había desilusionado tan profundamente.

La experiencia de *Il Manifesto*

El PCI no estuvo a la altura de los acontecimientos del 68. Como tampoco lo estuvo el Partido Comunista francés. Ciertamente dichos acontecimientos en parte se dirigían contra el comunismo tradicional que no había sido capaz de encabezar una fuerte transformación social en los años de posguerra ni de aprovechar en un sentido anticapitalista el esfuerzo heroico de las luchas contra el fascismo. El final de la guerra se saldó con una vuelta, lenta, a situaciones prebélicas. A pesar del juicio de Nuremberg, no hubo un esfuerzo sostenido por la desnazificación. Como en España después de la muerte del dictador, cuando parecía que no hubiera habido franquistas y que todo el mundo había corrido delante de los grises, en la Europa después de 1945 nadie había sido nazi, fascista, o colaboracionista. Los antiguos nazis se escondieron en sus puestos y muchos los siguieron ocupando, intactos. El 68 alemán descubrió con estupor el pasado nazi de muchos jueces, profesores, médicos o altos miembros de la Administración.

Los Partidos comunistas se acomodaron a la nueva situación, en parte amedrentados por el acuerdo de Yalta que establecía que en Occidente se preservarían

las «democracias liberales» sin intentos de tomar el poder. Para el caso de que eso ocurriera, la CIA montó sus correspondientes dispositivos. Una cierta prosperidad económica y el cansancio después de dos guerras mundiales en la primera mitad del siglo hicieron el resto.

La estrategia del PCI, en el que militaba Rossana, se concibió como una lenta marcha expansiva que iría ganando amplitud y extensión de modo que, en algún momento, conseguiría la mayoría electoral. Incluso, si fuera necesario, con un pacto con la Democracia Cristiana. Qué pudiera pasar en ese momento era una incógnita. Pero como en la mayoría de partidos de izquierda, la clave estaba en amortiguar cualquier intervención directa de los trabajadores. Esa es la quintaesencia de cualquier reformismo, como ya aventurara el viejo Bernstein: la idea de que los movimientos autónomos de los trabajadores constituyen un peligro antes que un acicate pues pueden suponer una provocación o dar pie para medidas represivas que trunquen esa estrategia pausada de no dar miedo al enemigo. Ahí se produce ese extraño malentendido: un Partido que se proclama como partido de la revolución o al menos de una transformación profunda en sentido socialista y que, sin embargo, desalienta cualquier acción que los propios trabajadores emprendan en sus propios lugares de trabajo para mejorar sus condiciones, siempre que no estén cubiertas por la maquinaria sindical. Los trabajadores, sujetos de la revolución futura, deben contentarse con ser sujetos pasivos de esa gran transformación. Y en el mejor de los casos sufrirla, pero jamás convertirse en protagonistas.

Tal vez no era fácil descubrir esa mistificación puesto que el PCI seguía siendo un partido muy fuerte, con cientos de administraciones locales en sus manos, con miles de trabajadores activos en los sindi-

catos y en los lugares de trabajo, con más de dos millones de afiliados. Cabía pensar que en algún momento esa fuerza se ampliaría hasta conseguir un aplastante triunfo electoral.

El primer momento de quiebra había surgido en el 56 con el informe Jrushchov en el Congreso del PCUS sobre los crímenes de Stalin y con la represión de la revolución húngara. Rossana cuenta haberse percatado entonces de hasta qué punto los comunistas podían ser odiados. Pero cuenta también que los Partidos comunistas occidentales no tomaron buena cuenta de todo ello, no se distanciaron de la URSS ni reflexionaron sobre ello. Simplemente miraron para otro lado.

El segundo fue en el 68. Ante las primeras noticias de lo que estaba aconteciendo en París, ella, Lucio Magri y Filippo Maone se montaron en un Giulia⁴ prestado por un amigo rumbo a Francia. Había que ver en las calles esa nueva constelación de fuerzas, esa unión de estudiantes y trabajadores que tomaban las fábricas e imponían nuevas condiciones y nuevas formas de lucha. A pesar de la enemiga del PCF y de la CGT francesa, los obreros habían dejado su pasividad, participaban activamente en las asambleas, bloqueaban la producción e imponían sus reivindicaciones. El suelo político se estaba moviendo. Rossana se zambulló en ese nuevo ambiente: «corría un viento de esperanza y rebeldía –dice en sus *Memorias*– que no sabíamos que fuera portador de una agitación sin precedentes»⁵.

En opinión de Rossana los partidos comunistas no comprendieron la novedad de la situación. En un primer momento acusaron a los estudiantes de izquierdistas enlo-

⁴ El Giulia era un modelo Alfa Romeo relativamente amplio para la época.

⁵ *La muchacha del siglo pasado*, op. cit., p. 385.

quecidos. Después intentaron hacerse con el control de la situación y negociar medidas económicas que tranquilizaran a los obreros en lucha. Una vez vueltas las aguas a su cauce siguieron con su vieja estrategia como si no hubiera pasado nada.

En Italia la situación era más complicada puesto que había un fuerte movimiento autónomo ligado a las luchas de fábrica desde hacía años. Desde su puesto en el Comité central, Rossana y otros que como ella intentaban sacar enseñanzas de lo acontecido, pugnaban por un cambio en la línea del PCI en un sentido más de izquierda, que se abriera a las nuevas fuerzas y a los movimientos que despuntaban. No estoy segura de que eso fuera posible a esas alturas, puesto que la desconfianza hacia el PCI era muy fuerte en esos ambientes. Pero tal vez hubieran podido intentarlo. El caso es que no tuvieron éxito. En el XII Congreso de 1969 quedaron en absoluta minoría.

Fundaron entonces *Il Manifesto*, con la idea de poner en marcha un periódico, inicialmente una revista, que pudiera hacerse eco de esas nuevas fuerzas y movimientos, que pudiera tender un puente entre el viejo comunismo del PCI y el nuevo de la Autonomía. Estaba concebido como un medio cooperativo, independiente y construido colectivamente. En este sentido puede considerarse un precedente de medios actuales de izquierda, constituidos en torno a una cooperativa que, al no depender de propietario alguno, pueden ser mucho más independientes. Un modelo análogo al que encontramos en El Salto o en La Marea. Cercano en sus formas a las nuevas formas de la política, estaba todavía lastrado por el problema de la relación con el pasado: con la tradición del PCI y con las relaciones con el «socialismo real».

Uno de los temas centrales era la crítica a la invasión de Checoslovaquia, que había tenido lugar recientemente, y las relacio-

nes con el «campo socialista». También hoy este tema parece lejano como si los partidos comunistas hubieran hecho siempre causa común con los Estados de los países del Este. No siempre fue así, puesto que la propia actitud de Rossana Rossanda muestra que hubo voces críticas con la política de los países del socialismo real y un empeño esforzado en construir algo que no se pareciera en nada a aquel modelo. Y sin embargo, estas críticas fueron incapaces de mover a unas direcciones comprometidas con la política soviética hasta que ésta estalló definitivamente a partir de la caída del muro de Berlín en 1989.

Curiosamente, la lenta agonía de los sistemas del Este fue como una losa atada al cuello de los partidos comunistas. Rossana no albergaba ninguna duda sobre lo que estaba ocurriendo ahí, ya desde el inicio de los 60, o incluso antes, desde 1956. Y sin embargo los partidos comunistas siguieron atados a esa rueda hasta el hundimiento del muro y la desaparición de la URSS en 1991. El episodio tragicómico del cambio de nombre del partido, cuando no sabían cómo llamarlo y se referían a él como «la Cosa», muestra hasta el sarcasmo el vaciado que había tenido lugar entre tanto. Incapaz, desde los sesenta, de comprometerse con las luchas de base, alineado con los poderes del Estado en la represión de los ochenta, siempre atento a cuidar de sí mismo y de su aparato antes que cualquier otra cosa y temeroso de irritar a los soviéticos a los que seguían llamando públicamente «camaradas» aunque en lo privado los tildaran de «bandidos», da la medida de una degeneración difícil de imaginar. Vista a partir de estos antecedentes, la situación italiana actual no resulta tan incomprensible⁶.

6 En *Il sarto di Ulm*, Lucio Magri ofrece una historia del PCI en clave no oficialista, Milan, Il Saggiatore, 2009.

Rossana siguió codirigiendo el periódico, ya convertido en diario, hasta 2012, cuando dimitió de sus cargos. Ante la enésima crisis del proyecto puso de relieve que éste debía ser coherente con sus raíces: las de haber sido fundado como un periódico crítico de izquierdas que exigía reflexión y análisis. Por el contrario, le parecía que el periódico iba a la deriva en su búsqueda por mantenerse con vida a pesar del constante descenso de lectores y apoyos. En su *Carta de dimisión* encontramos de nuevo esa interpelación radical sobre el sentido de mantener un proyecto cuando éste ha dejado de ser algo vivo, cuando ha dejado de responder a las expectativas de los/as lectores/as y a las ilusiones de los/as redactores/as. La fuerza del 68 hacía ya tiempo que se había agotado y qué duda cabe que para ese tipo de proyectos resulta muy difícil orientarse en la debacle del presente.

Rossana entrevista a Mario Moretti

La experiencia de las Brigadas Rojas y el asesinato de Aldo Moro son sin duda acontecimientos de gran importancia en la política italiana del siglo pasado. No se entendería la Italia de los años 80 sin ese trasfondo, pues la deriva armada de sectores de la izquierda extraparlamentaria y la dura, represiva y criminalizadora respuesta del Estado forman parte, todavía, de la Italia contemporánea.

En su esfuerzo constante por entender lo nuevo que se presenta inopinadamente y que cambia la situación, Rossana intentó comprender ese nuevo fenómeno. Lo hizo en muchos de sus artículos en *Il Manifesto* y en la larga entrevista que junto a Carla Mosca le hiciera a Mario Moretti, entonces en la cárcel, en 1993. La entrevista se publicó en Italia en 1998⁷.

