

septiembre 2023

Yolanda Rueda Soriano

El principio de legalidad en cuestión a propósito de las STC 66/2022 y STS 821/2022

Ignacio González Vega

Estado de derecho en la Unión Europea: crisis de la independencia judicial en Polonia

Carmen Martínez Perza

La situación de las personas con adicciones en el sistema penitenciario

Benjamín Sánchez Fernández

La práctica judicial y la desmemoria española sobre el problema saharauí

Vera Sacristán

La mercantilización de la universidad

Amaya Olivas Díaz

Los amnésicos, breves notas acerca del peligro de la indiferencia

Franco Ippolito

Recuerdo de Salvatore Senese

Dario Ippolito

El internacionalismo garantista de Perfecto Andrés Ibáñez

Dossier: Ucrania y el nuevo desorden mundial

Luigi Ferrajoli

Los deberes de la Comunidad Internacional

José Luis Gordillo

Los ángulos muertos del derecho internacional

Fabio Mini

Qué significan una victoria rusa y una ucraniana

Fyodor a. Lukyanov

Un nuevo tipo de Guerra Mundial

Carlos Prieto del Campo

El estado de las cosas

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 107 septiembre 2023

EDITA: Juezas y Jueces *para la* Democracia

En este número: González Vega, Ignacio. Magistrado, Audiencia Provincial, Madrid
Gordillo, José Luis. Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona
Ferrajoli, Luigi. Filósofo del Derecho
Ippolito, Franco. Magistrado emérito de la Corte Suprema (Italia)
Ippolito, Dario. Filósofo del derecho, Universidad Roma 3
Lukyanov, Fyodor a. Politólogo, director de la revista Russian in Global Affairs y profesor de la Facultad de Economía Mundial y Relaciones Internacionales de Moscú
Martínez Perza, Carmen. Magistrada, Juzgado de lo Penal, Huelva
Mini, Fabio. General y ensayista italiano. Comandante de la OTAN en las misiones KFOR en Kosovo de 2002 a 2003
Olivas Díaz, Amaya. Magistrada, Juzgado Social, Madrid
Prieto del Campo, Carlos. Jurista, filósofo, editor New Left Review en castellano
Rueda Soriano, Yolanda. Magistrada, Juzgado de Instrucción, Sevilla
Sacristán, Vera. Profesora jubilada, Matemáticas aplicadas, Universitat Politècnica de Catalunya y presidenta del Observatorio del Sistema Universitario
Sánchez Fernández, Benjamín. Magistrado de lo Contencioso-Administrativo, Toledo

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Juezas 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), Yolanda Rueda Soriano.

El dossier ha sido coordinado por José Luis Gordillo

Las imágenes de este número son de Francisco de Goya y pertenecen a la serie de estampas que el pintor creó, entre 1810 y 1815, sobre la Guerra de la Independencia, un testimonio denuncia contra la guerra y los desastres que provocó. Tituló la serie de «*Fatales consecuencias de la sangrienta guerra en España con Bonaparte. Y otros caprichos enfáticos, en 85 estampas*».

Consejo asesor: Manuel Atienza (U. Alicante), Antonio Baylos Grau (U. Castilla la Mancha), José Luis Díez Ripollés (U. Málaga), Cristina González Beifuss (U. Barcelona), Juan Igartua Salaverría (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 juecesdemocracia.es

Boletín de suscripción en la página web.

Suscripciones y contacto: *Juezas 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: 15 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 30 € (3 números) / Europa: 40 € / Resto: 50 €

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



ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Dossier. Ucrania y el nuevo desorden mundial	
— <i>Presentación</i>	5
— <i>La Guerra contra Ucrania y los deberes de la Comunidad Internacional</i> . Luigi Ferrajoli	7
— <i>Los ángulos muertos del derecho internacional</i> . José Luis Gordillo	10
— <i>Qué significan una victoria rusa y una ucraniana</i> . Fabio Mini	17
— <i>Un nuevo tipo de Guerra Mundial</i> . Fyodor a. Lukyanov	23
— <i>El estado de las cosas</i> . Carlos Prieto del Campo	30
Teoría / Práctica de la jurisdicción	
— <i>El principio de legalidad en cuestión a propósito de las STC 66/2022 y STS 821/2022</i> . Yolanda Rueda Soriano	45
— <i>La situación de las personas con adicciones en el sistema penitenciario español. Datos, reflexiones y propuestas</i> . Carmen Martínez Perza	57
— <i>Reflejos del problema saharauí en la jurisprudencia: la práctica judicial y la desmemoria española</i> . Benjamín Sánchez Fernández	68
Estudios	
— <i>Estado de derecho en la Unión Europea: crisis de la independencia judicial en Polonia</i> . Ignacio González Vega	81
— <i>La mercantilización de la universidad</i> . Vera Sacristán	93
Memoria	
— <i>Los amnésicos, breves notas acerca del peligro de la indiferencia</i> . Amaya Olivas Díaz	103
— <i>Recuerdo de Salvatore Senese</i> . Franco Ippolito	110
— <i>El internacionalismo garantista de Perfecto Andrés Ibáñez</i> . Dario Ippolito	118

DOSIER:

UCRANIA Y EL NUEVO DESORDEN MUNDIAL

Presentación

La guerra de Ucrania comenzó en 2014, como recordaba hace un mes y medio el secretario general de la OTAN, Jens Stolterberg, en una entrevista publicada el pasado 9 de mayo en *The Washington Post*. Por tanto, la población de Ucrania lleva nueve años y medio padeciendo bombardeos, combates, masacres, abusos, desplazamientos forzosos y el resto de actos de barbarie que se producen de forma habitual en todas las guerras.

Lo que en 2014 comenzó como una disputa política por la posible pertenencia de ese país a la Unión Europea, se transformó poco después en una guerra civil tras el derrocamiento por medios inconstitucionales del presidente Víktor Yahukóvitch, que había sido elegido en unas elecciones libres, y la consiguiente reacción de la población de la parte oriental del país contra dicho acto de fuerza.

Desde el minuto uno, es decir, desde el famoso Maidán, en ese conflicto intervinieron diversas potencias extranjeras: Rusia, por supuesto, que aprovechó la circunstancia para anexionarse Crimea, pero también Reino Unido o EE.UU., cuyos dirigentes se paseaban por las plazas de Kiev repartiéndole bocadillos a los manifestantes antigubernamentales.

Más tarde, enviarían a Kiev asesores militares, armamento, información de interés militar, para que las fuerzas armadas ucranianas tuvieran éxito en su «Operación antiterrorista» contra las milicias del Dombás, a su vez armadas y apoyadas por Rusia.

Lo que también hicieron las potencias occidentales, según han reconocido Angela Merkel y François Hollande, es aconsejar a Kiev el incumplimiento de los Acuerdos de Minsk, el primer intento serio de parar la guerra de Ucrania.

Vista en perspectiva, la guerra de Ucrania es un ejemplo perfecto de lo que el periodista Enric González denominó la Trampa 23 (en *El País*, 18/02/2023), que, según él, consiste en «el acto de resolver un problema creando un problema mucho más grave».

Es una buena manera de describir tanto la manera en que Kiev intentó aplastar militarmente la insurrección armada de las autoproclamadas repúblicas del Dombás, como la decisión del gobierno de la Federación Rusa de invadir Ucrania en febrero del año pasado para obligar a la UE y a la OTAN a renegociar los parámetros de la seguridad europea. Una decisión que constituye un crimen de agresión y

que comporta, como todos sabemos, una grave violación de la Carta de Naciones Unidas.

Pero también alimenta la Trampa 23, esto es, la decisión de la OTAN de armar y financiar al gobierno de Kiev y animarle a continuar la guerra «hasta el último ucraniano» con el fin de «debilitar» a Rusia y, de paso, achicar el espacio geopolítico a China.

Entre unos y otros, nos están metiendo a todos en una situación extremadamente grave para la paz y la seguridad internacionales. Para Europa es, desde luego, la crisis bélica más peligrosa desde el final de la segunda guerra mundial.

El dossier que presentamos pretende ofrecer algunos elementos de reflexión sobre diversos aspectos jurídicos y políticos relacionados con dicha guerra. Luigi Ferrajoli, que no necesita presentación alguna, ofrece una interesante propuesta de lo que los estados miembros de Naciones Unidas podrían hacer para intentar parar la carrera hacia el desastre colectivo. José Luis Gordillo, profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Barcelona, formula una reflexión sobre las limitaciones del Derecho Internacional y el rol que pueden jugar los estados neutrales que han presentado planes de paz, así como la función que podría jugar a favor de los mismos objetivos la movilización de las poblaciones, en especial las que viven en los países de la Unión Europea. Fabio Mini, general y ensayista italiano que fue comandante de la OTAN en las misiones KFOR en Kosovo de 2002 a 2003, intenta responder a la pregunta acerca de lo que podrían ser una victoria rusa y una victoria ucraniana, objetivos estos que todavía no han sido explicados

a las poblaciones por los belicistas de ambos lados. Fyodor A. Lukyanov, politólogo, director de la revista *Russian in Global Affairs* y profesor de la Facultad de Economía Mundial y Relaciones Internacionales de Moscú, nos ofrece una interpretación de la guerra de Ucrania como el inicio de una nueva reordenación de la jerarquía internacional de estados que, si implica un incremento de la escalada militar y la intervención de más actores internacionales, bien podría comenzar a verse como el principio de la tercera guerra mundial. Se trata de una reflexión formulada desde Rusia, es decir, desde *el otro lado del conflicto*, un punto de vista que, huelga decirlo, se encuentra totalmente ausente en nuestros medios de comunicación.

Los artículos de Mini y Lukyanov han sido publicados en la prestigiosa revista *Limes. Rivista italiana di geopolitica*, una publicación sobre política internacional que combina una gran calidad con una amplitud de miras que es difícil encontrar en otras publicaciones europeas sobre la misma temática (y no digamos en las que se publican en España). El artículo de Fabio Mini se publicó en el número 6 de dicha revista del año 2022, por lo que tiene doce meses de antigüedad. El artículo de Lukyanov se publicó en el primer número del presente año. Ambos artículos se publican tras haber solicitado el correspondiente permiso a la redacción de Limes. Por último, Carlos Prieto del Campo, editor de la versión en castellano de la *New Left Review*, nos ofrece un análisis de la actual coyuntura política y de las posibilidades de las acciones antisistémicas que ayuda a ampliar el nivel de comprensión de toda la problemática aludida.

La guerra contra ucrania y los deberes de la comunidad internacional

Luigi FERRAJOLI

Cuando un bandido amenaza con disparar sobre una multitud en el caso de que no se acojan sus exigencias o, peor aún, si ya está utilizando su arma, el deber de quienes tienen el poder de hacerlo –en este caso la comunidad internacional– es tratar, tratar y tratar de que cese la matanza. Poco importa que el bandido sea considerado un criminal, un loco, un jugador de azar o bien un jefe político irresponsable cuyas razones y reivindicaciones no hubieran sido atendidas. Lo único que importa es hacer cesar la agresión y la muerte de inocentes.

Tratar es lo que reclaman millones de personas en todo el mundo cuando piden que “cese el fuego”. Sobre todo, para poner fin a la tragedia de las masacres, las devastaciones y la huida de millones de refugiados ucranianos. En segundo lugar, porque la continuación de la guerra solo puede producir una escalada, hasta su posible deflagración en una guerra mundial nuclear sin vencedores y solo con derrotados. Precisamente, los más encarnizados críticos de Putin no deberían olvidar que nos hallamos ante un autócrata que cuenta con más de seis mil cabezas nucleares, y que la insensatez de esta guerra, también desde el punto de vista de los intereses de Rusia, no permite excluir posteriores, apocalípticas aventuras.

Pero, ¿quién tiene el poder, y, añadiré, el deber de tratar? Quizá se está olvidando que existe una institución, la ONU, cuya

razón social y cuyo cometido, dice el 1 de su Estatuto, es “mantener la paz [...] y, a tal fin [...] conseguir con medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, la composición o la solución de las controversias internacionales”. Existe, pues, una responsabilidad institucional de la comunidad internacional de hacer todo lo posible para restablecer la paz. No se trata, ciertamente, de introducir en el orden del día la decisión de acabar con la guerra, a lo que Rusia opondría su veto. Se trata del deber de la ONU de hacer todo lo posible para conseguir la paz. Y lo que es posible, y por eso obligado, es no dejar a la débil Ucrania tratar sola con su agresor, sino ofrecer sus órganos institucionales, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, como espacios y sujetos de la negociación, convocados y reunidos de manera permanente.