En el prólogo al citado libro, Rossana sostiene que la lucha armada en Italia tuvo rasgos específicos, ya que no se trató como en el IRA, o en ETA, de una lucha con tintes nacionalistas sino puramente «de clase». Las Brigadas pretendían ser, o al menos se veían a sí mismas, como el brazo armado de una lucha mucho más amplia, radicada en las fábricas y en los territorios, que necesitaba de ese impulso para aumentar su potencia ofensiva. Sin ella pareciera que el movimiento obrero hubiera topado con un límite en las reivindicaciones laborales que propician una reestructuración del capital que las deja progresivamente sin base. Las mejoras económicas se desvanecen ante un aumento de los precios; los cambios en los lugares de trabajo se convierten en obsoletas ante las deslocalizaciones y transformaciones producidas por la globalización y las nuevas tecnologías. De ahí que, en opinión de Moretti, fuera necesario un salto de escala, pasar del nivel de fábrica e incluso de nación, al territorio del sistema, al plano del capital.

Tras el declive y las reticencias del PCI, tras las rupturas del largo sesenta y ocho italiano, tras lo ocurrido en Chile con Allende en 1971, «...la década de 1970 en Italia llega al punto muerto del movimiento obrero occidental: éste no avanza más. No avanza en las formas del conflicto democrático de masas, no avanza en las formas de ruptura de una vanguardia armada»⁸. De eso habla la historia de las Brigadas Rojas, dice Rossana. Podríamos añadir que de eso y del surgir de nuevas formas de movimientos de base y de una nueva forma de entender el comunismo habla esa historia y la de las formaciones de extrema izquierda italianas, desde la Autonomía a *Lotta*

retti, *Brigadas Rojas. Entrevista con Carla Mosca y Rossana Rossanda*, Madrid, Akal, 2002.

⁸ Prólogo de Rossana Rossanda, ídem., p. 27.

⁷ Hay traducción castellana con el título *Mario Mo-*

continua, aunque, por el momento, todo ello no haya podido atenuar una derrota que sigue presente en la convulsionada política italiana.

Por último, no querría pasar por alto su encuentro con el movimiento feminista. Rossana siempre decía que ella no era feminista, pero que su encuentro con el feminismo había sido positivo inclusive para ella misma⁹. No consideraba que hubiera sufrido discriminación por el hecho de ser mujer, en cierta forma se consideraba una especie de «sujeto neutro» en lo que se refiere al género. Era una mujer guapa, elegante, inteligente y afectuosa, amiga de sus amigos, hospitalaria y de corazón abierto. Al feminismo llegó tarde en su larga vida, pero eso no le impidió abrir las páginas del periódico a las luchas feministas.

La tradición comunista no había mostrado atención ninguna a los problemas de la subjetividad ni de la singularidad personal. Prevalecía el sentimiento de pertenecer a una gran fuerza colectiva, a un cuerpo colectivo poderoso capaz de transformar, si se ponía a ello, las condiciones estructurales objetivas que conforman las vidas de las personas. Por ello la separación del partido resultaba tan difícil para muchos militantes, incluida la propia Rossana. A la ruptura, o en su caso a la expulsión, seguía una sensación de vacío; de no compartir ya los esfuerzos colectivos, de haber sido marginada de la vida de una comunidad compartida. Sin duda había ahí mucho de mistificación que formaba parte también de su fuerza simbólica. Las experiencias frustrantes o dolorosas de la vida del partido se minusvaloraban y se les quitaba importancia frente a la grandeza de las tareas históricas.

Gracias al movimiento feminista muchas comprendimos que la discriminación

y subordinación de las mujeres que también se daba en las filas comunistas debía ser puesta al descubierto. Que no era posible hablar de una gran revolución social sin tener en cuenta los mecanismos de construcción subjetiva que permitirían esa sociedad distinta. De lo contrario perpetuaríamos viejos esquemas aún sin quererlo ni saberlo. Poderse reconciliar con nosotras mismas en el hecho de ser mujeres fue una gran enseñanza del feminismo, también para Rossana. Quien, como ella, había vivido como si fuera un hombre, empezó a valorar a las mujeres.

En este punto se apreciaba una profunda distancia entre sus posiciones y las de otros dirigentes destacados, como por ejemplo, el propio Palmiro Togliatti. Para éste el despertar de las mujeres era algo positivo en la medida en que suponían un elemento fundamental para una transformación democrática de la sociedad. Contaba que el movimiento de mujeres iría por sí mismo al encuentro del comunismo, exceptuando aquellos pocos sectores de mujeres burguesas sólo pendientes de compartir los privilegios de los varones de su clase. Pero la gran mayoría de mujeres: trabajadoras, pobres, campesinas, amas de casa, constituían reservas importantes de fuerzas sociales a favor de la transformación social y por tanto de votos comunistas que sólo había que movilizar. De ahí su insistencia en propiciar grupos de mujeres y en intensificar el trabajo del partido entre las mujeres, si bien, lo importante, según él, era no hacerlo en una clave instrumental sino favoreciendo un amplio movimiento de mujeres que por su propio pie confluiría con el avance comunista¹⁰.

No entendió que la construcción de un movimiento feminista era un nuevo cam-

9 Ver en este sentido la colección de artículos recogida en *Anche per me*, Milan, Feltrinelli, 1987.

10 Ver al respecto, P. Togliatti, *La emancipación femenina*, Madrid, Akal, 2019.

po de conflicto en el que no estaba dicho que fuera a haber un predominio exclusivo de las ideas de izquierda. Poner en palabras la opresión que las mujeres sufrimos en una sociedad capitalista patriarcal no significa, de por sí, que esa toma de conciencia de una misma convierta a las mujeres que siguen ese camino en personas atentas a otros tipos de discriminación y en defensoras de una transformación social más amplia. Es cierto que un feminismo consecuente no puede no ser anticapitalista, pero hay que reconocer que hasta algunos decenios más tarde no hemos sido capaces de teorizar el cruce entre género, clase y raza que caracteriza la posición estructural de las mujeres y que atraviesa las propias luchas de emancipación. Ni tampoco hemos sido capaces de entrever el profundo corporativismo de algunos proyectos feministas y las trampas de los proyectos identitarios, incluidos algunos grupos feministas.

Se suele decir que Rossana Rossanda no mantuvo su confianza en el comunismo institucionalizado, al menos desde los años sesenta. Que sentía que ese comunismo había sido derrotado. Y sin embargo, si algo llama la atención en su larga vida, es su convicción de que esa derrota, como dice en una de sus últimas entrevistas, no será eterna.

«...nunca aceptaré que el mundo siga estando no sólo lleno de pobreza sino también con desigualdades cada vez mayores, como reconocen las Naciones Unidas. Por supuesto los «socialismos reales» no han sido una sociedad deseable y es en este punto en el que, si el movimiento comunista todavía existiera, tendríamos que trabajar. Yo, de todos modos, le pertenezco. He cometido muchos errores y admitirlo es parte de una vida capaz de reflexionar sobre sí misma. No creo que estemos derrotados eternamente y sé que no viviré para la eternidad; lamento no llegar a ver la sociedad que deseo»¹¹.

Ojalá esa sociedad que tanto deseó y por la que tanto peleó, en algún momento empiece a convertirse en realidad.

11 «En recuerdo de Rossana Rossanda, comunista, disidente. Una conversación con Marco d'Eramo», 9.octubre.2020, en *Pasos a la izquierda*, accesible en internet, pasosalaizquierda.com.

Actualidad de Keynes

Jorge GUILLÉN

«La república de mi imaginación se encuentra en la extrema izquierda del espacio celestial»¹

J. M. Keynes

I. La importancia de Keynes

El economista británico John Maynard Keynes (1883-1946), nacido en el seno de una próspera familia victoriana, es unánimemente considerado el mejor economista que ha dado el siglo XX, un genio de la economía política y el más eminente de los economistas ingleses. Creador de una escuela, su influencia sobre la mayoría de los economistas que le han sucedido, no solo ha contribuido indudablemente al diseño y mejora del nivel de vida en los países occidentales, sino que el desarrollo de sus ideas y teorías fundamentan las decisiones de política económica que se adoptan por la mayoría de los gobiernos, entidades y organismos para encauzar y controlar la marcha de la economía mundial, hoy mucho más globalizada y virtual de la que él pudo estudiar, al haber pasado de ser una economía principalmente productiva, a una economía eminentemente financiera e incluso digital y virtual (economía desarrollada en el meta verso). Entre otros méritos, se le atribuye ser el responsable de la bonanza económica de una época, la llamada «era Keynes», durante el periodo

de los años cuarenta a los años setenta del siglo pasado.

Las tres obras que sucesivamente escribió sobre cuestiones y problemas económicos, «Breve Tratado sobre la Reforma Monetaria» (1923), «Tratado sobre el Dinero» (1930) y su obra maestra, «Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero» (1936), están, según sus propias palabras, profundamente enraizadas en la tradición inglesa de la ciencia del hombre, «en aquella tradición de pensamiento inglés y escocés que mantiene, desde el siglo XVIII hasta hoy, una extraordinaria continuidad de *sentir* (...) Locke, Hume, Adam Smith, Paley, Bentham, Darwin, Mill, una tradición caracterizada por el amor a la verdad, por la más pura lucidez, por una sensatez prosaica desprovista de sentimiento o metafísica, y por un inmenso desinterés y espíritu públicos»². Sus teorías económicas, quizás lastradas de un inevitable etnocentrismo, por su perspectiva y vivencia en un mundo anglosajón, suponen una auténtica revolución en la materia y la quiebra de la economía política tradicional asentada por los llamados economistas clásicos, desde Adam Smith y Malthus a Alfred Marshall.

Como economista sus ideas representan para algunos, una tercera vía burguesa entre el liberalismo capitalista y la revolución socialista, del modo en que ésta triun-

1 J.M. Keynes. «Ensayos de Persuasión». Cap. 23, «Liberalismo y Laborismo (1926)». Edit. Síntesis S.A. 2008. Pag. 312.

2 Palabras dedicadas por Keynes a Thomas Robert Malthus. J.M. Keynes, «Ensayos Biográficos. Políticos y Economistas». Edit. Crítica. 1992, pag. 95.

fó en su momento en la Unión Soviética, la vía media entre la planificación central socialista y el capitalismo de libre mercado. Para otros, «el keynesianismo fue la matriz macroeconómica en que se buscó –y en cierta forma se consiguió– enchalecar una clase obrera que había salido fuertemente empoderada de la victoria contra el nazismo»³.

Resulta muy sagaz el filósofo postmarxista italiano, Toni Negri, cuando observa que Keynes trató y logró paralizar temporalmente el fin del capitalismo proporcionando una nueva forma al Estado. En su opinión, el primer impacto de la lucha obrera sobre la estructura del capital es reformista; ésta se debía al problema del desempleo de los años 20 y para salvar el capitalismo se precisaba un nuevo equilibrio temporal mediante la intervención planificadora del Estado. De esta forma el Estado se hace así estructura económica y representante colectivo exclusivo del capital productivo y por ello centro de imputación de la vida económica: Keynes, «fue el teórico más perspicaz de aquella reconstrucción, de aquella nueva forma capitalista del Estado que se enfrentó al impacto revolucionario obrero de 1917»⁴. Así, con la aplicación de los modelos keynesianos, se consiguió estabilizar el poder del capital contra la inevitable ruina y colapso que Marx pronosticaba desembocaría el desarrollo capitalista, «logrando así una tercera salida burguesa a la correlación de fuerzas que se fue constituyendo a partir del final de la primera guerra mundial, cuando la clase obrera pasó de la utopía a la realidad

mediante la creación de un Estado socialista tras la revolución rusa»⁵.

Ha sido también calificado Keynes, de capitalista revolucionario que logró salvar al capitalismo de la crisis en que se estaba hundiendo. En esa línea se valora, la revolución keynesiana, como uno de los principales acontecimientos intelectuales del siglo XX pues, «su bagaje filosófico y moral, indican una comprensión del mundo que seguramente es única entre los economistas del siglo XX»⁶. «Más aún, también fue un filósofo que puso sobre la mesa una crítica moral del capitalismo»⁷.

Coincido con Negri en que con sus teorías económicas Keynes proporcionó al Estado un ropaje ideológico que ha servido para nutrir intelectualmente el ideario y las doctrinas socialdemócratas que han gobernado la economía occidental, al menos mayoritariamente, hasta 1973, fecha a partir de la cual, con la llamada crisis del petróleo, cayeron en un cierto desuso, siendo sustituidas por las teorías neoliberales de la llamada escuela monetarista de Chicago (G. Stigler y M. Friedman).

Y es que su óptica, guardando la necesaria perspectiva histórica, es la de un ciudadano burgués, de un país cultural y económicamente muy avanzado, que no conoce otro Estado distinto al de la URSS, en que se haya históricamente aplicado unas técnicas económicas y unas formas de vida distintas que las de la sociedad capitalista en que le tocó vivir en un clima de gran libertad individual.

Sin embargo, pese ello, sus ideas están regresando al primer plano, desde el inicio de este siglo, para tratar de superar, tanto

3 J. Castillo. «John Maynard Keynes: ¿El economista burgués más lúcido del siglo XX?». Tópicos de Economía Política. Edit. Teseo. 2021.

4 T. Negri, Ensayo de 1967, incluido en el libro, «1929 como momento fundamental de la periodización del estado contemporáneo». Ensayo incluido en «El Trabajo de Dionisos». M. Hardt y A. Negri. Edit. Akal. 2003, formato digital.

5 Op. Cit,

6 R. E. Backhouse y B. W. Bateman. «John Maynard Keynes. Un capitalista revolucionario». Ed. Fondo de Cultura Económica, Breviarios. 2014. Pág. 24.

7 Op. Cit. Pág.13.

la crisis de 2008, como la que actualmente sacude la economía mundial.

II. Rasgos de su personalidad

Pero Keynes, rara mezcla de originalidad de pensamiento y pragmatismo teñido de profundo sentimiento humanista, apasionado amante de la libertad y de la belleza,⁸ fue algo más que un economista diseñador de políticas económicas o profesor. Fue un brillante intelectual, un audaz filósofo moral que impactó en la política de su tiempo, con importante influencia en las políticas de su país⁹, aunque él, un liberal, fue siempre un disidente, que, al igual de quien fue director de la «London School of Economics», (de 1919 a 1937) –padre del sistema británico de seguridad social– amigo y colega suyo, William Beveridge, un social liberal, como éste se autocalificaba, puede además ser reputado como un progresista radical.¹⁰

De la lectura de su, quizás, primer y mejor libro, de gran éxito internacional en su tiempo, «Las consecuencias económicas de la Paz» (1919)¹¹, de sus amenos e in-

teligentes reportajes y artículos, como periodista económico y su correspondencia personal cruzada con sus amigos, colegas y políticos, recopilada tras su fallecimiento en varios volúmenes, se revela la rica evolución de sus ideas, su brillante talento y personalidad, su aguda inteligencia y sutil raciocinio provocador, teñido siempre de un sagaz escepticismo, irreverencia, heterodoxia e ironía, especialmente implacable, cuando se creía obligado a comentar una necedad o estupidez de sus adversarios. Su obra permite también proyectar su rico pensamiento hacia el futuro, en calidad de fértil semillero de nuevas ideas¹². Y es que puede afirmarse con total seguridad y rotundidad, que si Keynes viviera en la actualidad, seguiría trabajando para perfeccionar sus teorías y modelos macroeconómicos o concebir nuevas doctrinas dirigidas a eliminar la pobreza, la persistente desigualdad mundial en la distribución de la riqueza, contra lo que siempre luchó, como también lo hizo principalmente frente al desempleo, que siempre entendió que era el cáncer de la economía capitalista.

Pero con toda su genialidad, Keynes no disimula ni esconde su marcada alergia por el marxismo y la clara toma de partido por la clase social a la que pertenecía, atribuyendo al Capital de K. Marx el ser un deficiente libro de economía social, además

8 «Tal era, pues, el Keynes de los años 20: ligeramente anarquista de carácter, aristocrático en sus preferencias, racional en su visión, ingenioso en sus remedios, amigo de ninguna ortodoxia, enemigo de la estupidez humana en todas sus formas». R. Lekachman. «La Era de Keynes». Alianza Editorial. 1970. Pag. 58.

9 Parece erróneo atribuir a Keynes haber influido directamente en F. D. Roosevelt y en las políticas que conformaron el *new deal*, comúnmente asociado a sus ideas, aunque Keynes tuvo una larga entrevista con él para tratar de convencerle de la necesidad de aplicarlas: «Las ideas de Keynes se adoptaron por primera vez de manera explícita en 1941, cuando la necesidad imperiosa de un mayor gasto militar ocasionó que la demanda de recursos excediera significativamente la oferta (...) a fin de lograr la reducción necesaria sin que aumentaran los precios». R. E. Backhouse y B. W. Bateman. Op. Cit. Pag. 43.

10 «En su edad adulta, Keynes fue siempre un disidente político, incapaz de encontrar en el partido liberal o en el laborista méritos suficientes para otorgarles su firme apoyo». R. Lekachman. Op. Cit., pag. 25.

11 Que contiene sus agudas reflexiones, análisis, interpretación y crítica del Tratado de Versalles fruto de la

frustración personal que le ocasionó su participación en la Conferencia de Paz de París, como representante oficial del Tesoro inglés.

12 «lo que diferencia a Keynes de muchos de los economistas contemporáneos es su visión de la disciplina como una herramienta para diagnosticar la economía (...). No creía inequívocamente en la verdad eterna de sus teorías de la misma forma en que muchos economistas modernos están casados con los modelos basados en la elección racional. Cuando la enfermedad cambiaba, él estaba dispuesto a cambiar su teoría. Tampoco sostenía que hubiera una teoría que fuera válida para siempre. Por el contrario, pensaba que establecer una teoría así sería establecer una ortodoxia, algo a lo que, como podremos observar, se oponía fervientemente». R. E. Backhouse y B. W. Bateman. Op. Cit. Pag. 24-25.

de una especie de Corán, por lo que sus seguidores en su opinión se comportaban como miembros de una nueva religión, ilógica y torpe, creyentes guiados por «la fe comunista»¹³, que no se explica cómo puede haber ejercido, de modo tan poderoso y duradero sobre las mentes de los hombres y a través de ella, sobre los acontecimientos de la historia, opinión negativa que seguramente ha contribuido a restarle simpatías en el relevante mundo de los que se reputan seguidores de este eminente pensador.

En concreto, se manifestó siempre enemigo de la revolución violenta como medio para producir un cambio social, por muy necesario y justo que pudiera ser, influenciado quizás por Burke, ardiente enemigo intelectual de la revolución francesa cuyo espíritu e ideales tanto ha influido durante el siglo XIX en la vida política y cultural de Francia y también, en el XX, si se piensa en la llamada revolución de mayo del 68, claramente imbuida por su romántico recuerdo, por sus protagonistas, revolución que también alimentó las insurrecciones de 1832, 1848 y de la Comuna de París, de 1871.

Como más adelante trato de explicar, el objetivo social que se marcó Keynes era hacer que el sistema capitalista de mercado funcionara, solucionar sus crisis, no destruirlo como pretendía la revolución rusa, que tuvo ocasión de estudiar y comentar críticamente, para afirmar que, a diferencia de los revolucionarios rusos, él se consideraba a sí mismo un «nivelador», no de individuos, sino de las clases sociales: «quiero moldear una sociedad en la que la mayoría de las desigualdades y causas de desigualdad existentes sean eliminadas»¹⁴.

Para hacerse una idea de su carácter y personalidad, hay que imaginar a Keynes, gran conversador, participando de las ideas radicales y creativas del círculo minoritario y elitista, de muy alto nivel económico en que se desenvolvía su privilegiada y próspera vida¹⁵, en el Cambridge y Londres de entreguerras. Ese ambiente no le impidió mostrarse sin embargo como una persona emotiva, cálida y empática, hacia sus semejantes, manifestándose en todos sus escritos siempre profundamente humano e idealista, aunque no exento de un gran sentido práctico, de ironía e ingenio. Así se refleja sobre todo en sus cartas, cuya lectura nos permite hacernos una idea de sus sentimientos, de su apasionada y discreta en su juventud, sicalipsis bisexual, fuera de los rígidos cánones victorianos de la sociedad de su tiempo, en sus relaciones con quienes han llegado a ser grandes personalidades literarias o artísticas, dentro del llamado Círculo de Bloomsbury, iniciado tempranamente, ya en 1905, en el barrio de ese nombre de Londres¹⁶. Se trataba de un grupo informal de amigos surgido de lazos familiares y culturales, que en un ambiente de gran exclusividad e intimidad desarrollaron opiniones y un estilo de conversación propio, con un lenguaje muy subido de tono, como era de rigor y casi una exigencia, la invectiva, la ironía y la blasfemia¹⁷.