En suma, se trata del deber de la comunidad internacional de detener la guerra a cualquier precio razonable: desde la seguridad de que Ucrania no entrará en la OTAN, a la autonomía de las pequeñas regiones rusófonas y rusófilas de Ucrania, sobre la base de un voto popular en el ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación. Y no existe modo más eficaz para alcanzar este resultado, que reunir en sesión pública y permanente a los órganos supremos de la ONU, para dar vida a una confrontación en la que todos, comenzando por las mayores potencias,

deberán asumir su responsabilidad ante el género humano.

Sería una iniciativa excepcional, sin precedentes, dotada de un enorme valor político y simbólico, que serviría para señalar la gravedad de los peligros que se ciernen sobre la humanidad y para comprometer a todos los estados del mundo a tomar en serio el principio de la paz establecido en el Estatuto de la institución de la que forman parte.

Hay una gran hipocresía, que está en la base de las políticas del gobierno italiano y de los demás gobiernos europeos y del debate público sobre la guerra de agresión de Rusia y sobre la solidaridad con Ucrania. Todos saben, pero todos fingen no saber, que detrás de esta guerra, de la que Ucrania es solo víctima, el verdadero enfrentamiento se da entre la Rusia de Putin y los países de la OTAN. Por tanto, son Estados Unidos y las potencias europeas quienes deberían negociar la paz o, cuando menos, estar junto a Ucrania en las negociaciones, en vez de dejarla sola con su agresor.

Este sería el verdadero acto de solidaridad de Occidente con el pueblo ucraniano; la ayuda real a la población de Ucrania, bombardeada y masacrada desde hace más de un año. No el envío de armas, que tiene el solo efecto de prolongar el conflicto y los estragos, sino la participación de las grandes potencias occidentales, comenzando por Estados Unidos, en las negociaciones. El auténtico apoyo a Ucrania sería emprender una negociación en la que Rusia viera, junto a Ucrania, a los países miembros de la OTAN, dotados de una fuerza muy distinta y de mayor capacidad de presión para conseguir el cese inmediato de la agresión.

A este fin, no sirven los insultos a Putin, que tienen el riesgo de poner las cosas más difíciles –o, lo que es peor, al tratarse de un autócrata irresponsable–, de provocarle e

inducirle a alargar el conflicto, hasta hacerlo precipitar en una tercera guerra mundial nuclear. Sirve menos todavía, es más bien gasolina en el fuego, la carrera de armamentos de los Estados europeos, el rearme de Alemania, el aumento del gasto militar hasta el 2% del PIB decidido por Italia y otros estados: “locos”, los ha llamado el papa Francisco, que declara sentirse “avergonzado” por ellos. Lo realmente útil, por el contrario, sería que las mayores potencias –Estados Unidos y Unión europea– se enfrentasen al peligro de un alargamiento incontrolado de la guerra, asumiendo la responsabilidad de hacer todo lo necesario para alcanzar cuanto antes la paz.

Por eso, no importa insistir, la sede apropiada de la negociación debería ser la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de la ONU. Por dos razones. En primer lugar, porque la ONU es la organización cuya finalidad institucional, como dice el artículo 1 de su Estatuto, es mantener la paz y conseguir la resolución de las controversias internacionales con medios pacíficos. En segundo lugar, porque en el Consejo de Seguridad se sientan, como miembros permanentes, todos dotados de armamentos nucleares, precisamente, las potencias que cuentan con la fuerza y el poder para tratar la paz: Rusia, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y China. De este modo, la negociación se desarrollaría a la vista de toda la humanidad, dentro de una institución que tiene por razón social el logro de la paz y cuyos órganos, podrían muy bien ser convocados en sesión permanente hasta poner término a la guerra.

De allí podría salir, no solo el fin de la agresión a Ucrania, sino también una seria reflexión sobre el peligro, nunca tan grave, del holocausto nuclear que está corroyendo al género humano y, con ella, la decisión racional de retomar el progresivo desarme atómico del mundo, pactado en

1987 por Gorbachov y Reagan e interrumpido por Trump en 2019.

La alternativa es la escalada de la guerra. Pero también, más allá de semejante terrorífica perspectiva, además de la producción de masacres y devastaciones en la pobre Ucrania, la continuación de esta guerra solo hará crecer y dotar de estabilidad a la lógica bélica del amigo/enemigo.

La decisión ampliamente mayoritaria del Parlamento italiano de aumentar casi el doble el gasto militar, la terrible decisión alemana de financiar con cien millardos de euros su propio rearme, el proyecto de dar vida a un ejército europeo, la opción de Biden por el reforzamiento militar de la OTAN, la general complacencia, la com-

pactación de Occidente alzado en armas alcanzada en este lógica de guerra, el crecimiento del odio hacia el pueblo ruso y la información gritada y sectaria, son todos signos y pasos de una loca carrera hacia la catástrofe. Es el triunfo de la demagogia y de la irresponsabilidad, cuyo coste paga hoy el pueblo ucraniano y mañana, de no detenerse esta deriva, la entera humanidad y Europa en particular.

¿Será una ingenua ilusión pacifista confiar aún en un despertar de la razón de las potencias occidentales, animado por la auténtica voluntad de detener la locura de esta guerra en interés de todos?

(Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.)



Que valor!

Desastres de la guerra n.º 7, ¡Qué valor!

Los ángulos muertos del derecho internacional

José Luis GORDILLO

La guerra de Ucrania está rompiendo las costuras de todos los organismos multilaterales. También está mostrando, de nuevo, las limitaciones del Derecho Internacional. En lo que sigue, se explicarán esquemáticamente dichas limitaciones sin ninguna pretensión de originalidad, pues todas ellas ya han sido señaladas por muchos autores. Después se aludirá a la necesidad de persistir en el objetivo de evitar «el flagelo de la guerra» con la vista puesta en los problemas globales a los que debemos enfrentarnos en el siglo XXI. En ese sentido, en la parte conclusiva, se señalará la trascendencia de las iniciativas impulsadas por varios estados y por el todavía minoritario movimiento pacifista europeo tendentes a alcanzar un alto el fuego y una paz pactada en Ucrania.

Preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra

Según el famoso preámbulo de la Carta de San Francisco, la Organización de las Naciones Unidas tiene como finalidad principal “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestras vidas ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles”, así como “mantener la paz y la seguridad internacionales”. Conviene subrayar que, según dicho texto, se trata de evitar el flagelo de toda guerra, no solamente de aquellas que puedan ser calificadas de in-

justas. De hecho, tras la entrada en vigor de la Carta de la ONU, se debería considerar finiquitado el bimilenario debate sobre la guerra justa porque, a partir de lo prescrito en ella, únicamente tiene sentido discutir sobre la legalidad del uso estatal de la fuerza.

Como es suficientemente conocido, para hacer realidad el propósito de evitar el flagelo de la guerra se prohíbe en el artículo 2.4 de la Carta el uso unilateral de la fuerza de un estado contra otro. Esta prohibición tiene una única excepción: la contemplada en el artículo 51 de la Carta según la cual es legal ejercer “el derecho inmanente a la legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas”.

Pero esta excepción no autoriza a hacer cualquier cosa de forma indefinida, sino solamente aquellas acciones bélicas, jurídicamente permitidas, “hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”. Cualquier otro uso de la fuerza sólo será legal si se trata de un uso *multilateral* decidido por el Consejo de Seguridad de la ONU, el cual, no obstante, debe implementarse de acuerdo con los supuestos y requisitos establecidos en el Capítulo VII de la Carta.

Uno de ellos es que todas las operaciones bélicas deben estar dirigidas por un Comité Militar dependiente del propio

Consejo, algo que no ha ocurrido jamás y es difícil que ocurra porque ningún gobierno está dispuesto a que sus fuerzas armadas participen en acciones bélicas a las órdenes directas de alguien que no sea él mismo. De ahí que, cuando se ha implementado dicho uso, se ha hecho mediante una práctica legal degradada consistente en que el Consejo de Seguridad de la ONU aprueba una resolución en la que explícitamente se autoriza el uso de la fuerza por parte de una coalición de estados voluntarios, como ocurrió tras la invasión de Kuwait por Iraq en 1991.

Como también sabemos, la legalidad de la guerra depende asimismo de la licitud jurídica de las acciones que se lleven a cabo en el transcurso de los combates. No se puede hacer cualquier cosa y contra cualquier objetivo, aunque se haga en legítima defensa. En ese sentido, hay limitaciones claras, como las prohibiciones de atacar deliberadamente a los no combatientes, usar armas bacteriológicas o químicas, atacar hospitales, barcos-hospital, iglesias o edificios de interés histórico que no sean utilizados para fines militares, o torturar, matar de hambre o dejar sin asistencia médica a los prisioneros de guerra, entre otras.

Pero también hay limitaciones más confusas, como sucede con la prohibición de atacar bienes civiles que se fundamenta en la vaporosa distinción entre bienes civiles y bienes militares. Así, en el artículo 52 de los Protocolos de 1977 añadidos a las Convenciones de Ginebra de 1949, se prescribe que no serán objeto de ataques ni de represalias los “bienes de carácter civil”. Pero su caracterización se intenta perfilar afirmando que serán bienes civiles los que no sean militares, y que éstos son todos aquellos que por su “naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya des-

trucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”, lo que permite considerar como bienes militares a un espectro muy amplio de ellos, porque pocas cosas hay en una sociedad moderna que no puedan tener un doble uso civil y militar.

Derecho y poder en las relaciones internacionales

Ahora bien, para tener una comprensión más ajustada a la realidad del carácter problemático de la legalidad de las guerras es preciso dirigir la mirada hacia la parte institucional del ordenamiento jurídico internacional.

La eficacia del Derecho Internacional, al igual que la del Derecho nacional, depende tanto de lo que dicen los textos legales como de las estructuras de poder que interpretan y aplican dichos textos, ya que, como dejó escrito Max Weber, el Derecho es un orden normativo cuya efectividad “está garantizada externamente por la probabilidad de coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión” (*Economía y sociedad*, FCE, México, 1944, p. 27).

La arquitectura jurídico-política de Naciones Unidas concentra el poder de decisión ejecutiva en el Consejo de Seguridad de la ONU. En éste, como sabemos, hay miembros permanentes y no permanentes. Y los miembros permanentes pueden ejercer un derecho de veto con el que pueden impedir que se adopten resoluciones contrarias a sus intereses. Por eso el sistema se muestra inoperante cuando son algunas de esas cinco potencias -o de estrechos aliados suyos, como el Estado de Israel- las que violan el Derecho Interna-

cional. En esos casos, las potencias ejercen el derecho de veto y todas las previsiones legales se quedan en agua de borrajas. Ese es el principal ángulo muerto del Derecho Internacional vigente. Una reflexión similar se puede hacer sobre la eficacia del llamado Derecho Internacional Humanitario.

Las guerras iniciadas, impulsadas o teledirigidas por EE.UU., Gran Bretaña, Francia o Rusia pueden, si es el caso, considerarse ilegales a la vista de la letra de la Carta de la ONU y de otras normas jurídicas, pero no hay ninguna estructura de poder supraestatal legalmente constituida que pueda ejercer una coacción contra los estados titulares del derecho de veto para exigirles su observancia. Cuando son EE.UU. o Gran Bretaña quienes violan el Derecho Internacional, como ocurrió hace ahora veinte años con la invasión de Iraq, o con el ataque de la OTAN contra Yugoslavia en 1999 (que dio inicio, dicho sea de paso, a la catastrófica expansión de la Alianza Atlántica hacia las fronteras rusas), o cuando es Rusia quien lo hace, como sucedió con la anexión de Crimea en 2014 o con la invasión de Ucrania de hace un año, el sistema muestra su inoperancia práctica.

Esos supuestos de hecho se encuentran más allá del alcance efectivo de la legalidad y del Derecho Internacional existente. En ese sentido, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU se sitúan *de facto* en una posición de impunidad similar a la que se situaban los monarcas absolutistas en relación con las leyes que ellos mismos dictaban. En consecuencia, los conflictos de poder entre ellos únicamente se pueden dirimir mediante el ejercicio de la fuerza bruta o mediante el pacto, como ha puesto de manifiesto la guerra de Ucrania.

Por lo que se refiere al respeto a los preceptos del Derecho Internacional Humanitario, la situación es muy parecida.