15 Keynes combinando con su trabajo intelectual se dedicó a partir de 1913 a invertir y jugar en la Bolsa, tanto con sus fondos propios, como con los familiares, sus colegas y amigos del círculo de Bloomsbury, así como en el Casino de Montecarlo, amasando una considerable fortuna.

16 «...momento en que los hermanos Stephen –Vannessa [posteriormente Bell], Thoby, Virginia [posteriormente Wolf], Thoby y Adrian – empezaron a organizar sus reuniones de los jueves por las noches en su casa, en el número 46 de Gordon Square, a las que asistían los amigos de Thoby que estaban en Cambridge, en particular Saxon Sydney-Turner, Clive Bell, Lytton Strachey y Desmond MacCarthy». R. Skidelsky. Op. Cit. p.222.

17 «La blasfemia era un credo que provenía de la época de Cambridge; ». Op. Cit., pag.225.

13 Remito en este punto a J. M. Keynes. Capítulo 20, «Ensayos de Persuasión. Breve panorama de Rusia (1925)», Ed. Síntesis S.A. 2008. Pag. 263 y ss.

14 R. Skidelsky. «Keynes». RBA. Pag. 519. Referencia extraída de J.M. Keynes Papers, Strachey Papers.

El comportamiento heterodoxo e incluso, el uso de un vestuario excéntrico, era regla entre algunos de sus miembros, círculo que uniendo la racionalidad con la emoción estética y sexual, generó una notoria actividad creativa, artística, literaria y científica, debiéndose en gran parte a la iniciativa de Keynes, cuidador también de su finanzas, la promoción de conferencias, exposiciones, sesiones de teatro y ballet, en el Londres de su tiempo ¹⁸.

III. Fuentes ideológicas durante su formación

El retrato que se ha hecho de Keynes bebe tanto de la selecta formación recibida en Eton, colegio y residencia de estudiantes fundado por el rey Enrique VI, en 1440, cuanto de la influencia de sus padres y posteriores estudios en Cambridge, Universidad en que desarrolló una intensa vida de relaciones.

Aventajado alumno en ese elitista colegio, participó dentro de él, en las actividades de su Literary Society y también fue elegido por sus compañeros para formar parte del Pop, minoritaria sociedad estudiantil representada en el gobierno del colegio y que incluye, por elección, a los estudiantes más populares.

Ingresa en 1902, recién cumplidos los 19 años, en el King's College, de Cambridge, Universidad de la que su padre llegó a ser administrador y, de 1910 a 1925, secretario general, además de profesor y autor de un tratado sobre economía política. Su

madre, Florence Brown, había sido enviada por el padre de ella, el reverendo John Brown, Doctor en Teología, al Newham College, lo que le permitió llegar a ser una de las primeras mujeres graduadas en Cambridge. Mujer de ideas sociales muy avanzadas para su tiempo, feminista, fue una destacada autora de numerosos proyectos sociales, entre otros, de una bolsa de trabajo para jóvenes, de ayudas periódicas al trabajo doméstico de las familias obreras, para el tratamiento de la tuberculosis y de un proyecto de pensiones.

Se incorporó inicialmente como estudiante de matemáticas, pero intelectualmente inquieto como era, previno a su padre que no estaba dispuesto a consagrarse exclusivamente a esa materia. Sus tempranas aficiones e inquietudes le llevaron a participar desde un principio muy activamente en los debates sociales, políticos y culturales de la Universidad y en poco tiempo, ya era miembro de cuatro sociedades estudiantiles, entre ellas, de la prestigiosa Sociedad de Debate de Cambridge, en la que disertó regularmente sobre cuestiones políticas, uniéndose también al Club Liberal de la Universidad, siendo también captado por la sociedad secreta, Cambridge Conversazione Society, esencialmente un club de debate filosófico, cuyos miembros son conocidos como «Los Apóstoles»¹⁹, a la que fue presentado por dos amigos, estudiantes del Trinity, Lytton Strachey y Leonard Woolf, dentro de cuyo círculo pasaría el resto de su vida, sociedad a la que pertenecieron también, entre otros, su admirado G. E. Moore, Bertrand Russell, E.M. Foster y Wittgenstein.

¹⁸ Uno de sus ocasionales miembros, que influyó mucho en las ideas del círculo, fue el filósofo G. Moore, a cuyas clases de ética había asistido en Cambridge. Su obra postulaba un credo, un estado mental, en el que la contemplación de la persona amada, la creación, el placer de la experiencia estética y la búsqueda del conocimiento, constituían incluso una religión. La búsqueda de ideas creativas, el arte y amistad, son las que proporcionan un estado de consciencia y felicidad.

¹⁹ Un grupo muy numeroso de sus miembros se hicieron comunistas con ocasión de la guerra civil española y algunos de ellos fueron reclutados por la Unión Soviética como espías para pasar información durante la Segunda Guerra Mundial y hasta principios de la década de los 50 del siglo XX. Los más conocidos fueron Kim Philby, Donald Maclean, Guy Burgess y Anthony Blunt.

Interesado más por otras disciplinas que por las matemáticas, trabajó en el estudio de las obras de Bernardo de Cluny y de Abelardo, teólogo de siglo XII (más conocido por haber sido amante de Eloísa), de los que fue admirador de sus ideales estéticos y su creencia en la razón, respectivamente, compartiendo con este último la conjetura de que para todas las creencias uno debe ser capaz de proporcionar argumentos que estén fundamentados en la razón. También se apuntó a las clases de ética y metafísica, impartidas por G. Moore y J. M. E. Taggart.

Su afición por la política le condujo a escribir un ensayo sobre Edmund Burke, en 1904, que fue premiado por la Universidad.

La influencia del filósofo y político inglés del siglo XVIII, Edmund Burke²⁰, tachado de conservador por ser acérrimo enemigo de la revolución francesa, impregna gran parte de sus manifestaciones y opiniones políticas²¹. Como Burke, Keynes repudia los cambios sociales y políticos producidos mediante la violencia y por tanto, en modo alguno comparte la opinión de muchos intelectuales de que la sociedad progresa gracias a las revoluciones que se han sucedido a lo largo de la historia, que «hasta que la armonía y unión reinen, el progreso tendrá por etapas las revoluciones»²². En modo alguno cree en la necesidad de una revolución violenta o traumática como solución para mejorar la sociedad, por lo que en toda su obra se manifiesta en contra de cualquier teoría revolucionaria socialista – como medio para llegar a alcanzar los fines igualitarios a los que él también aspira y

que comparte– porque «no consideraba que el orden social existente fuera tan malo como para que no pudiera ser reformado, y era doblemente erróneo hacer una revolución para establecer un sistema peor que el derrocado»²³. Su frase favorita, en la que resuena el escepticismo del herético Abelardo y el conservadurismo de Burke, repetida en varios escritos suyos para justificar que una revolución no merece nunca la destrucción y sacrificio que ocasiona en los bienes y vidas, sea cuales fuere los grandes ideales a construir es que, «en el futuro todos estaremos muertos».

Y es que Keynes nunca dejó de compartir, aunque con importantes matices,²⁴ las creencias de su estudiado y admirado Burke: «Burke siempre sostuvo, que rara vez será correcto [...] sacrificar un beneficio presente por una ventaja dudosa en el futuro [...]. No es sabio mirar tan adelante; nuestro poder de predicción es débil, nuestro control sobre los resultados, infinitesimal. Es, por tanto, la felicidad de nuestros propios contemporáneos lo que debe ser nuestra principal preocupación; deberíamos ser muy cautelosos al sacrificar un gran número de personas en nombre de un objetivo, por ventajoso que pueda parecer. Nunca podremos saber lo suficiente como para que merezca la pena tomar esa opción...»²⁵.

23 R. Skidelsky. Op. cit., . pag 519.

24 El miedo a la revolución acecha en los escritos de Burke, aunque inteligentemente reconoció la necesidad del cambio para evitar la catástrofe y de la intervención estatal para asegurarla, afirmando que un «Estado sin algún medio de cambio carece de los medios para su conservación». Sin embargo defiende hasta el extremo la conservación de los derechos y privilegios que confiere la propiedad. Keynes se mostró contrario a la hostilidad de Burke hacia los planes de reforma social y a su falta de confianza en los grandes ideales políticos que han inspirado en el pasado el avance de la humanidad. Objeta, que Burke estaba tan preocupado por defender los efectos colaterales del sistema de propiedad que no vio que esto podría poner en peligro el propio sistema central.

25 J.M. Keynes, «Keynes Papers, John Maynard Keynes: Hopes Betrayed» (Vol. I). pag. 16-17.

20 Burke es autor de la muy utilizada y conocida frase, «toda clase de gobiernos y en realidad cualquier provecho y satisfacción, cualquier virtud y acción prudente, está basada sobre compromisos y pactos».

21 Como su estudiado Burke, Keynes repudiaba, que «la revolución francesa es un gesto de Dios», como afirma V. Hugo. «Los Miserables». Edit. Penguin Clásicos. 2015, pag.1287.

22 V. Hugo. Op. cit., pag. 1285.

Su interés en esos momentos no era tanto por la matemática pura como por el estudio de las probabilidades y su aplicación a la investigación operativa, herramienta que le permitió componer sus modelos y ecuaciones matemáticas²⁶.

Al año se presentó a unas oposiciones para ingresar en la Administración Pública, sacando el segundo puesto, con plaza en el Tesoro, en el Indian Office.

Su contacto y posterior inmersión en la economía fue tardía. Le vino dada por un trimestre de trabajo con Alfred Marshall, las lecturas en su casa y por su empleo en la Oficina de la India. Marshall, muy amigo de su padre, le reclutó para su cátedra ofreciéndole una adjuntía en teoría económica, en 1909, enseñanza a la que se dedicó, hasta 1914, de forma intermitente y posteriormente ya el resto de su vida, sin llegar a graduarse o licenciarse en esa materia, iniciando también ese año, de manera simultánea, su carrera como periodista económico, siendo nombrado a finales de 1911, editor de la prestigiosa revista británica, *Economic Journal*.