Los mecanismos legales establecidos para exigir su cumplimiento dependen bien de Tribunales cuyos tratados constitutivos no han sido firmados o ratificados por algunos de los estados titulares del derecho de veto, como ocurriría con Estados Unidos, Rusia o China en relación con la Corte Penal Internacional, o bien dependen de la aplicación del principio de la jurisdicción universal, el cual, en teoría, pueden aplicar los tribunales de muchos estados, pero que al final tiene un alcance muy limitado porque los estados acostumbran a supe- ditar la aplicación de dichos preceptos a la política de alianzas que han establecido con alguna de las potencias titulares del derecho de veto (como sería, claramente, el caso de España).

Guerras y futuro de la humanidad

La existencia de ángulos muertos en el Derecho Internacional es muy preocupante porque evitar o parar las guerras en la tercera década del siglo XXI es igual o más necesario que cuando se aprobó la Carta de San Francisco.

Los bombardeos atómicos sobre Hiroshima y Nagasaki, ordenados por el gobierno de EE.UU. en agosto de 1945, se convirtieron en el pistoletazo de salida de la carrera de armamentos impulsada por la guerra fría del siglo XX, la cual puso en varias ocasiones a la humanidad al borde abismo. Este hecho fue decisivo para que se abriera paso la percepción de que la guerra (entendida como todo conflicto que implica a uno o más gobiernos y el uso de armas, y que causa mil o más muertos anuales) se ha convertido en un problema de especie, con independencia de su carácter legal o ilegal o de si las causas que las pueden provocar se consideran justas o injustas, porque su continuidad y frecuencia ponen en peligro nuestro futuro colectivo.

El autor que lo explicó de forma más pedagógica fue Bertrand Russell en su ensayo *La guerra nuclear ante el sentido común*. Vale la pena recordar algunas premisas básicas expuestas por Russell para pensar racionalmente sobre la guerra y la paz en la era nuclear.

Partiendo del axioma de que una guerra nuclear a gran escala sería un desastre absoluto, Russell explicaba que cuando comienza una guerra pequeña, existe un riesgo considerable de que llegue a convertirse en una gran guerra; y si las guerras a pequeña escala son múltiples, el riesgo terminará por convertirse en una certeza. Si a eso se añade que las armas nucleares no se pueden desinventar y que, aunque se prohibieran y destruyeran todas las existentes, cualquier nueva guerra relevante se convertiría, a pesar de todo, en una guerra nuclear «tan pronto como los contendientes tuviesen tiempo de fabricar las armas prohibidas», resulta obligatorio llegar a la conclusión de que, si se quiere escapar en el futuro de catástrofes inimaginables, hay que encontrar la manera de evitar toda guerra, «ya sea grande o pequeña, ya sea deliberadamente nuclear o no».

El ensayo de Bertrand Russell se publicó en 1959 y tiene tanta o más vigencia hoy que hace sesenta y tres años. Cualquier persona razonable e informada es consciente de que en las próximas décadas estallarán múltiples conflictos provocados, entre otros factores, por la superación de los límites de sustentabilidad del planeta. Ya sea por todos los problemas que está provocando el cambio climático, ya sea por las consecuencias de la brutal reducción de la biodiversidad, ya sea por el agotamiento de los recursos no renovables (entre los que se encuentran los combustibles fósiles, que proporcionan el 80% de la energía sin la cual no es posible llevar a cabo ninguna clase de actividad económi-

ca), lo menos que se puede decir sobre el futuro que nos aguarda es que será muy conflictivo.

Y si esos múltiples conflictos se van a resolver recurriendo al ejercicio masivo de la violencia, todo el mundo debería estar de acuerdo en que el futuro de la humanidad es negrísimo. Es costumbre acusar a los pacifistas de utópicos y poco realistas, pero son mucho más utópicos y poco realistas todos aquellos belicistas que consideran factible afrontar los problemas futuros recurriendo frecuentemente a la guerra y, al mismo tiempo, creen que eso nunca va a poner en peligro la supervivencia de la humanidad.

La guerra de Ucrania como la guerra de los últimos días

La guerra de Ucrania ha generado una crisis internacional que es más peligrosa que la «crisis de los misiles cubanos» de 1962, pues la posibilidad de una guerra nuclear está más cerca ahora que entonces. La crisis de los misiles cubanos fue una crisis que duró un par de semanas y que, cuando estalló, tenía mejores perspectivas de solución pacífica que el callejón sin salida en el que se están metiendo las grandes potencias nucleares jugando al juego del «¡gallina!» a propósito de los hechos terribles que están ocurriendo en el este de Europa.

La guerra de Ucrania comenzó en 2014, como ha recordado recientemente Jens Stoltenberg, secretario general de la OTAN, en una entrevista publicada por *The Washington Post* el 9 de mayo de 2023. Al señalar esta evidencia, Stoltenberg señalaba también, de forma implícita, que se trata de una guerra que dura ya más de nueve años, que son muchos años para las poblaciones directamente afectadas.

Vista así la guerra de Ucrania ha pasado por dos fases: la primera fue la de la guerra

civil provocada por el golpe de estado de febrero de 2014 y las reacciones adversas que éste provocó en la parte oriental del país. En ella intervinieron, desde el principio, las mismas potencias nucleares que después profundizarían su participación en la segunda fase. Ésta comenzó con la invasión rusa del 24 de febrero de 2022, la cual, sin duda, fue un crimen de agresión y comportó un incremento espectacular de la espiral de la violencia y de los niveles de destrucción. Todo eso está bien explicado en unos cuantos libros cuya lectura es muy recomendable, como el de Francisco Veiga (*Ucrania 22*, Alianza Editorial, Madrid, 2022), el de Rafael Poch-de-Feliu (*La invasión de Ucrania*, Revista Contexto, Madrid, 2022), el de Carlos Taibo (*Rusia frente a Ucrania*, La Catarata, Madrid, edición ampliada de 2022) o el libro colectivo coordinado por Rubén Ruíz Ramas (*Ucrania. De la Revolución del Maidán a la Guerra del Donbás*, Comunicación social, Salamanca, 2016).

Huelga decir que la expansión de la OTAN hacia el este, calificada de «error fatal» por el arquitecto de la estrategia de disuasión nuclear de EE.UU., George F. Kennan (en un artículo publicado en *The New York Times* el 5 de febrero de 1997), en choque frontal con el *imperialismo de proximidad* practicado por la Federación rusa para intentar contenerla, están en el trasfondo de la guerra de Ucrania. Por otro lado, también es notorio que los dirigentes ucranianos surgidos del golpe de estado de 2014 hicieron lo contrario a lo recomendado por Nguyen Chi Vinh, antiguo viceministro de Defensa de la República del Vietnam, quien poco después de la invasión rusa dirigió la siguiente admonición a los dirigentes de Kiev: «No es prudente facilitar que vuestro país se convierta en el escenario de los juegos de poder y de la rivalidad entre las grandes potencias»

(declaraciones recogidas por *Le Monde Diplomatique*, en su número de marzo de 2023).

La responsabilidad del gobierno de la Federación rusa en todo lo que está ocurriendo en Ucrania es clara y diáfana, y no hace falta insistir en ella porque es evidente y porque los medios de comunicación occidentales nos lo recuerdan todos los días. Conviene decir, no obstante, que esa guerra es una guerra en las fronteras de Rusia, con lo que afecta directamente a sus intereses de seguridad de una forma similar a cómo afectaría a la seguridad de EE.UU. una guerra en la frontera con México.

La propaganda bélica occidental minusvalora o directamente oculta la intervención de varios países de la OTAN en Ucrania en la fase anterior a la invasión rusa. Ésta consistió en proporcionar armas, asesoramiento y adiestramiento militar, información de interés militar o llevando a cabo maniobras militares conjuntas con las fuerzas armadas ucranianas. Algo parecido a que Rusia hubiese hecho todo eso como aliado de México en un hipotético conflicto con EE.UU. Asimismo, el aparato de propaganda occidental minimiza la responsabilidad de EE.UU./OTAN en el fracaso de los acuerdos de Minsk de 2015, que fue el primer intento de detener la deriva catastrófica que iba adquiriendo la guerra de Ucrania.

Por los testimonios de la antigua cancillera alemana Angela Merkel (en una entrevista publicada por *Die Zeit* el 7 de diciembre de 2022) y del antiguo presidente de Francia François Hollande (en declaraciones a *Kyiv Independent*, 28 de diciembre de 2022), sabemos que la aplicación de dichos acuerdos fue boicoteada por Kiev y sus aliados occidentales con el fin de ganar tiempo para poder rearmar al ejército ucraniano pensando en la guerra futura con Rusia. Se trata de dos testimo-

nios muy importantes, ya que proceden de los máximos responsables políticos de los estados garantes del cumplimiento de los acuerdos de Minsk.

Asimismo, es importante subrayar la responsabilidad occidental por no contribuir a detener la guerra después de la invasión rusa de Ucrania. Según lo explicado por Naftali Bennet, ex primer ministro israelí que actuó como mediador en las negociaciones entre Ucrania y Rusia de febrero y marzo de 2022, básicamente fueron las potencias occidentales quienes boicotearon la posibilidad de un acuerdo de paz. Éste incluía una retirada rusa de Ucrania, con la excepción de Crimea, a cambio del no ingreso de dicho país en la OTAN. Dada las circunstancias, no parecía un mal acuerdo. EE.UU. y G.B., sobre todo, dijeron que no era el momento de negociar, sino de luchar contra Putin (ver: «Ambas partes deseaban fervientemente un alto el fuego» en la Revista CTXT, 21 de febrero de 2023).

Sin una tregua que abra el camino para una paz pactada, la evolución de los acontecimientos puede llegar a un punto de no retorno. El curso de la guerra de Ucrania puede plantear a la OTAN un dilema endiablado: o bien se involucra directamente en la guerra enviando cientos de miles de soldados, con lo que se daría comienzo a la primera guerra directa entre potencias nucleares, que ninguna de ellas puede ganar y todos podemos perder, o bien la OTAN deberá abandonar a Ucrania a su suerte y obligar a los dirigentes de Kiev, mediante la amenaza del cese de la ayuda militar y financiera, a negociar un acuerdo de «paz por territorios». De la decisión que tomen los dirigentes de la Alianza Atlántica y Rusia en los próximos tiempos depende literalmente el futuro de todos nosotros. Los europeos que ya peinamos canas y nos socializamos políticamente en las luchas por

la paz de la última etapa de la guerra fría del siglo XX, observamos angustiados la evolución de un conflicto que, en muchos aspectos, cada vez se parece más a nuestras peores pesadillas de entonces.

Para contrarrestar los ángulos muertos del Derecho Internacional

Es también una responsabilidad compartida entre Ucrania/OTAN y Rusia la no aceptación hasta la fecha de los planes de paz y de las tareas de mediación impulsadas por China, Brasil, el Estado del Vaticano o por seis países africanos encabezados por Sudáfrica. Todos esos planes, según una encuesta de Euroskopia publicada en febrero pasado, cuentan con el apoyo mayoritario de la opinión pública de Alemania, Austria y Grecia, así como con el apoyo del 50% en Italia y España. En nuestro país, cuentan con el apoyo mayoritario del electorado de Unidas Podemos (ahora Sumar), PSOE, ERC, Junts x Cat y del 46% del PP y 45% de Vox.

El mundo unipolar es cosa del pasado, vivimos ya en un mundo plenamente multipolar. Las votaciones en la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la guerra de Ucrania así lo ponen de manifiesto. Mientras existe una amplia mayoría de estados que condenan la invasión rusa, no es así por lo que se refiere a la imposición de sanciones al estado presidido por Putin. Por otra parte, la contraposición entre la política belicista y de «doble rasero» de EE.UU., y la política de China favorable a un acuerdo de paz evidencia dos formas diferentes de entender las relaciones internacionales, lo cual puede contribuir a ensanchar la distancia entre los estados del Norte global y los del resto del planeta.

Los ángulos muertos del Derecho Internacional muestran, como se ha dicho,

que éste es un instrumento insuficiente para alcanzar el objetivo de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra. Por ello debemos mirar en otra dirección. En la dirección de los estados que en el mundo unipolar no contaban por ser considerados simples vasallos de EE.UU. y sus aliados europeos, y que ahora adquieren un rol diferente debido a la nueva correlación de fuerzas existente en la escena internacional. También hay que tomar en cuenta los deseos de paz de las poblaciones, lo cual, en realidad y como muchos autores han insistido en las últimas siete décadas, ya está señalado en el preámbulo de la Carta de la ONU con la frase «*nosotros los pueblos de las Naciones Unidas*». Si el Derecho Internacional y el entramado de poder que lo sustenta se muestran impotentes para evitar el flagelo de la guerra, entonces también es responsabilidad de las poblaciones movilizarse para conseguir ese vital objetivo.

Algo que, con mucha dificultad, ya ha comenzado a suceder en diversas partes de Europa. Así, el pasado 24 y 25 de febrero, con motivo del primer aniversario

de la invasión rusa, se llevaron a cabo manifestaciones y concentraciones por la paz en más de un centenar de ciudades y pueblos de Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Portugal, Gran Bretaña, Polonia, Holanda, Austria y Croacia, entre otros países. En España se hizo lo mismo en una trentena larga de ciudades y pueblos. Bien es cierto que, con la excepción de Alemania e Italia, se trató de actos con una asistencia reducida o incluso testimonial. Pero si la guerra continúa, las movilizaciones por la paz pueden llegar a ser masivas. Si la guerra se alarga, entonces esos actos minoritarios pueden convertirse en la antesala de una movilización mucho más amplia. Entre el 9 y el 11 de junio pasados se celebró en Viena la *Cumbre Internacional por la paz en Ucrania* que reunió a más de 300 personas de treinta y dos países diferentes. De ella salió la propuesta de convocar acciones de protesta entre el 30 de septiembre y el 8 de octubre próximos a favor de un alto el fuego inmediato y negociaciones que pongan fin a la guerra. Sería fantástico que esta vez la asistencia fuese multitudinaria.



Será lo mismo

Desastres de la guerra n.º 21, *Será lo mismo*.

Qué significan una victoria rusa y una ucraniana

Fabio MINI

Que después de tan solo cuatro meses de conflicto bélico el mundo ya está harto de la guerra de Ucrania es evidente por la avalancha de hipótesis y escenarios sobre el final del conflicto y lo que pasará después de él. Es una especie de ejercicio supersticioso y liberador. Hablar sobre el final de la guerra y preocuparnos por los problemas posteriores nos ayuda a reducir la ansiedad. Es un hecho positivo, pero tiene el riesgo de desvincularse de la realidad. Y la realidad es que la guerra continuará durante mucho tiempo y desestabilizará aún más nuestra forma de vida. La realidad es que no sabemos cómo acabará y que la feroz manipulación de la comunicación da forma a una falsa percepción de los hechos, en la que los manipuladores se regodean a costa de los manipulados.

La realidad es que los principales líderes políticos y militares desean esta guerra y quieren que se alargue todo el tiempo posible. Se están preparando para ello. El nuevo jefe de estado mayor británico ha descubierto, en parte, los trapos sucios del primer ministro Boris Johnson. Pero mientras éste pasa su tiempo apoyando a Zelensky para que luche hasta el último ucraniano, el general Sanders llama *de facto* a los soldados británicos a la guerra. No obstante, son sobre todo los principales agentes de la economía de guerra y de las finanzas los que quieren la guerra, y quieren que sea una guerra total y de alcance mundial. Los falsos intentos de negociar

una tregua son fundamentales para hacer decantar el conflicto en beneficio de uno u otro. Las complicadísimas iniciativas de paz y los llamamientos del Santo Padre y sus hijos son incluso explotados para aumentar la zozobra, lo que a su vez no conduce a un mayor compromiso con el cese de las hostilidades, sino que proporciona un motivo para tornar aún más letal la guerra bajo el lema «siempre y cuando termine». Y no importa quién y cómo gane, «siempre y cuando termine». Así, al alimentar la guerra y su letalidad, ignorando los motivos profundos del conflicto sin hacer ningún esfuerzo por eliminarlos, incluso al favorecer la provocación, al aceptar la expansión de la guerra y el aumento de su intensidad, se están consolidando las bases para que nunca acabe y sea cada vez más destructiva. La crisis de Kaliningrado, desencadenada por la decisión de Lituania de congelar bienes con las sanciones dirigidas al enclave ruso, podría revelarse algún día como el detonante del conflicto directo entre la OTAN y Rusia. Una guerra potencialmente atómica.

Si existe la exigencia de exorcizar esta realidad, no por desidia o desazón, sino a modo de ejercicio intelectual de comprensión con el que hacer una pequeña contribución a la toma de conciencia de quienes toman las decisiones políticas, (responsables éstos, hasta ahora, de unas opciones malvadas o irrelevantes), entonces podemos jugar al juego del *what if* [qué pasaría

si], con independencia de que su valor sea mucho o poco. En concreto: ¿qué puede suceder si gana Ucrania y qué puede suceder si gana Rusia?

Hay dos niveles a explorar: el conflicto directo entre Rusia y Ucrania (incluso sabiendo que este no es el caso) y el conflicto más amplio entre Occidente y Oriente, del cual, el que se localiza en el territorio ucraniano, ni siquiera es una parte demasiado importante. El primero comenzó en 2004, con la «Revolución Naranja» que desestabilizó enormemente las relaciones entre los dos países. Fue un conflicto basado en diferentes aspiraciones y visiones, pero muy influido, sino directamente provocado, por Estados Unidos, que intervino de forma directa, aunque encubierta, y que en ese período perseguía la desestabilización de todas las áreas de alguna manera refractarias a la hegemonía estadounidense. Los procesos de radicalización del nacionalismo ucraniano y del endurecimiento ruso se desarrollaron con igual determinación en esa fase. Durante los siguientes diez años las posiciones cambiaron con la alternancia de gobiernos ucranianos a favor y en contra de Rusia y con los intentos rusos de hacer valer sus necesidades de seguridad. Hasta el estallido de los disturbios del Maidan y lo sucedido posteriormente en Odessa, Crimea y en el Dombás.

El segundo nivel, el global, nunca llegó a comenzar. Se limitó a la continuación de la Guerra Fría, con la falsa creencia de que no hay guerras calientes, con núcleos centrales y conflictos abiertos directos e indirectos correspondientes a la expansión de la OTAN: las guerras en los Balcanes, el 11 de septiembre, la guerra global contra el terrorismo, Afganistán, Irak y la «primavera árabe» con el punto de inflexión fundamental de la iniciativa *Pivot to Asia* de 2011, las guerras en Libia y Siria, los continuos enfrentamientos y provocacio-

nes de Corea del Norte y los conflictos entre Japón y China, entre China y los países vecinos por los mares chinos, entre China y los EE. UU. por Taiwán y por la ventaja económica y comercial. En este segundo nivel, la guerra Rusia-Ucrania es únicamente una manifestación local de una crisis global y multidisciplinar que no puede mejorar ni empeorar con el desenlace del conflicto, pero que puede indicar didácticamente los riesgos que plantean los proyectos enfrentados: el oriental de expansión y comunicación y el occidental de contención y negación. Ambos eran tanto imperiales como imperialistas, aunque solo fuera por compartir la misma indiferencia hacia los vasallos de sus respectivos imperios. Un examen necesario y razonablemente limitado de los posibles desarrollos solo puede intentar unir ambos niveles, aunque excluyendo siempre la propaganda de parte que hace estragos en los medios de comunicación.

En consecuencia, hay dos formas de imaginar lo que puede suceder en un caso y en otro: la académica, racional, estructurada y políticamente correcta, y la irreverente y provocadora del adolescente impertinente que, por suerte, sobrevive en cada uno de nosotros. Fusionar ambas supondría quitarle seriedad a la primera y frescura a la segunda.

Si Rusia gana

Todo depende de la forma en que Moscú gane la guerra. Si consigue una victoria mediante un compromiso o una victoria decisiva. En el primer caso, tendría que aceptar volver a la situación del 23 de febrero de 2022, manteniendo Crimea y la parte de Dombás en ese momento controlada por las dos autoproclamadas repúblicas a cambio de la neutralidad ucraniana. Según la politóloga Liana Fix, del Centro

de Ciencias Sociales de Berlín, el escenario de la victoria parcial de Rusia «podría ser también la división del país y hacer imposible que Ucrania coopere de manera alguna con la Unión Europea o con la OTAN en el futuro».

Algunos observadores, entre ellos Vasili Rukhadze¹, ven la solución del compromiso como una forma de «salvar la cara». En realidad, para Rusia sería una derrota y la renuncia total al proyecto de rediseñar el marco de seguridad en Europa, reinventar las relaciones estratégicas con Estados Unidos y redimensionar el papel de la OTAN. Es un resultado que crearía muchos problemas internos y no daría ninguna solución a los externos. La OTAN incluiría en la organización a todos los países escandinavos, lo que provocaría que las flotas rusas del Báltico y del Mar Negro quedarían embotelladas. Estados Unidos y la OTAN desplegarían misiles de medio alcance en las fronteras rusas y podrían atacar San Petersburgo y Moscú sin previo aviso. Gran Bretaña tendría el control del norte de Europa, con o sin la Alianza Atlántica. Los Estados Unidos ejercerían la hegemonía directa o indirecta (a través de la OTAN y de Gran Bretaña) desde el Ártico hasta el Mediterráneo. El Cáucaso volvería a entrar en ebullición. Sin embargo, a pesar de la posibilidad de una mayor expansión, la OTAN también podría tener problemas con Turquía y, de rebote, con Oriente Medio y Asia Central.

Si, por el contrario, Rusia lograra una victoria militar «decisiva», obtendría el control total de Ucrania, el cambio de régimen en Kiev y la «desnazificación» (purga) de todos los extremistas ya catalogados como nazis presentes en el gobierno, que lo apoyan o lo mantienen como rehén. En

este caso se militarizaría Ucrania para convertirla en un estado anti-OTAN y se reforzarían los lazos con Bielorrusia, las demás repúblicas exsoviéticas que aún no forman parte de la OTAN y las que forman parte de la actual confederación. Rusia usaría fuertemente la diplomacia y las armas para convencer a Suecia y Finlandia de no unirse a la OTAN y declararse neutrales, exigir un mayor y mejor acceso por parte de Lituania a su enclave de Kaliningrado y saldar cuentas con Moldavia, instándole, como mínimo, no unirse a la OTAN. China podría mover ficha en Taiwán o usar la fuerza para reafirmar su soberanía sobre las islas en disputa en los mares del sur y este de China; Irán y Corea del Norte sabrían que es posible obtener lo que se desee amenazando con armas nucleares, Turquía anexaría las partes de Siria que ha ocupado, y así sucesivamente. En todo caso, el conflicto interno no cesaría por la reacción y resistencia ucraniana y el externo conduciría al enfrentamiento directo entre los bloques y entre Estados Unidos y Rusia. Europa seguiría siendo teatro de guerra y el inevitable empeoramiento de la situación económica la llevaría a ceder a los ofrecimientos de «cooperación» de Rusia y China. Rukhadze escribe: «Cuanto más decisiva sea la victoria rusa en Ucrania, mayor legitimidad interna obtendrá Putin. Esto podría proteger a Putin de los enemigos políticos internos y de los posibles desertores del régimen, al menos en el futuro próximo, y permitirle ejercer control sobre las ex repúblicas soviéticas». Añade, además, que: «Es muy poco probable que, tras una hipotética victoria de Moscú en Ucrania, Occidente oponga alguna resistencia para entorpecer este proceso». La victoria «legitimaría» la conquista rusa de Ucrania, levantaría las sanciones impuestas y pondría fin al aislamiento económico de Rusia.

1 Rukhadze, Vasili, «What Happens if Russia Wins or Loses in Ukraine?», *The Defense Post*, 24/3/2022.

Según el sociólogo holandés Ruud Koopmans², el resultado más probable es que Rusia gane esta guerra y logre sus objetivos, que son los siguientes: «Reconocimiento de la soberanía rusa sobre Crimea; el reconocimiento de las repúblicas populares separatistas hasta los límites administrativos de sus respectivas provincias, la renuncia a las ambiciones de Ucrania de unirse a la OTAN y a la UE; la creación de una «Nueva Rusia» que une el Dombás, Crimea y Transnistria; la sustitución del gobierno ucraniano».

Sin embargo, aun con la victoria de Rusia, no está claro que el mundo vaya a volverse más democrático o que los países que son democráticos lo sigan siendo. «Putin ha tirado el guante y los autócratas de todo mundo, en China, en Turquía, en Irán, pero también en muchas pequeñas potencias regionales y populistas dentro de las democracias liberales, esperan el desenlace con esperanzada curiosidad. (...) Si gana Putin, será una señal de derrota y debilidad de Occidente y de la democracia liberal. (...) El mundo en el que Rusia habrá ganado esta guerra no será un lugar agradable para vivir. Será menos liberal, menos democrático y más violento. La alianza occidental sobrevivirá en un mundo así, tras los muros de las fronteras de la OTAN, la única línea roja que hasta ahora ha señalado que está dispuesta a defender. Pero estará geopolíticamente marginada y tendrá que enfrentarse a enemigos de la democracia fortalecidos dentro de sus propias filas». La propia Rusia será marginada, pero eso no tiene por qué ser un drama.