26 Keynes no publicó hasta 1921, su libro, «Un Tratado sobre la Probabilidad», obra que le llevó diez años y un gran esfuerzo intelectual. En esta obra interpreta la probabilidad como una representación matemática de grados de creencia y como una extensión de la lógica deductiva, cuestionando la validez de la inducción como herramienta predictiva y por tanto la utilización de las estadísticas, que describen lo sucedido en el pasado para inferir el futuro. En el desarrollo de esta idea, Keynes describió la probabilidad como «una relación entre premisas y conclusiones, que se establece racionalmente y da lugar a grados de creencia limitados por los extremos de imposibilidad y certeza» (p. 3).

IV. Pensamiento político de Keynes

4.1. Efectos del Tratado de Paz de París: desempleo, inflación y pronóstico de una posible segunda guerra mundial

Apunta Keynes en su primer libro, «Las Consecuencias Económicas de la Paz», que el orden social y económico de la sociedad, hasta la primera guerra mundial reinante en Europa, aseguraba la máxima acumulación de capital, por una desigual aunque pacífica distribución de la riqueza; «Aunque había cierta mejora continuada en las condiciones de la vida corriente de la masa de la población, la sociedad estaba montada en forma que la mayor parte del aumento de los ingresos iba a parar a disposición de la clase menos dispuesta probablemente a consumirla. Los ricos nuevos del siglo XIX no estaban hechos a grandes gastos, y preferían el poder que les proporcionaba la colocación de su dinero a los placeres de su gasto inmediato»²⁷. Indica también, que por su parte las clases trabajadoras aceptaban por ignorancia, engaño o impotencia ese orden bien asentado en la sociedad. Pero que ese principio de la máxima acumulación de capital basado en la desigualdad, parte vital del orden capitalista construido en el siglo XIX, quebró con la primera guerra mundial. «La guerra ha revelado a todos la posibilidad del consumo, y a muchos, la inutilidad de la abstinencia»²⁸.

La ruptura de ese proceso que había asegurado hasta entonces el orden social con una cierta estabilidad y prosperidad, agravado por las deudas interaliados oca-

27 J. M. Keynes. «Las Consecuencias Económicas de la Paz». Ed. Austral Crítica. 2013. Pag.18.

28 Op. Cit. Pag. 20.

sionadas por la guerra y las exigidas en el Tratado de Paz a los países vencidos, en concepto de reparaciones de guerra, la desocupación producida por la desmovilización militar, desembocó en una profunda crisis del sistema capitalista. En Europa esa crisis se manifestó en una inflación galopante –como había profetizado Keynes en ese, su primer libro– que afectaba muy gravemente a los países de la Europa central, vencidos en la guerra, imposibilitados de cumplir con su economía quebrada las desmesuradas obligaciones impuestas en el Tratado de Paz. Al mismo tiempo afectaba también a los intercambios internacionales, ocasionado una parálisis casi total del comercio internacional.

Keynes, de manera clarividente, describe el sombrío panorama que se cernía en Europa y Rusia, no por la miopía, sino por la estupidez de los firmantes del Tratado.²⁹ Como pronostica, la existencia de esas deudas de la gran guerra no solo suponían una amenaza para la estabilidad financiera de todos los países –incluido el más beneficiado por la misma, Estados Unidos, acreedor de todos los demás países participantes, que devino en la deflación y crisis del año 29– sino que ocasionaría, veinte años después de la firma del Tratado, la segunda guerra mundial.

4.2. Su oposición al marxismo y a la revolución rusa

Aunque había transcurrido más de una generación desde el gran debate en el seno de la Internacional y de los partidos

socialistas, entre reforma o revolución, la eclosión de la revolución rusa parecía dar la razón a quienes habían defendido hasta ese momento y seguían defendiendo las doctrinas de Marx y sus seguidores, el fundamento del llamado “socialismo científico”, la inevitable ruina y colapso que éste pronostica había de desembocar el desarrollo capitalista en virtud de sus desequilibrios y de sus propias contradicciones internas³⁰.

A Keynes, que en 1923 y 1925 había viajado a la URSS, junto a su esposa rusa, Lidia Lopujova, bailarina de los Ballets Rusos de Serguéi Diáguilev y relatado sus impresiones, en diversos artículos posteriormente condensados, en el capítulo 20 (“Breve Panorama de Rusia, 1925”), de su libro «Ensayo de Persuasión», en que ya había se había manifestado despectivamente sobre la economía de la Rusia soviética, afirmando que el leninismo, al mismo tiempo que una religión perseguidora y misionera, era a un tiempo mera técnica económica experimental, le fue solicitado un artículo por un periódico, para comentar una entrevista que había publicado anteriormente, de H. G. Wells a Stalin³¹, comentarios que simultáneamen-

30 Agudamente, Rosa de Luxemburgo había ya expresado que la revolución socialista es el objetivo final del socialismo, lo que distingue a ese movimiento de la democracia y el radicalismo burgués, y también de la socialdemocracia, porque si mediante el mejoramiento de la situación de la clase obrera se suprimen o al menos atenúan las contradicciones internas de la economía capitalista y el conflicto entre el capital y el trabajo salvando al sistema de su ruina, se hace superflua, a su vez, en la misma medida, la revolución, ya que, «si uno concuerda con Bernstein en que el desarrollo capitalista no se dirige hacia su propia ruina, entonces el socialismo deja de ser una necesidad objetiva (...). En este caso, el socialismo deja de ser una necesidad histórica. Se convierte en lo que queráis llamarlo, pero ya no es el resultado del desarrollo material de la sociedad». R. Luxemburgo. «Reforma o Revolución». Ed. Diario Público, PC Biblioteca Pensamiento Crítico. 2009, pag. 18-20.

31 «Wells había sugerido que en Occidente una economía planificada sería establecida por parte de una clase intermedia de técnicos e ingenieros, no por la lucha de

29 «Las grandes privaciones y los grandes peligros para la sociedad son ya inevitables. Todo lo que podemos hacer ahora es volver a dirigir, en cuanto dependa de nuestro poder, las tendencias económicas fundamentales que presiden los acontecimientos del momento para que promuevan el resurgimiento de la prosperidad y el restablecimiento del orden, en lugar de suminarnos más profundamente en la desgracia». Op. cit., pag. 166.

te le habían sido también solicitados a B. Shaw. Keynes que ya se había manifestado públicamente denunciando los horrores del sistema soviético, en contra de Stalin, ataca el movimiento planificador implantado en la URSS, denunciando en su artículo escrito, en noviembre de 1934, que lo ha convertido en una maquinaria, sin ideas que la animen. «El comunismo como sistema económico es un insulto a nuestra inteligencia», concluye en su artículo. No obstante, aunque contrario a su economía admiraba «su intento de construir un sistema social que condena el enriquecimiento personal como un fin y hace imposible que alguien lo persiga seriamente»³². Era esto, pensaba él, lo que daba al comunismo la ventaja moral sobre el capitalismo.

Marx consideraba necesaria la abolición del Estado capitalista como un requisito – en el Estado socialista que había de sustituirlo– para preservar la libertad, la igualdad y la justicia, valores del ideal humanista que entendía meramente formales³³ en la etapa de industrialización capitalista. Por el contrario, Keynes defiende con profundo ardor y convicción, las instituciones de ese Estado, pero conformadas democráticamente y obviamente, manifiesta su repugnancia a la concepción leninista del Estado como órgano de dominación de clase.³⁴ Coherentemente con ello, cree en

un Estado en continua evolución en que el mercado, conforme a la teoría de los economistas clásicos, sirve como instrumento primordial para conformar el valor de las mercancías, en forma de precio, el beneficio del capital productor, así como la creación, reproducción y circulación de ese capital en forma de ahorro y crédito.

En las dos cartas que a raíz de la entrevista cruzó con B. Shaw, reitera su crítica al Capital, de Marx³⁵, libro que presuntuosamente considera fundado, «en un estúpido error del viejo señor Ricardo que con el tiempo corregiré». Niega que Marx hubiera descubierto una clave para «el enigma económico» (sic) y pronostica, que el libro que estaba escribiendo sobre teoría económica, «creo que revolucionará en gran medida- no me imagino de golpe, sino en el curso de los próximos diez años- la forma en que el mundo piensa en los problemas económicos (...). Pero habrá un gran cambio y, en particular, los fundamentos *ricardianos* del marxismo serán derribados»³⁶.

Esta indirecta referencia al fundamento del valor de Ricardo y a la teoría de Marx sobre la plusvalía, resultado de la explotación de la fuerza de trabajo y su apropiación por el capital en una progresiva acumulación, núcleo esencial del marxismo, me hace pensar que Keynes entendía moralmente lícita la apropiación de la plusvalía, a cambio del salario, como remu-

clases entre capitalistas y obreros. Stalin, con su estilo más zalamero, contestó que era imposible planificar la economía sin deshacerse de la propiedad privada». R. Skidelsky. Op cit., pag. 709.

32 R. Skidelsky. Op cit., pag. 521.

33 La tesis leninista es que el marxismo ha preservado a la ética humanística de la deformación capitalista porque «las instituciones sociales existentes impiden esa realización, ya que engendran injusticia, explotación y represión; por consiguiente, deben ser destruidas para poder llevar a cabo las promesas de la civilización occidental». H. Marcuse, «El Marxismo Soviético». Alianza Editorial, 1969, pag. 207-208)

34 «El ataque de Keynes a las pretensiones científicas del marxismo y a los horrores del sistema soviético era infatigable, y no necesitaba la revelación de los asesinatos

en masa. Insistía en la importancia suprema de “preservar, como cuestión de principios, cada pizca de libertad civil y política que las generaciones anteriores habían conseguido de forma dolorosa”». R. Skidelsky, op. cit. Pag. 709.

35 «Mis sentimientos hacia *Das Kapital* son los mismos que hacia el Corán (...). Pero sea cual sea su valor sociológico estoy seguro de que su valor económico contemporáneo (aparte de sus ocasionales pero inconstructivos flashes de conocimiento) es nulo. ¿Prometerás volver a leerlo si yo lo hago?». Carta a Shaw fechada, el 2 de diciembre de 1934. R. Skidelsky. Op cit., pag. 711.