Denis Pushilin, el jefe de la autoproclamada República Popular de Donetsk, dijo que la planta siderúrgica de Azovstal

en Mariupol no será reconstruida. Por el contrario, Mariupol se convertirá en una ciudad turística. El razonamiento que expone es que las sanciones occidentales obstaculizarán las exportaciones de hierro y acero desde el territorio controlado por Rusia, pero Mariupol puede aprovechar el aislamiento económico de la Federación cortejando a un mercado turístico ruso cautivo.

Si gana Ucrania

Una victoria ucraniana, a pesar de lo que se diga, no será la victoria de Ucrania sino de los Estados Unidos y la OTAN. Kiev, sin el apoyo americano y atlántico, está destinada a agotar todos sus recursos y a depender cada vez más de la ayuda exterior, algo que siempre va a tener un precio, tanto material como político.

Según el ex embajador alemán y oficial de inteligencia Rudolf G. Adam³, hay tres formas de que termine esta guerra sin que Putin logre la victoria.

El objetivo óptimo sería la reconquista ucraniana de todo su territorio, incluidos Crimea y Dombás. Sin embargo, Kiev debe ser capaz de pasar de la defensa al ataque y enfrentarse a una larga y cruenta lucha, algo que no puede hacer por sí misma: tendría que sufrir enormes pérdidas y depender por completo de la intervención externa directa. Además, una vez expulsados los rusos, Ucrania se vería obligada a defender la frontera terrestre con Rusia, que se extiende a lo largo de casi 2000 kilómetros y precisa fortificaciones y vigilancia. Todo esto, sin tener en cuenta que la reconquista militar de Crimea y otros territorios realizada principalmente con fuerzas occidentales equivaldría a un ataque a

2 Koopmans, Ruud, «What if Russia wins», *Wzb*, 25/3/2022. Koopmans es director de investigación sobre emigraciones, integración y transnacionalización y profesor de Sociología en la Universidad Humboldt de Berlín.

3 Adam, Rudolf G., «How Ukraine can emerge from war independent and prosperous», *Gis*, 13/6/2022.

Rusia. Este escenario es muy improbable según Adam.

Un objetivo menor sería regresar a la situación del 23 de febrero de 2022. Es cuestionable que las fuerzas ucranianas puedan lograrlo, ya sea militarmente o mediante negociaciones.

La condición mínima sería ceder los territorios ocupados para evitar que Kiev y Odessa cayeran en manos rusas. «Ucrania perdería territorio, pero tendría que sopesar esta pérdida frente a la oportunidad de evitar más muertes y destrucción». Sin embargo, «el desafío en Ucrania es la creación de una *línea roja*, ya que caerá un nuevo telón de acero a lo largo de esta línea. Ucrania sería muy parecida a la Alemania de la posguerra: un país dividido y altamente militarizado con dos sistemas y dos conceptos contrapuestos de desarrollo nacional en pleno conflicto, separados por una frontera impenetrable».⁴

Evidentemente, Rusia tampoco se inclina en absoluto a conceder algo así porque se trataría de una derrota muy grave que tendría graves repercusiones en la estabilidad interna de la Federación. Esto podría conducir a una rápida desestabilización del régimen, protestas masivas y el posterior caos político, lo que podría contribuir a la caída de Putin. El resultado podría ser la aparición de otro hombre fuerte con una postura más conciliadora hacia Occidente o incluso el surgimiento de un régimen democrático. Dependerá de la fuerza de los movimientos democráticos de base rusos, que de momento no parecen ser lo bastante fuertes. La alternativa más probable es que a Putin le suceda alguien todavía más nacionalista y belicoso, que recurra a medios extremos como la guerra nuclear. Además, la derrota rusa en Ucrania y la actual crisis económica podrían incluso su-

mir al país en un caos mayor y llevarlo a la desintegración territorial, como sucedió después de la revolución de 1917 y tras la implosión de la Unión Soviética. Un desenlace que muchos esperan y que tendría importantes repercusiones geopolíticas, económicas, sociales y culturales para Eurasia.

Las tres opciones de Adam no son ni originales ni brillantes. Él mismo las considera bastante problemáticas. Pero el punto no es tanto ganar o perder la guerra como obtener cualquier estabilización que permita a Ucrania ganar durante el período de posguerra. «Después de la guerra, Ucrania puede aprovechar la oportunidad para reconstituirse en una nación más fuerte y resiliente. Podría convertirse en un territorio donde las infraestructuras modernas sustituyan a las obsoletas soviéticas, una nación más confiada y orientada a la comunidad, que acabe con la corrupción, adopte reformas del sistema y reduzca la influencia de los oligarcas. Ucrania podría experimentar un milagro económico si el resto del mundo apoya un ambicioso esfuerzo de reconstrucción, similar al Plan Marshall que reconstruyó Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial».

En este análisis está presente la esperanza de que Ucrania resurja de sus cenizas «más fuerte y bella que antes» con la ayuda decisiva de Occidente durante y después de la guerra. Sin embargo, no existe una evaluación del alcance del conflicto actual en comparación con la Segunda Guerra Mundial. Por aquel entonces, Alemania estaba siendo atacada por el este y el oeste. Antes del Plan Marshall fue destruida, eliminada, ocupada y repartida entre los vencedores. Rusia está luchando en Ucrania porque sabe (y se lo dicen continuamente los Estados Unidos, Gran Bretaña, la OTAN y Europa) cuál es el objetivo real de la guerra. Moscú sabe que si pierde o no consigue una victoria clara correrá la

4 Ibidem.

misma suerte que Alemania, Japón e Italia. Será destruida, eliminada, ocupada y repartida. Y es muy probable que no haya ningún Marshall (estadounidense o chino) que se moleste en reconstruirla, pero sí tendrá que soportar hasta el final lo que estaba planeado para Alemania y que no llegó a completarse: el Plan Morgenthau que preveía la reducción a cero de la producción y capacidad reproductiva de los alemanes para traerlos de vuelta al rebaño. Para siempre, y con la misma motivación que ya expresaron Biden y sus colaboradores: «Evitar que vuelva a hacer lo que hizo». «Never again». Rusia sabe que, si pierde en Ucrania, los perros de la OTAN y de las repúblicas asiáticas la destrozarán, y que para las poderosas fuerzas occidentales vencerla y ocuparla no supone ningún problema. Rusia tiene un tamaño enorme en términos geográficos, pero los corazones y las mentes de los rusos se concentran en la parte occidental de los Urales. Y, si pierde en Ucrania, esa parte, el corazón y la mente de Rusia, estará en peligro.

Es este «conocimiento», como dicen los rusos, o «falsas percepciones», como decimos nosotros, lo que les hace identificar en

Ucrania y la OTAN una «amenaza existencial» que requiere que Rusia use la fuerza para ganar. Es posible que sean solo falsas percepciones, pero nadie en Occidente ha hecho nunca nada concreto por negarlas. Ahora, a diferencia de Alemania, Rusia realmente tiene a su alcance la disuasión nuclear. Y es un elemento disuasorio eficaz, porque dispone de los artefactos nucleares, los dispositivos para lanzarlos y la voluntad de hacerlo. Moscú también sabe que, si pierde en Ucrania, los mismos perros occidentales se morderán entre sí para dividir los pedazos: Polonia, Ucrania, Lituania, Letonia, Estonia, Suecia, Noruega, Finlandia, Rumania, Hungría, Alemania, Georgia, Bulgaria, Austria y Turquía ya están listas para reclamar los agravios sufridos y los territorios perdidos desde el siglo VII d.C. Es plenamente consciente del hecho de que la Unión Europea y la OTAN corren el riesgo de desmoronarse precisamente por el reparto tanto de los trocitos de Rusia como de los beneficios de la reconstrucción de Ucrania. Pero eso no la consuela.

(Traducción de Eduardo Ferrer revisada por J.L. Gordillo)



Enterrar y callar.

Desastres de la guerra n.º 18, *Enterrar y callar*.

Un nuevo tipo de Guerra Mundial

Fyodor a. LUKYANOV

– 1 –

La campaña militar rusa continúa desde hace un año en Ucrania y, como suele pasar, la operación militar no ha ido según lo planeado. La conmoción que sintieron en febrero de 2022 la mayoría de políticos, diplomáticos y analistas habría sido aún mayor si se hubiera podido prever entonces la naturaleza y la duración de este conflicto. En el último año ha sucedido lo que siempre pasa: acontecimientos que hace un tiempo parecían impensables se han convertido en rutina, incluso en habituales. La mayor parte de los rusos que se oponen a la guerra han dejado el país (se habla de cientos de miles de personas). Todo aquel que se ha quedado en él es porque está a favor de las decisiones de Moscú, porque la guerra le es indiferente o porque reconoce la magnitud de los problemas, pero cree que debe permanecer en su país incluso en unos tiempos tan complicados como los que vivimos.

A día de hoy es evidente que Ucrania se ha distanciado del pasado. Se ha clausurado una época, que no va a volver independientemente del resultado del conflicto. No se trata sólo del periodo posterior a la Guerra Fría, ni tampoco de los últimos treinta años. Se trata de una época en la que una guerra entre grandes países no se consideraba como una posible solución a las disputas geopolíticas. Más concretamente, nos referimos a todo el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial

que asumió primero la forma de la Guerra Fría y luego la del llamado orden internacional liberal. Lo que estos periodos tuvieron en común fue el dominio de las superpotencias (en un principio dos, luego una) sobre la geopolítica mundial y la existencia de un sistema de instituciones que excluía toda contraposición directa y frontal de la correlación de fuerzas.

De los métodos disuasorios del pasado solo queda uno, quizás el más importante: las armas nucleares. Ha surgido la conciencia de que un conflicto entre las principales potencias, todas ellas armadas con la bomba, muy probablemente conducirá a una guerra atómica. Este mecanismo disuasorio sigue siendo válido. Sin armas nucleares, Rusia y la OTAN no estarían librando una «guerra híbrida», sino una auténtica guerra a gran escala. Sin embargo, en primer lugar, el miedo a la guerra atómica es claramente mucho menor hoy que hace cuarenta o cincuenta años. En su momento era una eventualidad a evitar bajo cualquier circunstancia; hoy empezamos a reflexionar sobre esas circunstancias, aunque hasta ahora sólo se haya llevado a cabo en las fantasías más belicosas e irresponsables. En segundo lugar, el ejemplo de la campaña en Ucrania demuestra que el nivel de confrontación indirecta, incluso si se declara abiertamente que lo es, puede llegar a ser muy elevado. Se descarta verbalmente la posibilidad de emplear medios extremos, dando la impresión de que la cuestión se excluye completamente. Sin

embargo, no hay ninguna seguridad de que esto no sea tan solo una ilusión. El fantasma de una guerra mundial se cierne de manera muy incómoda sobre la retórica de todos los bandos.

– 2 –

La segunda mitad del siglo XX nos ha acostumbrado a la idea de que una guerra mundial es imposible. Las armas nucleares, que inspiran temor porque pueden provocar la completa destrucción del planeta, han desanimado a ojos de las potencias que las poseen la costumbre de calibrar la correlación de fuerzas mediante el choque militar. Si los enfrentamientos se realizan de manera indirecta, a través de terceros, entonces no hay más límites que los de los recursos disponibles. Pero, de forma directa, se excluye totalmente la cuestión. En este sentido, el «nada pacífico» átomo ha servido para imponer disciplina. Sin embargo, también ha generado el problema de la insensibilización: en el momento en que todo el mundo se convence de que no estallará una guerra mundial, se abre un amplio e infinito margen de maniobra para escaramuzas locales de mayor o menor intensidad. Estos conflictos persiguen el objetivo de poner a prueba los lados más débiles del contrincante y, a través de ellos, se le intenta «sacudir» acumulando puntos extra en un duelo infinito que no prevé una victoria por KO (la victoria en la Guerra Fría, después de todo, llegó de forma inesperada: uno de los oponentes simplemente abandonó el ring). En este sentido, la Guerra Fría no fue menos «híbrida» que la que vemos desarrollarse hoy en el escenario internacional, aunque a nadie se le ocurrió llamarla así.

No obstante, incluso la propia guerra mundial se convirtió en «mundial» no en el momento en que se libró, sino después,

vista desde una perspectiva histórica. Las movilizaciones de masas del verano y otoño de 1914 no enviaban a los europeos al frente de una «guerra mundial». Todo lo contrario: de forma muy optimista se predecía que el conflicto duraría tan solo hasta Navidad y todo el mundo habría vuelto a casa para entonces. La inercia de la percepción heredada de las frecuentes guerras de los siglos XIX y XX, a veces sangrientas pero limitadas (guerras que iban a «corregir» el equilibrio de poderes existente) les impedían creer en la posibilidad de que pudiera estallar un choque destructivo total a escala mundial. Esta toma de conciencia llegó de forma gradual, al multiplicarse las pérdidas y al aumentar de forma espectacular los combates y sus consecuencias.

A principios del siglo pasado, los políticos europeos creían firmemente que con el sistema de relaciones establecido (ese «concierto europeo» que fue el resultado del Congreso de Viena, aunque estuviera ya muy agrietado a principios del siglo XX) era posible evitar lo irreparable, sin importar cuánto costara. Hoy en día, juega un papel similar la función disuasoria de los años nucleares, que descarta una guerra mundial. Pero, ¿qué significa esto?

– 3 –

El Papa ha caracterizado el conflicto de Ucrania como una guerra mundial que no terminará pronto, dado que ya están involucradas muchas «manos» y muchos intereses. Es muy probable que tenga razón. La campaña militar en curso tiene todas las características de una auténtica contienda entre grandes potencias. La disponibilidad de armas nucleares le confiere un carácter especial, pero esto no hace que la lucha sea menos feroz o menos fatal. La forma misma del enfrentamiento es peculiar. Es-

tados Unidos (como líder de un Occidente genérico) está indirecta pero muy activamente involucrado, manteniendo vivo a su agente beligerante, Ucrania. Rusia lleva a cabo operaciones militares por sí misma, enfrentándose directamente al «agente» de Estados Unidos en el campo de batalla. China se mantiene al margen, buscando el equilibrio, pero considera que el desenlace del conflicto es un factor muy importante para su futuro. Pese a su categórica renuencia a intervenir, Pekín cree que una hipotética victoria de los Estados Unidos en él sería una gran desventaja para China, y por ello se muestra dispuesta a comprometerse para conseguir que eso no suceda.

Los tres jugadores están luchando por un puesto en la jerarquía internacional con la vista puesta en la siguiente etapa. De los tres, Rusia es el que más se arriesga en comparación con los demás, porque está directamente involucrada y, de hecho, ha iniciado esta forma de conflicto sin evaluar correctamente el desarrollo que iba a tener. Los Estados Unidos tienen mucho menos que perder y mucho más que ganar, incluso en un sentido estrictamente económico. Europa, otro actor implicado en la contienda, se encuentra en una posición particular. No lucha por su propia posición en el futuro, sino por el (imposible) mantenimiento del *modo de vida* anterior. En todo Occidente se repite la consigna de la inadmisibilidad de la revisión del actual «orden internacional basado en reglas». Sin embargo, para los Estados Unidos se trata de defender su dominio que, en principio, también puede garantizarse de otras formas. En cambio, para Europa el fin del sistema anterior significa la desaparición de una forma de existencia política que le había garantizado un éxito moderado a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Aun suponiendo que el conflicto termine como desea Occidente, la amplitud

de los cambios políticos, económicos y psicológico-culturales en el continente europeo excluye un retorno a la edad dorada de la integración. Los principales países europeos, uno detrás de otro, se están dando cuenta de la necesidad de mejorar sus capacidades por su cuenta. Aún no está claro en qué medida estas capacidades serán conjuntamente europeas, al igual que sigue abierta la cuestión del futuro de la Unión Europea. En cierto modo, para Europa sería preferible en estos momentos que el conflicto continuara. La fuerza mayor provoca disputas internas y mayores costos económicos, pero también actúa como un factor de cohesión. Sobre todo, porque las principales líneas de acción las establece Washington y la UE puede permitirse no pensar mucho en su propia estrategia, por el momento.

Todo esto (no entraremos en el fondo del comportamiento de otros actores principales, incluidos la India, Turquía, las monarquías petroleras del Golfo, Irán y muchos otros países que obtienen dividendos del conflicto) confirma el mensaje del Papa Francisco: el alcance de los intereses en juego es el de una guerra mundial, que puede continuar en el tiempo e incluso expandirse, también mediante el recurso al uso de las armas nucleares. Ciertamente, éstas últimas limitan el panorama, que sin embargo sigue siendo lo suficientemente amplio como para dejar espacio para una larga y feroz batalla de desgaste.

¿Qué significa todo esto para Rusia, que decidió deliberadamente participar en una confrontación contra un país cercano en febrero de 2022?

– 4 –

Detrás de una guerra mundial, sea la que sea la forma que adopte, subyace el problema de la jerarquía internacional. Los

conflictos más específicos que tienen lugar dentro de ella encajan en un cuadro general. Sin embargo, si uno de los actores atribuye un significado histórico o incluso existencial a uno de estos conflictos individuales, el enfrentamiento adquiere un matiz particular, que no siempre es racional. Esa es la cuestión que se dirime en Ucrania para Rusia. La operación especial militar actual incluye al menos tres campañas individuales, cada una con su propia lógica y su propio trasfondo. En algunos aspectos se complementan, en otros se contradicen. El hecho de que desde el mismo inicio de la operación fuera evidente lo confuso que eran los objetivos y lo poco claro de los planes está relacionado precisamente con esto.

La motivación que desencadenó las acciones militares fue el incumplimiento de las garantías de seguridad a largo plazo solicitadas por Rusia en diciembre de 2021. Moscú ha recogido todas las críticas al orden político-militar europeo que surgió tras la Guerra Fría y las ha presentado en forma de ultimátum. Este ultimátum no fue aceptado y, por ello, se implementaron las «medidas técnico-militares». Todo esto encaja en la lógica de una guerra mundial.

El segundo componente de la crisis se debe al problema de la constitución estatal/nacional dentro de un espacio de civilización común que ha experimentado grandes convulsiones en las últimas décadas. La cuestión está ligada a circunstancias históricas y culturales, que son claramente subjetivas y no se prestan a cálculos fríos. Algo tan frágil como el sentimiento nacional y las reacciones sociales que suscita no constituyen el mejor requisito para un juego geopolítico racional. Este primer y segundo nivel del conflicto estaban firmemente vinculados entre sí seis meses antes del inicio de la campaña

en un artículo de Vladimir Putin titulado «Sobre la unidad histórica de los rusos y los ucranianos».

La tercera cuestión es de política interna. Hasta qué punto motivó dicha decisión el deseo de cambiar radicalmente la naturaleza del desarrollo de Rusia, es algo sobre lo que sólo se pueden hacer conjeturas. Vladimir Putin vuelve regularmente al tema del debilitamiento de la soberanía tecnológica y de la creciente dependencia de Rusia de países extranjeros como resultado del período postsoviético. Los líderes rusos están convencidos de que la antigua globalización ha terminado y que este hecho comporta el comienzo de una era de autosuficiencia. En consecuencia, los lazos con el pasado deben ser cortados. Y no se trata sólo de una ruptura de relaciones, sino sobre todo de una reorientación interna, también en lo que se refiere a las estructuras de base y al tejido social.

Una terapia de choque ha puesto drásticamente a Rusia contra todo el mundo. Hará falta otra para empujarle a cambiar el rumbo. A la luz del primer año de lucha, ¿cuáles son las posibilidades de éxito de Rusia en relación con las diferentes dimensiones del conflicto?

– 5 –

Si echamos la vista atrás, la operación militar especial confirmó la existencia de puntos críticos fundamentales en la estructura del país y la necesidad de una modernización cualitativa. La modernización de las últimas décadas fue «prestada», es decir, se llevó a cabo en gran medida sobre una base que fue prestada por otros países. Todos nuestros fallos han salido a la superficie de todas formas. Desde la calidad del trabajo de algunas instituciones claves, prácticas administrativas y mecanismos de toma de decisiones, hasta la obsolescencia

de las visiones estratégicas y la contradicción de querer mantener una línea ideológica excluyente, mientras se depende en gran medida del mundo exterior. Ahora este conjunto de fallos está en el punto de mira. Es difícil decir hasta dónde es posible abordar todos estos problemas altamente críticos mientras del exterior provienen impactos fuertemente negativos. Pero al menos las debilidades son visibles y es posible comenzar a abordarlas. Por supuesto, en cuanto se configura un nuevo modelo de desarrollo, el anterior desaparece de forma irremediable.

Lo de Ucrania es un asunto distinto. Son tiempos oscuros para la «unidad histórica entre rusos y ucranianos», ya que en la práctica no hay unidad: si acaso una separación forzada. Durante 2022 la esencia del enfrentamiento se ha reducido a tal punto que lo único que intentamos hacer es identificar las diferencias entre las dos naciones. El concepto un tanto vago de «mundo ruso», que preveía varias formas de lograr la autodeterminación (incluida la «desnazificación» de Ucrania o, en términos dichos por los Estados Unidos, «un cambio de régimen») perdió su contenido entre sangrientos combates y operaciones militares a gran escala. En cierto sentido, las cosas ahora son más simples porque han desaparecido las medias tintas.

En cuanto a las relaciones entre rusos y ucranianos, la «hibridación» postsoviética ha dado paso a una simple dicotomía entre unos y otros. Los trágicos acontecimientos de los últimos meses han agudizado profundamente la cuestión de la autoconciencia nacional y las bases sobre las que se ha construido. El medio está claro ahora: la fuerza. Y esto es aplicable a los dos bandos en conflicto. La autodeterminación de Ucrania sigue un guion clásico: las guerras generan naciones. Sin embargo, Rusia también se está definiendo a sí

misma porque está definiendo de manera literal por dónde pasan sus fronteras, tanto geográficas como mentales. El territorio ucraniano, donde nunca ha habido una línea divisoria clara entre lo que es ruso y lo que no lo es, es un campo de batalla natural e inevitable.

Las referencias a la «Gran Guerra Patriótica» (Segunda Guerra Mundial) resuenan en ambos bandos, pero no del mismo modo. Ucrania se define a sí misma a través de su conflicto con Rusia. Esta última afirma que no está luchando contra Ucrania como tal: las actitudes hacia el país vecino varían enormemente y, a menudo, de forma paradójica. Dice que más bien lucha contra un «Occidente colectivo» que está detrás de Kiev. Contra este enemigo se está librando una «guerra patriótica» por su propia supervivencia nacional. Y, al mismo tiempo, por su propio lugar en la jerarquía mundial.

Y aquí llegamos al tercer nivel. Si evaluamos los acontecimientos en perspectiva, nos surgen dudas fundamentales. ¿Es cierto que retroceder en la jerarquía mundial pone en riesgo nuestra supervivencia nacional? La posición oficial es que así es, pero esto es algo que está siendo cuestionado. ¿Nos estará conduciendo la campaña militar rusa en Ucrania hacia otra «planta»? ¿Una «planta» situada más arriba o más abajo?

– 6 –

Se especuló que Rusia, al oponerse abiertamente a la expansión de la OTAN y al monopolio occidental en el orden mundial, aseguraría casi automáticamente su lugar en la *Premier League* geopolítica. Este probablemente habría sido el caso si se hubiera materializado el escenario inicial: una operación rápida y efectiva destinada a redefinir Ucrania. Esto no sucedió

y Rusia se vio envuelta en una larga guerra de desgaste que continúa hasta el día de hoy. El éxito es posible, aunque mucho menos espectacular de lo esperado: el adversario será el primero en agotar sus fuerzas y deberá volver a reconocer a Moscú como interlocutor. Sin embargo, los mismos hechos también pueden interpretarse en sentido opuesto, algo que Occidente ya pretende hacer: según este punto de vista, Rusia se ha alejado de su posición como potencia mundial, empantanándose en cuestiones regionales y perdiendo la capacidad de posicionarse en una escala global. Las turbulencias en todo el espacio postsoviético, un escenario que Moscú claramente no tiene tiempo de abordar con el actual problema ucraniano encima de la mesa, demuestra cuánto ha disminuido la capacidad de Rusia para ordenar la parte del mundo que tiene más cerca. Por lo tanto, el conflicto con Ucrania es el verdadero punto de equilibrio para la Federación.