36 R. Skidelsky, op. cit., referencia en “Keynes Papers”, pag. 711-712.

neración del valor del trabajo, y también carente de rigor, el pronóstico de Marx de que la dinámica de la acumulación del capital privado conduce inevitablemente a una concentración cada vez mayor de la riqueza y del poder en unas pocas manos, el llamado «principio de acumulación infinita»: la inevitable tendencia del capital a acumularse y a concentrarse en proporciones infinitas, sin límite natural, que determinará su crisis y extinción.

Pero para Keynes la cuestión esencial es algo más que una discusión meramente teórica. No se trata tanto de defender o criticar las bases filosóficas del marxismo o el capitalismo, como de elegir la mejor y más eficiente técnica económica y un determinado modo de vida.

No niega en ese sentido, que la característica esencial del capitalismo es la dependencia del dinero, el amor al dinero, como principal estímulo de la máquina económica; pero siendo así, para él, la sociedad debe procurar no alimentar, animar o proteger las motivaciones monetarias individualistas: «Si a los hombres no les une un fin común o los motivan principios imparciales, cada uno actuará en contra de los demás y la búsqueda desregulada de la ventaja individual podría destruir el conjunto. En tiempos recientes –afirmó– no ha habido un propósito común entre naciones o entre clases, salvo la guerra».³⁷

Se trata más bien, de reflexionar y dirigir el pensamiento a «las mejoras posibles en la técnica del capitalismo moderno, por medio de la agencia de la acción colectiva»³⁸, con independencia del papel mayor o menor que pueda desempeñar el motivo monetario, el beneficio personal en la organización social, algo que ha sido

algo contingente a lo largo de la historia y que ha variado en cada una de las civilizaciones. La regulación es parte esencial del capitalismo, máxime siendo éste, según él, una organización tremendamente inestable, complicada, no confiable y efímera.

Por esta razón, siempre consideró que había que actuar sobre los problemas a corto plazo o se convertirían en un desastre a largo plazo. Esa actuación la debía realizar el Gobierno y no esperar a que el mercado se autocorrigiera con el tiempo, porque «ese largo plazo es una mala guía para los temas de actualidad. A largo plazo todos estaremos muertos. Los economistas se fijaron una tarea demasiado fácil, demasiado inútil, si en épocas de turbulencia solo nos pueden decir que cuando la tormenta haya pasado el océano volverá a quedar en calma».³⁹

Keynes piensa que puede llegar un día en el que sea vea más claro que cuando él escribe y está hablando del capitalismo, lo hace como una técnica eficiente o ineficiente, distinguiéndose de cuando habla de él, como algo deseable o cuestionable en sí mismo. En ese sentido, piensa que «el capitalismo, dirigido con sensatez puede probablemente hacerse más eficiente, para alcanzar fines económicos, que cualquier sistema alternativo a la vista, pero que en sí mismo es en muchos sentidos extremadamente cuestionable. Nuestro problema es construir una organización social que sea lo más eficiente posible sin contrariar nuestra idea de un modo de vida satisfactorio. El siguiente paso adelante debe venir, no de la agitación política o de los experimentos prematuros, sino del pensamiento».⁴⁰

37 R E. Backhouse y B. W. Bateman. Op. Cit. Pag. 74.

38 J.M. Keynes. «Ensayos de Persuasión». Cap. 21, «El fin del "laissez-faire" », pag 294.

39 J. M. Keynes. «A Tract on Monetary Reform». Edit. McMillan. Pag.80.

40 Op., pag. 295.

4.3. Keynes y el partido laborista

Tras sus escarceos con el Partido Liberal, en su edad adulta fue siempre un disidente político. No se consideraba afín al partido laborista que encarnaba en Inglaterra la socialdemocracia, ni un reformador del capitalismo del modo en que lo pretendía ese partido y menos aún al partido conservador⁴¹. Tampoco un socialista, del modo como mayoritariamente se entendía en su tiempo⁴², claro enemigo como era de la revolución socialista como medio para lograr la conquista del poder político por el proletariado. Si bien opinaba que el comunismo había fracasado, se mostraba sin embargo menos displicente hacia el socialismo: «admiraba tres cosas del socialismo: su pasión por la justicia social, el ideal Fabiano del servicio público y su utopismo, basado en la eliminación de la “motivación económica” y “el amor al dinero”»⁴³. Sin negar la conciencia creciente como clase del proletariado, incluso defendiendo a los sindicatos, como factor económico necesario para el mantenimiento del valor real de los salarios y la ocupación, compartía el objetivo final que movía al socialismo: llegar a una sociedad sin clases.

Amigo de eminentes laboristas del sector fabiano de la vieja generación, como E. Bevin, A. Greenwood, B. Webb, y otros, sin embargo se sintió decepcionado por la política económica seguida por los go-

biernos presididos por el laborista McDonald (1924; 1929-1931; 1931-1935).⁴⁴ Durante esos gobiernos Keynes defendió públicamente, con el apoyo de algunos de sus amigos socialistas, medidas dirigidas a incrementar el poder adquisitivo, unas políticas redistributivas de la renta, concretamente un aumento de impuestos sobre las grandes fortunas y la intervención del Estado en la economía mediante controles centralizados a la inversión.

En su opinión, el problema del Partido Laborista era que sus compromisos ideológicos con la utopía socialista de derribar el capitalismo, lastraban las decisiones políticas que tenía que adoptar para tratar de resolver los problemas de una economía capitalista, por lo que sus decisiones políticas, tratando de no asustar a los hombres de negocio, se ajustaban a una equivocada e incondicional ortodoxia financiera.

Una desconfianza mutua tiñó siempre la relación de Keynes con ese partido, pese a que podía ser consciente de que sus ideas solo podía tener éxito se estaban en una relación correcta con la clase obrera organizada.

V. Su pensamiento económico

5.1. Su concepción del mercado como mecanismo regulador de la economía

Tal como desarrolla en su «Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero», alejados de la sociedad económica en que hoy vivimos, el mercado no obedece a los postulados de la teoría económica clásica. Menos aún, el mercado como institución

41 «No deseo vivir bajo un gobierno conservador durante los veinte próximos años. Creo que las fuerzas progresivas del país están divididas sin esperanza entre el Partido Liberal y el Partido Laborista». Op.cit. pag. 311.

42 «El partido Laborista se compone de tres elementos. Están los *sindicalistas*, antes oprimidos y ahora tiranos, a cuyas pretensiones egoístas y sectoriales hay que oponerse con energía. Están los defensores de los métodos violentos y del cambio repentino, llamados *comunistas* por un abuso del lenguaje (...). Están los socialistas, que creen que los fundamentos económicos de la sociedad moderna son malos, y podrían ser buenos». Op.cit. pag. 294 Op.cit. pag. 312-313.

43 R. Skidelsky. Op. Cit., pag. 521.

44 De hecho, McDonald fue abandonado por la mayoría del Partido Laborista, al dimitir sus ministros y formar un gobierno “nacional”, en 1931, una coalición, con la oposición del Partido Liberal y del Partido Conservador, que era en realidad un gobierno conservador, por lo que fue siempre considerado un traidor por el Partido Laborista.

económica que determina, mediante la oferta y la demanda, la ocupación de los recursos disponibles, se ha de regir, como lo ha venido haciendo, por la máxima *laissez-nous faire*, en que el Estado opera como mero árbitro y regulador, sino que ha de controlarlo tratando de garantizar en todo momento el adecuado reparto de esos recursos y muy particularmente el empleo.⁴⁵

Apoya este argumento en que, ni los individuos gozan en sus actividades económicas de una libertad natural, sancionada por la costumbre o un convenio, ni un derecho perpetuo a lo que tienen o adquieren; tampoco el mundo se gobierna desde arriba, ni es una deducción correcta de los principios de economía que el interés propio produzca siempre el interés público: «Tal vez la principal tarea de los economistas en esta hora sea distinguir de nuevo la *agenda* del gobierno de la no agenda; y la tarea pareja de los políticos sea ingeniar formas de gobierno dentro de una democracia que sean capaces de cumplir la *agenda*»⁴⁶, entendiendo por tal, las actividades y servicios más relevantes y urgentes a realizar en el futuro.

Para actuar eficientemente, en su «*agenda de gobierno*», el Estado ha de separar aquellos servicios que son *técnicamente sociales* de aquellos que son técnicamente individuales, que caen fuera de la iniciativa privada por faltas de expectativas o incertidumbre. También, para evitar la especulación de los grandes capitales que a menudo juegan en el mercado como si el mismo fuera una lotería, causando desempleo, frustración de las expectativas

razonables de negocio, deterioro de la eficiencia y de la producción, Keynes cree que el remedio ha de buscarse, no solo en la clásica intervención del Estado por medio de su Banco Central, sino también actuando inteligente y coordinadamente con éste para regular la circulación del dinero, como representación del valor de los recursos, y sobre el ahorro e inversión, más aún si el ahorro va al exterior en forma de inversiones.

No solo el Estado ha de dirigir la política económica, sino que también se precisa una política nacional de población: «la comunidad como un todo debe prestar atención tanto a la cualidad innata como a las simples cifras de sus futuros miembros»⁴⁷

Enemigo del centralismo en la adecuada toma de decisiones económicas, defiende que el Estado democráticamente conformado, puede resultar más eficiente si actúa mediante sociedades o entidades públicas autónomas, no centralizadas, y que en un sentido de mayor eficiencia y justicia social, observa que «unos de los desarrollos más interesantes e inadvertidos de las recientes décadas ha sido la tendencia de la gran empresa a socializarse. En el crecimiento de una gran institución –particularmente un gran ferrocarril o una gran empresa de utilidad pública, pero también un gran banco o una gran compañía de seguros– se llega a un punto en el que los propietarios del capital, es decir, los accionistas, están casi enteramente disociados de la dirección...»⁴⁸.

Siendo así, sin embargo no se halla en la teoría económica keynesiana un factor o condición que haya de considerarse para solucionar las desigualdades en la distribución de la renta que ocasiona el mercado. Disculpa ese déficit, el conocido econo-

45 Keynes observa en ese sentido que: «Ha sido el proteccionismo por un lado y el socialismo marxista por otro (...), las evidentes deficiencias de estas dos escuelas, las que contribuyeron grandemente al prestigio y autoridad del *laissez-faire* decimonónico». J.M. Keynes, «Ensayos de Persuasión», pag.289.