Moscú ha hecho una gran apuesta por el colapso de la configuración mundial anterior. Esta apuesta parece lógica: la crisis de todo el orden mundial comenzó hace unos quince años y se ha agravado considerablemente desde entonces. Ahora hay dos preguntas: la primera es lo rápido que será este proceso y cuál será la función relativa de Rusia en él. En cuanto a los tiempos, la pregunta es si nuestro país tendrá los recursos suficientes para esperar el momento en que una sacudida general provoque un cambio en la agenda internacional. Sin embargo, en cuanto a la función que jugará Rusia, el asunto es más complejo. Los requisitos previos para la ruptura del antiguo orden mundial se habían ido acumulando durante mucho tiempo, pero fue Moscú quien asumió el papel de ariete. En este sentido, no podemos olvidar la suerte que corrió la URSS: cuando comenzaron los cambios de época en el equilibrio

de poder internacional, terminó siendo la única víctima.

El mundo ha entrado ya en una era que promete ser durísima. Dado que todos los actores internacionales tienen como objetivo minimizar los costes, todos ellos intentarán pasárselos a los demás. Las vulnerabilidades debidas a factores internos y externos están peligrosamente entrelazadas. La solidez de los sistemas estatales se está poniendo a prueba en todos los frentes. Y eso determinará el éxito en estos tiempos tan complicados. La capacidad de resistir fuertes presiones y garantizar, contra todo pronóstico, un desarrollo acorde con los tiempos es el factor decisivo.

En el triple conflicto en el que Rusia está involucrada, es decir, con el orden mundial, con Ucrania y con sí misma (por el cambio), la tercera dimensión es crucial. Está directamente relacionado con la primera: Rusia tiene un interés objetivo en acelerar el desmantelamiento del antiguo orden mundial, pero cuanto más se conserven los cimientos de este orden, más encarnizadamente atacará este mismo orden a quienes deseen cambiarlo. La parte más problemática es la segunda. No es casualidad que los errores de cálculo más graves se cometieran precisamente durante la preparación de la campaña militar.

– 7 –

Hace un siglo, en 1923, el mundo puso fin a un período de una gran agitación. Se firmó un tratado en Lausana que fijó el resultado final de la Gran Guerra de 1914-18. En Rusia, la rendición del general Pepelyaev en el Lejano Oriente puso fin a las últimas batallas de la guerra civil. Hubo un receso de una década y media, que resultó ser la preparación para la segunda ronda del conflicto mundial. Ahora es todo lo contrario: la pausa se ha acabado. Sin embargo,

la guerra mundial, que esta vez no se presentará como un único conflicto general sino como una serie de enfrentamientos distintos, está en marcha. No será cuestión de solo un año o dos: la reorganización promete ser duradera y a gran escala.

Durante el año que acaba de comenzar, 2023, se determinarán en gran medida las

perspectivas de nuestro país. La dinámica en los tres frentes descritos anteriormente se volverá más clara. Así como las probabilidades de victoria, tal y como podemos concebirla hoy.

(Traducción de Eduardo Ferrer revisada por J.L. Gordillo)



Para eso habéis nacido.

Desastres de la guerra n.º 12, *Para eso habéis nacido*

El estado de las cosas

Análisis de la coyuntura política y de las posibilidades de acción antisistémica

Carlos PRIETO DEL CAMPO

0. Las condiciones jurídicas de la guerra y las transformaciones del derecho en la actual fase de caos sistémico del capitalismo histórico

Así pues, la crisis del proceso de producción de (plus)valor, que constituye el núcleo incandescente primordial de la crisis sistémica actual y del uso de la guerra como criterio constitucional y macroeconómico, coloca el capitalismo en su especificidad presente definida por el ciclo sistémico de acumulación estadounidense en el corazón del proceso político y convierte la construcción de este objeto político en el centro de lo que puede ser hoy la reconstrucción del campo político de la izquierda y del campo político *tout court*. El problema esencial es como ligar (1) las dimensiones espaciotemporalmente diversas de esta crisis del modelo de producción de valor y riqueza del ciclo sistémico de acumulación estadounidense siguiendo el doble hilo de sus efectos en los espacios locales, que constituyen la trama y la urdimbre de la política dicha nacional, y (2) las dimensiones globales de los grandes diseños geopolíticos seguidos por Estados Unidos y subsidiariamente por la Unión Europea y las potencias y Estados-nación regionales en su articulación, subordinada u

hostil, respecto a tal proyecto de reproducción y prolongación del mencionado ciclo sistémico de acumulación, que pretende proyectarse en el *new american century* y cuyo objetivo es reestructurar la economía-mundo capitalista unilateralmente para extremar las características sistémicas que ha incorporado durante las últimas cuatro décadas de hiper mercantilización, hiper privatización, hiper desposesión e hiper insostenibilidad y por ende de despolitización radical de los campos políticos dichos nacionales mediante la cuidadosa planificación de la subordinación de las diversas grandes productividades económicas regionales a su diseño estratégico.

Esta subordinación a su vez exagera por definición la deficiencia del cálculo económico ínsito en las tendencias de crisis del ciclo sistémico de acumulación estadounidense y hace más compleja, difícil y tal vez irreversible la resolución de las tendencias sistémicas inherentes al actual proyecto de dominación de clase de las clases dominantes hegemónicas globales, cuyos efectos están a la vista de todos a una escala verdaderamente macroscópica en la crisis eco sistémica, la disolución democrática de la forma política, la normalización del uso de la guerra como instrumento ordinario de gestión y el empobrecimiento y la desigualdad generalizados por mor de procesos tan groseros y abusivos, como

* Editor de la *New Left Review* en castellano.

obvios e ideologizados por los sistemas políticos nacionales actuales a la par que evitables y todavía reversibles a fecha de hoy mediante la invención de un nuevo concepto de lo político y la organización de una política anti sistémica conmensurable con la inmensa calidad de la cooperación social de trabajo y la densidad del *general intellect* de la fuerza de trabajo actual tal y como se manifiesta en su composición de clase técnica, intelectual, moral y política.

Este cálculo erróneo de los parámetros de la producción de valor impuesto por las clases dominantes hegemónicas como característica primordial del actual ciclo de acumulación en esta fase de caos sistémico del mismo constituye uno de los vectores esenciales de reproducción de la dominación de clase y de degradación de los sistemas políticos nacionales, que reproducen en su perímetro político procesos tendencialmente idénticos de producción negativa de valor y de mala asignación de recursos en la medida en que deben producir espacio, territorio e institucionalidad para que los capitales privados nacionales y sobre todo multinacionales efectúen sus procesos de producción y acumulación de capital, al tiempo que han de asignar cuantiosos recursos públicos y comunes para crear las infraestructuras que posibilitan y alimentan los correspondientes ciclos productivos alineados a las constricciones sistémicas impuestas por las exigencias del funcionamiento concreto del ciclo sistémico de acumulación de capital en su configuración actual. Domésticamente, esto es, nacionalmente, estos parámetros de comportamiento se manifiestan bajo la forma de la privatización creciente de los procesos de producción jurídico-constitucional de los derechos fundamentales, así como de los bienes, servicios e infraestructuras públicos y comunes de acuerdo con criterios que, simultáneamente, asignan mal

los recursos y producen valor negativo, *desdemocratizan* la forma constitucional vigente –o impiden su democratización consistente en un horizonte de tiempo razonable– y pervierten y vacían la institucionalidad realmente existente mediante una serie de procesos que han apuntado durante las últimas décadas a oligarquizar lo público y lo común desarmando la dinámica del conflicto político, que permite la generación de una conversación y una disputa política capaz de producir innovación sociopolítica y por ende institucional.

El resultado es, como hemos indicado, la intensificación de la unilateralidad socioeconómica y político-institucional del ciclo sistémico de acumulación estadounidense en la política nacional, supranacional e internacional y la exacerbación de la solución militar frente al comportamiento de las tendencias fortísimas que la producción negativa de valor introducen en corazón mismo del proceso productivo y por ende político (1) tanto a escala geopolítica en forma de guerra o de amenaza de la misma en cuanto al conjunto de procesos específicos de condicionamiento de las respectivas economías políticas nacionales, (2) como a escala de los campos políticos nacionales, que giran en torno a sistemas de partidos constituidos a partir de la gestión de esta producción de las condiciones socioinstitucionales, políticas y territoriales susceptibles de (a) soportar tal asignación errónea de recursos, de (b) absorber la gestión pésima de las externalidades negativas cada vez más ingentes e inmanejables derivadas de tal modelo de producción negativa de valor, dadas las restricciones políticas impuestas por la actual correlación de fuerza de clase que obligan a mantener intactas sus condiciones de generación, y de (c) imponer sobre la ciudadanía la apertura de los derechos constitucionales fundamentales como nichos de negocio y valori-

zación del capital mediante la destrucción de la lógica jurídico-constitucional fordista, que dotaba de nervio democrático a las formaciones sociales que habían logrado, de una manera u otra, implementarlos de modo muy insuficiente y sesgado después de la Segunda Guerra Mundial.

1. La producción de valor negativo y el derecho

Este proceso de gestión irracional de la asignación de recursos y la incapacidad de organizar procesos de producción de valor no negativos es paradigmático también desde el punto de vista del impacto de la nueva constelación de poder de clase sobre el derecho y lo jurídico, porque pone en evidencia cómo se verifican en esta coyuntura los procesos de destrucción de la normatividad jurídica de las constituciones democráticas y las estrategias de demolición del modelo lógico-jurídico de la producción normativa del constitucionalismo democrático y garantista, que exige una orientación y una vectorialización específica de la actividad político-administrativa para (re)producir la existencia material de los derechos constitucionales fundamentales, que se concreta en la medida en que la calidad de las prestaciones indica el cumplimiento del mandato constitucional y por ende la legalidad del funcionamiento de las Administraciones públicas y de sus órganos constitucionales a todos los niveles de la organización de la forma Estado.

El hecho de que la propia forma Estado y las personas jurídicas que materializan su ordenamiento constitucional y su organización político-administrativa –y ello con independencia de la atribución o no de soberanías compartidas en el interior de una determinada forma Estado inspiradas o de hecho deslizadas de la mano de un federalismo más o menos coherente– sean de

facto las que producen las condiciones jurídico-legales para que los derechos constitucionales fundamentales sean privatizados mediante el debilitamiento del proceso de producción pública de los mismos, aduciendo el carácter legítimo de tales actuaciones en la medida en que se efectúan por partidos políticos, cuyo acceso al poder ha sido sancionado mediante elecciones democráticas verificadas en campos políticos cada vez más desequilibrados y cercados material, mediática, judicial e institucionalmente por n-procesos sistémicos muy poderosos, supone en la práctica la destrucción del modelo constitucional democrático y por ende del principio de jerarquía normativa, que en el ámbito constitucional es por definición la cuestión política por antonomasia en la medida que solo otra norma constitucional puede derogar el núcleo de los derechos fundamentales, que sostienen y justifican la totalidad y la integralidad de los n-procesos de producción normativa y por ende la adecuación del conjunto de la organización de la forma Estado a la producción material de la calidad de estos derechos constitucionales fundamentales.

En el capitalismo histórico, sin embargo, las clases dominantes globales intervienen vía sistémica en el funcionamiento constitucional y material de la forma Estado y en los procesos de transformación violenta de su constitución material al margen de toda legitimidad constitucional y de toda discusión racional de su legitimidad política, los cuales son *a posteriori* procesados y transformados en imposición *de facto* y *de iure* por los correspondientes sistemas partidos mediante procesos complejos y desiguales en su fenomenología histórica, pero convergentes en su *longue durée* y en sus efectos políticos reaccionarios, autoritarios y oligárquicos y por ende democráticamente despotenciados y abiertos

pues a la ulterior *legitimación* política de las mismas tendencias sistémicas del actual modo de producción de valor que provocan tal degradación político-constitucional y tal debilitamiento democrático de lo que puede ser dicho en los campos políticos nacionales e incorporado a la conversación política como objeto de conflicto, lucha y disputa política.