46 J.M. Keynes. «Ensayos de Persuasión». pag.291.

47 J.M. Keynes. «Ensayos de Persuasión». pag. 294.

48 Op.cit., pag. 292.

mista francés T. Piketty, y lo atribuye a una óptica burguesa, «sobre todo porque las desigualdades sociales no plantean problemas en sí –aunque no estén muy justificadas– esto es, si están “fundadas en la utilidad común”, como lo proclama el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁴⁹ (...) sino que trata de contribuir a determinar los modos de organización social, las instituciones y las políticas públicas más apropiadas que permitan instaurar real y eficazmente una sociedad justa, todo ello en el marco de un Estado de derecho, cuyas reglas se conocen por adelantado y se aplican a todos, y que pueden ser democráticamente debatidas».⁵⁰

El dinero, medio de intercambio, pero también depósito de valor, representación del valor fijado cuantitativamente en relación a un patrón reconocido internacionalmente como tal, asume para Keynes una significación importante, en los momentos de crisis y pánico.⁵¹ Tampoco, la inflación monetaria, el progresivo deterioro del valor del dinero, con todo lo injusto que es para la clase trabajadora⁵², debidas en

su opinión a la indigencia de los gobiernos y la influencia política superior de la clase deudora, «altera en lo más mínimo la riqueza del mundo, ni sus necesidades, ni su capacidad productiva. Por tanto, no tendría que afectar a la naturaleza o al volumen de lo que se produce»⁵³.

Esas consideraciones no deben sin embargo inducirnos a una falsa percepción de lo que pensaba, y que en muchas ocasiones expresó cáusticamente, respecto a los rentistas y sobre la desigualdad en la distribución de la riqueza. Que no considerara la distribución irregular de la riqueza un factor que rige en el funcionamiento del mercado de la producción, no quiere decir que le complaciera o aceptara ese hecho.

Pensaba que, además de carecer esas minorías de legitimidad para detentar esas riquezas heredadas históricamente, menos aún la tienen, si cabe, para dedicarse a vivir exclusivamente de sus rentas en lugar de utilizarlas para tratar de producir. También denuncia Keynes con particular ardor el amor al dinero de la clase social pudiente, la avaricia, la usura y muy particularmente, la especulación con la que se mueven muchos de los hombres de negocio.⁵⁴

Pero es que Keynes, con indudable gran optimismo, estaba plenamente convencido que a pesar del enorme crecimiento de la población mundial, a la que había sido necesario dotar de viviendas, alimentos y

49 «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común».

50 T. Piketty. «El Capital en el siglo XX». Edición digital, 2013. Pág.30.

51 Keynes exponía en sus lecciones de Economía en Cambridge la entonces vigente, *teoría cuantitativa del dinero*, teoría que afirmaba demostrar a partir de la famosa «ecuación de cambio», que un cambio en la oferta monetaria provocaba un cambio proporcional en el nivel de precios, sin ningún efecto en el volumen del comercio ni de empleo. Esa teoría clásica, reformulada, en 1919, por Arthur Pigou, en su «The Value of Money», criticada con vehemencia por Keynes, le sirvió posteriormente para establecer analíticamente, en su «Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero», la vinculación entre el dinero y la actividad económica real, a través de su concepto de la demanda efectiva y el hilo conductor de la tasa de interés.

52 «Ha sido un lugar común en los manuales de economía que los salarios tienden a rezagarse detrás de los precios, con el resultado de que los ingresos reales del receptor de salarios disminuyen durante el periodo de alza de precios». J.M. Keynes. «Ensayos de Persuasión». Cap.

7. «Consecuencias sociales de los cambios en el valor del dinero (1923)», pag. 89.

53 Op. Cit., pág. 90.

54 «Convertir al hombre de negocios en un jugador es asestar un golpe al capitalismo, porque destruye el equilibrio psicológico que permite la perpetuación de recompensas desiguales. La doctrina económica de los beneficios normales, vagamente aprendida por todos, es una condición necesaria para la justificación del capitalismo. El hombre de negocios solo es tolerable en la medida en que puede sostenerse que sus ganancias están en alguna relación con lo que, aproximadamente y en algún sentido, sus actividades han aportado a la sociedad». J.M. Keynes. «Ensayos de Persuasión». Cap. 7. «Consecuencias Sociales de los Cambios en el Valor del Dinero», pag. 88.

servicios, del paro tecnológico ocasionado a causa de la sustitución del factor trabajo por máquinas, a largo plazo, en unos cien años de no producirse guerras o grandes incrementos de la población, se resolvería el problema económico de la humanidad, viéndose ésta privada de su finalidad tradicional: su lucha por la subsistencia: «Así, por primera vez desde su creación, el hombre se enfrentará con su problema real y permanente: cómo usar su libertad respecto de los afanes económicos acuciantes, cómo ocupar el ocio que la ciencia y el interés compuesto le habrán ganado, para vivir sabia y agradablemente bien».⁵⁵

5.2. Trascendencia de su teoría económica

La doctrina económica de Keynes está condensada esencialmente en su último libro, «Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero» (1936) que «ha de interpretarse como una carta blanca para la acción inteligente del Estado»⁵⁶. Avisa en su prefacio que está dirigido especialmente a sus colegas economistas, aunque espera sea comprensible para quienes no lo son y que su objeto es ocuparse principalmente de las difíciles cuestiones de la teoría, y solo secundariamente de sus aplicaciones prácticas, porque, para él, la economía ortodoxa ha pecado de falta de claridad y generalidad de sus premisas.

Keynes se enfrenta en ese libro a los postulados clásicos de la economía clásica porque en su opinión, los mismos resultaban insuficientes e incluso plagados de importantes errores de cara a poder interpretar y resolver las causas de la depresión mundial reinante que estaba provocando

la enorme anomalía de un creciente desempleo, provocando un galopante empobrecimiento de la clase trabajadora en el marco de una progresiva inflación que injustamente beneficiaba a las clases privilegiadas, todo ello agravado por las tensiones revolucionarias que habían sacudido a Gran Bretaña, desde los años posteriores a la primera guerra mundial.

Lo cierto es que Keynes siempre defendió, que la economía era un conjunto de técnicas dirigida a resolver los problemas que, en cada momento histórico, cíclicamente surgen, como consecuencia de las necesidades de subsistencia humanas, en un mundo de recursos limitados, los cuales han de ser distribuidos con criterios de justicia, pero sin afectar a la sustancia o esencia de la libertad individual: «La economía debe ser una cuestión reservada a los especialistas, como la odontología. ¡Sería estupendo que los economistas lograsen que se les considerara como personas modestas y competentes como los odontólogos!»⁵⁷.

En ese libro, aludiendo a la paradoja de la pobreza en medio de la abundancia, describe, define y combina los factores y variables del sistema económico para obtener los resultados y soluciones a la crisis del capitalismo –que siempre consideró un sistema inestable– caracterizada por ciclos de altas tasas de desempleo e inflación monetaria, con subsiguiente pobreza de la población. Para ello, introduce en su análisis la idea de la expectativa como factor psicológico determinante de la producción, la ocupación y los cambios cíclicos, junto a la idea de la demanda efectiva: la demanda de bienes y servicios en su conjunto; establece la función global de consumo, del ahorro y su relación con la inversión y acu-

55 J.M. Keynes. «Ensayos de Persuasión». Cap.25. «Las Posibilidades Económicas de Nuestros Nietos», pag.332.

56 R. Lekachman. Op. Cit., pag. 70.

57 J. M. Keynes. «Ensayos de Persuasión». Cap. 25, «Las Posibilidades Económicas de Nuestros Nietos». Pag. 335.

mulación de capital; fija el papel esencial que juega la estabilidad del dinero, con la puesta en duda de la eficacia de las políticas basadas en el aumento o disminución de los tipos de interés y en la disminución de los salarios, combatiendo la idea hasta entonces vigente de la inexistencia de un paro involuntario, así como, las consecuencias desfavorables para la inversión, de una reducción de salarios.

El tratamiento de esas cuestiones teóricas, lo realiza de manera muy original, creativa y flexible⁵⁸, aportando variedad de ideas novedosas que han permitido a los economistas posteriores dar un fructífero seguimiento a las mismas, avanzar sobre las causas de los ciclos económicos y las fluctuaciones en los índices de desempleo, posibilitando sobre sus bases la construcción de nuevos modelos macroeconómicos que han regido la economía occidental durante los llamados años de bonanza (1945-73), que en su honor ha sido denominado por los economistas, el «período keynesiano».

Se ha valorado, como principal mérito de esta obra que contiene en su conjunto, «un violento ataque contra el supuesto de la existencia, en las sociedades capitalistas, de unos mecanismos de ajuste económico que producen automáticamente las condiciones de pleno empleo de hombres y recursos»⁵⁹. En esa línea, uno de sus principales mensajes es la necesidad de conceder al Estado una responsabilidad cada vez mayor en la tarea de organizar de forma directa la inversión, para garantizar la perpetuidad del pleno empleo, lo que hace

inevitable un aumento sustancial de la actividad del Estado que ha de programar de modo inteligente, como instrumento para luchar contra la depresión, obras públicas financiadas mediante déficits presupuestarios, con un aumento del gasto público en proyectos de utilidad social.

No satisfecho plenamente de su «Teoría General», Keynes se manifestó, en los años posteriores a su publicación, en la necesidad de revisar sus fundamentos teóricos e incluso ampliar esta obra, tarea que anunció y preparó, sin poder finalizarla. También se expresó a favor de que fuera objeto de crítica, corregida su obra y que se tratara de formular nuevos sistemas sobre la base de su teoría.⁶⁰

De algún modo Keynes tuvo oportunidad de desarrollar y aplicar sus teorías económicas durante los años de la segunda guerra mundial, hasta su prematuro fallecimiento, en 1946, en los que mantuvo un cargo asesor en el Tesoro y pudo así, influir en la confección de los Presupuestos, recomendando, entre otras medidas, aplicar grandes aumentos impositivos en los tramos más altos de renta y un impuesto sobre beneficios extraordinarios. También promovió y organizó el racionamiento durante esos duros años de guerra en el Reino Unido.

Ya, a finales de 1939, tuvo ocasión de escribir dos largos artículos sobre, «Cómo Pagar la Guerra», que posteriormente han sido refundidos en el capítulo 27, en ediciones posteriores de su libro, «Ensayos de Persuasión», tratando de convencer a la opinión pública de la necesidad de sustraer a las exigencias de la guerra determinadas

58 «en lugar de considerar que la ambigüedad y flexibilidad de la obra de Keynes son un problema, creemos que son la clave para entenderlo mejor. Keynes no estaba intentando establecer una nueva ortodoxia; por el contrario, cuestionaba cualquier ortodoxia y defendía una revolución permanente». R. Backhouse y B. W. Bateman. Op. Cit., pag. 193.

59 R. Lekachman. Op. Cit. pag. 90.

60 «Como [Geoff] Mann escribe, Keynes creía que, si expertos civilizados (como él mismo) abordaban los problemas a corto plazo de la crisis económica y las recesiones, se podría evitar el desastre a largo plazo del colapso de la civilización». M. Roberts. «Keynes, la civilización y el largo plazo». El Viejo Topo. 26/04/2017.

mejoras sociales: «asignaciones familiares en efectivo para todos, la acumulación de la riqueza de la clase trabajadora bajo su propio control, una ración barata de las cosas más necesarias y una leva (o impuesto) de capital para después de la guerra, [que] constituyen un avance hacia la igualdad económica mayor que cualquier otro que hayamos realizado en tiempos recientes»⁶¹. En esa línea su influencia fue decisiva en el diseño de las políticas de pleno empleo para después de la guerra, el Libro Blanco de Política de Empleo, mayo de 1944, y en la puesta en marcha del Plan Beveridge de Seguridad Social, cuya financiación por el Tesoro abordó con gran entusiasmo e hizo viable, particularmente del seguro de desempleo y prestaciones familiares, asumiendo ante el estado de alarma que causaba ese Plan en sectores conservadores, el papel de defensor de Beveridge.

Crucial fue su participación en las negociaciones para la financiación de todas las compras militares británicas a Estados Unidos y la ayuda de este país, organizando los aprovisionamientos aliados y en prevenir el mantenimiento económico y financiero de Gran Bretaña tras su finalización, tratando de asegurar que las condiciones bajo las cuales se había proporcionado esa ayuda no afectaran a la independencia futura del Reino Unido, ni a su satelización por los Estados Unidos. «Su principal preocupación, era no acceder a nada que pudiera amenazar la posición de posguerra del imperio Británico»⁶².

Siguiendo esa línea, también participó en las conversaciones preparatorias y acuerdos de Bretton Woods (USA), con el fin de establecer un nuevo modelo económico mundial de posguerra, en las que

sin embargo no logró imponer todas sus propuestas sobre las estadounidenses. Una de éstas, era lograr una Unión Monetaria Internacional, mediante la creación de un Banco Internacional de Compensación, con el objetivo a largo plazo de desmonetizar el oro y mantener el equilibrio de la balanza de pagos, entre cada país y el resto del mundo, con su visión de una moneda mundial.⁶³ Finalmente, se llegó a acordar la creación del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial de Desarrollo, así como un nuevo orden económico internacional a través de un sistema monetario internacional fundado en el dominio del dólar.

Han pasado más de 75 años desde que Keynes no está ya entre nosotros y su teoría económica se fundamenta en circunstancias de un mundo hoy ya inexistente. Fue escrita sin poder tener en cuenta factores económicos esenciales generados en su evolución, principalmente la globalización o mundialización de la economía y del comercio, el desbordamiento de la economía productiva por la economía financiera y sobre todo, el agostamiento de las materias primas y energías fósiles, la contaminación subsiguiente a la sobreexplotación de los recursos, en el marco de una sociedad de consumo universal y cambio climático.

Sus recetas económicas, tan flexibles, fueron abandonadas a mitad de los años 70 y sustituidas por políticas claramente neoliberales en los finales de los 80 (crisis inflacionaria), que consideran que el gasto gubernamental y los déficits presupuestarios son el problema y no la solución y que para obtener una estabilidad económica y financiera se debe acudir a la austeridad y

61 J. M. Keynes. Op. Cit., pag., 368.

62 R. Skidelsky. Op. Cit., pag. 875.

63 El interlocutor de Keynes fue el Director del Tesoro de EE.UU, Harry Dexter White, quien redactó el primer borrador del Fondo Monetario Mundial (FMI) y que según parece, estaba asociado al movimiento comunista y pasaba información a la URSS.

desmantelamiento del Estado. Hoy día se predica, por los gobiernos de signo conservador, rebajar las tasas fiscales e incrementar la tasa de interés, lo que representa la vuelta a las posturas políticas y económicas de los años 20 y 30 del siglo pasado, contra las que tanto luchó Keynes.

Afirmaciones que actualmente oímos a determinados políticos o que publicitan como verdades o incluso tópicos determinados medios me traen al recuerdo la vida y doctrina de Keynes, quien jamás sufrió con paciencia a los necios. Estoy seguro que le encantaría estar presente en una época como la actual en la que se pone en cuestión la principal función del Estado, de acabar con las desigualdades económicas de los ciudadanos. Vería con satisfacción la creación del euro, él que creía en la necesidad y pronosticaba la posibilidad de llegar a una moneda única mundial. Por eso mismo, tan cauteloso como era respecto al imperialismo norteamericano y tan internacionalista, estoy convencido de que le parecería una tremenda necedad y habría por ello combatido la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

No obstante, el rechazo de Keynes a las *fórmulas mágicas*, es justo reprocharle que sus teorías no han servido en modo alguno para lograr un avance en una mejor distribución de la riqueza y desaparición de la desigualdad económica y social, cuestión que ha sido desde el siglo XVIII, el germen de las luchas sociales. Y es que, no obstante la evidente mejora en las condiciones de vida actuales en comparación con las del siglo XIX, cuando se acrecentó el periodo de industrialización, se observa que «no es seguro que la participación del trabajo en el ingreso nacional haya progresado de manera verdaderamente significativa durante un periodo muy largo: el capital (no humano) parece ser tan indispensable en el siglo XXI como lo era en el XVIII o en el



Alfred Kubin, *El último rey*

XIX, y no se puede descartar que llegue a serlo aún más»⁶⁴.

Seguramente, su virtual fracaso demostraría que el capitalismo de libre mercado, entendido incluso como el libre juego, corregido por el Estado, de la oferta y la demanda, no puede ofrecer el fin de la desigualdad y de la pobreza. Que un sistema que requiere una producción continua, un crecimiento económico permanente, como oferta de mercancías que ha de ser inmediatamente consumida, no es sustentable a medio plazo.

Estamos en un momento crítico de ese capitalismo sin que contemos entre nosotros hoy día con economistas tan inteligentes y creativos que lo puedan cuestionar en su legitimidad y superar el dilema que Keynes consideraba existente «entre una sociedad que es en sí [moralmente] objetable y el desmoronamiento económico»⁶⁵.

⁶⁴ T. Piketty. *Op. cit.*, p. 24.

⁶⁵ R. E. Backhouse y B. W. Bateman. *Op. cit.*, p. 84. Ref. a J.M. Keynes. Vol. 17. p. 450.

Juezas y Jueces *para la* Democracia

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

REVISTA JUECES PARA LA DEMOCRACIA. INFORMACIÓN Y DEBATE

Empresa: _____
Nombre: _____
Apellidos: _____
CIF / NIF: _____
Dirección: _____
Municipio: _____ C.P.: _____
Provincia: _____ País: _____
Teléfono : _____ Móvil : _____
E-mail: _____

Importe suscripción por un año natural (3 números)

España: 24 € Europa: 34 € Resto: 40 €

(Rellenar los siguientes datos y remitir a la dirección abajo indicada)

Forma de pago (marque la opción de pago que desee):

☐ **Datos de domiciliación bancaria (20 dígitos):**

BANCO	OFICINA	DC	Nº CUENTA CORRIENTE
____/____/____	____/____/____	____/____	____/____/____/____/____/____/____/____

☐ **Transferencia Bancaria a favor de Maxipack, S.L.:**

Cuenta número: ES88 2100 / 1913 / 12 / 0200049257

(Enviar justificante ingreso en Banco de Transferencia a e-mail suscripciones@maxipack.es)

☐ **Tarjeta de crédito:** ☐ **Visa** - ☐ **Mastercard**

Número tarjeta: _____

Fecha de caducidad: ____ ____ ____

Remitir Boletín de Suscripción a la siguiente dirección:

JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Teléfono suscripciones: 682 01 28 84

E-mail: jpd@juecesdemocracia.es

Los datos que nos ha facilitado han sido incorporados a un fichero automatizado cuya titularidad y responsabilidad corresponde a Juezas y Jueces para la Democracia, que tomará las medidas necesarias para garantizar su seguridad y confidencialidad, usándolo para gestionar esta suscripción, así como para realizar comunicaciones. Usted puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en la dirección email datos@juecesdemocracia.es.

SALUDABOGACÍA

Desde tan sólo
40€/mes contrata tu
seguro individual
con *Salud Abogacía*,
el seguro médico
que incluye
las más amplias
coberturas
y un excelente
cuadro médico.

Y colegiados
<35 años **35€/mes**

**¡Contrata ahora sin
periodo de carencias!**



* Las tarifas se incrementarán en un 0,15% en concepto de TCCS. Para la revisión de primas en las sucesivas renovaciones, se atenderá a los criterios de actualización anual recogidos en las condiciones económicas de la póliza.

NUEVA MUTUASANITARIA

Información y contratación

91 290 90 90

contratacion@nuevamuasnitaria.es

«El que usa mal el dominio no es digno de señorear, y al tirano ninguna fe, ni obediencia ni ley se debe guardar.»

Bartolomé de Las Casas (*Entre los remedios*, 1566)

«Siendo por naturaleza siervos los hombres bárbaros, incultos e inhumanos, se niegan a admitir la dominación de los que son más prudentes, poderosos y perfectos que ellos (...) siendo además cosa justa, por derecho natural, que la materia obedezca a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, los brutos al hombre, la mujer al marido, los hijos al padre, lo imperfecto a lo perfecto, lo peor a lo mejor, para bien universal de todas las cosas.»

Ginés de Sepúlveda (*Democrates alter, sive de iustis belli causis apud indos*, 1544)