En este sentido, en la presente coyuntura la *paradoja* radica en el hecho de que es la propia forma Estado –capturada por intereses de clase al hilo del funcionamiento de facto de los campos políticos realmente existentes cada vez más oligarquizados vigentes en las respectivas formaciones sociales, a modo de ejemplo, digamos, en las europeas y en su organización supranacional, esto es, la Unión Europea– la que *deconstitucionaliza* los derechos fundamentales mediante la privatización de sus procesos de producción y por ende la destrucción de su carácter universal, igualitario y no discriminatorio y, al hacerlo, apunta a la destrucción del principio de normatividad democrático-constitucional de la reproducción social y de la consistencia de la condición de ciudadanía, cuyo núcleo normativo se construye no por la afiliación nacional a una comunidad nacional-popular, sino por el disfrute de estos derechos considerados como punto de convergencia, focalización y síntesis de los procesos de producción de riqueza y de acumulación de capital de acuerdo con el equilibrio de la relación de fuerza impuesta por las clases durante el largo siglo XX. Si esto sucede, si se desliga el proceso de producción de valor y riqueza de sus efectos sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales, el proceso de debilitamiento del derecho y de la lógica normativa del ordenamiento jurídico democrático y la destrucción del proceso de producción normativo-cons-

titucional concomitante son irreversibles, lo cual trae aparejado inevitablemente un proceso de gran envergadura de privatización no solo de (la producción de) los derechos constitucionales fundamentales, sino de la propia institucionalidad de la Administración pública del Estado y por ende de la organización constitucional de la forma Estado en la medida en que la atribución de personalidad jurídica de rango constitucional y fundante del ordenamiento constitucional, así como la institucionalidad de carácter administrativo derivado y organizativo, se convierten en presa de procesos muy intensos de captura, privatización y arbitrariedad constitucional de su lógica misma de funcionamiento, que se somete a la fuerza centrífuga rizomática de los intereses privados, que pasan a contemplar el conglomerado de los procesos jurídico-administrativos de esta forma Estado, al igual que hacen los partidos políticos y sus elites dirigentes, como unidades productivas y de negocio que deben ser sometidas a sus respectivos intereses y proyectos de acumulación de capital o de poder político, lo cual, en consecuencia y en todo caso, las hace alejarse de modo sustantivo de toda vinculación material y por ende jurídico-normativa del núcleo constitucional, que gira en torno a la constitución material de los derechos fundamentales que deben ser sustantivamente producidos por la forma Estado y por ende por el conjunto de sujetos constitucionales, legislativos, judiciales y administrativos que *normativizan* en el Estado de derecho los n-procesos de reproducción social *tout court*.

Este conjunto de procesos desencadena, además, por definición, procesos muy intensos de renacionalización de las estructuras territoriales y de las instituciones que conforman soberana o administrativamente la organización de la forma Estado. En este sentido, el proceso de privatización

de los derechos constitucionales fundamentales y de la institucionalidad jurídico-administrativa que los hace posibles –o los desguaza– implica por definición la renacionalización de la forma Estado hacia el *interior* mediante el desencadenamiento de procesos de identidad nacional de las respectivas comunidades nacional-populares, nuevas o viejas, que reivindican procesos políticos de constitución nacional y estatal específicos, habitualmente ligados a la concentración territorial de infraestructura tecno-industrial, de renta y de riqueza históricamente verificada, y hacia el *exterior* mediante la reificación de las fronteras y la afirmación excluyente del principio de ciudadanía. Esta doble hélice de privatización y renacionalización de la forma Estado opera en esta coyuntura histórica de caos sistémico del actual ciclo sistémico de acumulación de capital de modo perverso en la medida en que el concepto de ciudadanía experimenta internamente procesos muy intensos de debilitamiento en cuanto al disfrute de la constitución material fordista nominalmente vigente, mientras que externamente se conforma como criterio de no acceso al estatuto de ciudadano de los sujetos extranjeros residentes, habitualmente integrados en la fuerza de trabajo doméstica como mano de obra barata, carente de derechos sociales y privada de todo acceso a la ciudadanía, o directamente de no entrada por medios violentos y disuasorios en la formación social nacional, contemplada como un espacio autorreferencial de acumulación de renta y riqueza y, por consiguiente, de exclusión política.

Esta utilización por parte de los sistemas políticos y de partidos actuales de este modelo de ciudadanía debilitada como criterio de destrucción interna del orden constitucional democrático y como modelo de exclusión externo de toda pretensión de reivindicación de los derechos funda-

mentales de acuerdo con un principio de no adscripción nacional de acceso al (plus) valor y la riqueza producidos regional y *de facto* globalmente es el contundente hecho material que vehicula y explica tanto la eclosión del nacionalismo *tout court* en esta fase histórica de debilitamiento objetivo de la lucha de clases y de la política de clase como principio de inteligibilidad socioeconómica y de acción política de las clases trabajadoras y pobres, como, por consiguiente, los intentos de legitimación y *de facto* la implementación de la privatización de la forma Estado (y/o de las formas subestatales) como estrategia de competencia por cuotas de valor, fiscalidad y acceso a los mercados de capitales globales concebidas de acuerdo con un criterio de suma cero respecto al resto de *polities*, que son percibidas por este paradigma nacional-popular autoritario, reaccionario y privatizador como competidores que es preciso desplazar del mismo modo y con una lógica equivalente a la empleada para desplazar o neutralizar a los propios ciudadanos nacionales y a los extranjeros residentes o que desean acceder al territorio nacional, que son contemplados idénticamente como competidores por los recursos públicos domésticos objeto de potencial asignación respecto a la lógica impuesta por los mercados, el sistema financiero y en nuestro caso la Unión Europea, que tienen una titularidad de más rango que la pretensión de la ciudadanía expresada democráticamente, lo cual se efectúa mediante procesos políticos que han dejado de ser genuinamente democráticos hace mucho tiempo por mor del funcionamiento real de los actuales sistemas políticos y de partidos en su concreta configuración oligárquica neoliberal actual, que responde a los necesidades decididos por las clases dominantes hegemónicas globales de acuerdo con su evaluación de las necesida-

des impuestas por la reestructuración del ciclo sistémico de acumulación de capital estadounidense en su estricto beneficio oligárquico.

Esta violencia del derecho es el correlato de la violencia de las tendencias sistémicas del capitalismo en la fase de crisis del ciclo sistémico de acumulación estadounidense y del uso indiscriminado de la guerra como expediente idéntico *mutatis mutandis* de gestión del uso de los recursos sistémicos globales, que debe igualmente ser sometido a un criterio excluyente que fortalezca más si cabe las pautas de extracción, concentración y despilfarro de los recursos impuestos por el capitalismo histórico, aunque ello suponga parámetros de deterioro irreversible de la reproducción social, democrático-jurídico-constitucional y ecosistémica.

En todo caso, esta doble construcción por las relaciones de fuerza actuales de un derecho de ciudadanía debilitado internamente en sus atributos democráticos y esgrimido externamente de modo brutal para segmentar la población global de acuerdo con la estratificación colonial e imperial producida por el capitalismo histórico funciona como criterio material de construcción política de la racionalidad máxima e insuperable de este sistema histórico en su configuración actual —esto es, en la forma asumida por la crisis del ciclo sistémico de acumulación estadounidense y sus opciones geopolíticas en torno a la utilización de la guerra— en la medida que ambos procesos de destrucción de los derechos constituciones fundamentales en las *polities* en las que han sido desarrollados, así como de privación de todo derecho de participación en las que se ha concentrado la riqueza y la renta históricamente a los sujetos que hoy desean acceder a su integración fáctica en las mismas aun privados de derecho político y social alguno

(como sucede con los sujetos migrantes), e igualmente la negación *de facto* de estos derechos constitucionales fundamentales como criterio de desarrollo en la inmensa mayoría de las formaciones sociales nacionales del sistema-mundo capitalista, *convergen* en la afirmación sin matices del actual ciclo sistémico de acumulación estadounidense (que podríamos calificar de modo inexacto teóricamente pero grafico comunicativamente de occidental) y de sus consecuencias, así como en la necesidad de que los sistemas políticos nacionales legitimen sin cesar como cuestión simplemente obvia su funcionamiento y sus efectos y que lo hagan indicando con toda claridad que en todo caso se trata de legitimar políticamente la pérdida de derechos y de todo criterio de justicia de un modelo de producción que discrimina, empobrece, brutaliza y super explota e incluso aniquila físicamente y que este resultado sistémico es el contenido mismo de lo que puede ser dicho y enunciado en los sistemas políticos nacionales actuales, que incluso en los mecanismo más íntimos de su fundamento constitucional, como lo es el concepto de ciudadanía en la episteme política de la modernidad, deben recrear y revalidar su funcionamiento sistémico como el contenido mismo de lo político en esta coyuntura histórica.

E idénticamente estos sistemas políticos nacionales *desdemocratizados* deben construir y legitimar el principio de nacionalización excluyente de la riqueza y la renta producto del funcionamiento del mercado global en su configuración actual, que se constituye como principio infranqueable de cristalización de las relaciones dichas internacionales y como condensación de relaciones de fuerza que son simplemente inalienables e indiscutibles en su facticidad actual, las cuales no pueden bajo ningún concepto ser puestas en tela

de juicio ni alimentar procesos de dilución crítica de su pertinencia por medio político alguno y menos todavía por los protocolos democráticos que rigen los procesos de legitimación política en las formas Estado actuales. La renacionalización de la política se construye, pues, a partir de esta construcción del concepto de ciudadanía, que constituye una precipitación madura de la violencia de las relaciones de clase y de producción actuales, tal y como se expresa en la imposibilidad de abandonar esta construcción de la pertenencia nacional como jerarquía de la participación en la producción del plusvalor y la riqueza producidos globalmente, que debe distribuirse de modo totalmente desigual de acuerdo con criterios nacionales cada vez más fragmentados y segmentados de modo que la forma Estado renacionalizada o nacionalmente constituida *ex novo* pueda replicar con mayor intensidad los criterios de funcionamiento impuestos por la presión ejercida por la crisis y las exigencias del actual ciclo sistémico de acumulación estadounidense en términos de exacerbación de su reestructuración y de su inserción en los actuales circuitos de inversión, circulación y desposesión considerados necesarios por los detentadores de los medios de producción cristalizados en la actual estructura de poder y acumulación global y comprendido como la pura racionalidad de los sistemas políticos que administran por las clases dirigentes y las elites que gestionan los sistemas políticos, de partidos y las formas Estado nacionales.

El Estado renacionalizado o la nación convertida en Estado inician de nuevo el ciclo de reestructuración de la totalidad de los recursos y factores productivos de su *polity* para intensificar con más precisión su adaptación a las actuales exigencias de acumulación y de nuevo utilizan la ciudadanía renacionalizada para replicar el

doble proceso de empobrecimiento y brutalización constitucional en el interior de la misma y de exclusión mortífera y selección racista en el exterior de los flujos migratorios necesarios en el conveniente estatuto de subalternización política y económica y de privación de los derechos sociales básicos en todos los casos y ello para que la potencia de lo político no se sitúe en ningún caso en los campos políticos nacionales y *a fortiori* posnacionales.

Esta politización integral del concepto y del estatuto de ciudadanía, que sería consecuencia de procesos intensísimos de lucha de clases y de antagonismo político, podría poner en tela de juicio la pertinencia y la justicia de tal modelo de acumulación y propiciar así procesos de politización del funcionamiento de las respectivas formas Estados, cuya realidad nacional debe considerarse hoy dese un punto de vista antisistémico a partir de la transnacionalización de las problemáticas creadas por el ataque multinacional del capital global al núcleo de los derechos constitucionales fundamentales, ataque homogéneo a escala regional y global, pero, sin embargo, legitimado e implementado por formas Estado exquisitamente nacionales, que reivindican cada vez más el genuino carácter nacional de sus respectivas comunidades nacional-populares utilizando para ello negativamente, como hemos indicado, el concepto de ciudadanía hacia el interior y hacia el exterior para asegurar el carácter desposeedor, extractivista e insostenible de la los actuales circuitos de producción y apropiación desmesurada de valor por parte de las clases dominantes globales, las cuales operan con criterios absolutamente anacionales de organización de sus estructuras de producción, explotación y dominación sistémica, como demuestra la operativa del sistema financiero global y el uso de la guerra como instrumento de in-

tervención en la geopolítica de los Estados-nación realmente existentes.

2. La renacionalización de los sistemas de partidos y de los sistemas políticos nacionales como vector de producción de desigualdad e insostenibilidad

En realidad, la renacionalización de la política europea responde al debilitamiento exponencial de los viejos atributos de la soberanía y la crisis inducida por ello en los actuales sistemas de partidos oligarquizados, instalados en la actualidad en la versión más autoritaria de la autonomía de lo político y, sobre todo, privados de potencia a la hora de utilizar la forma Estado como vector democratizador de sus respectivas formaciones sociales, que deben convertirse en espacios lisos de penetración de las estrategias de financiarización e inversión de los grandes actores económicos multinacionales predominantes del ciclo sistémico de acumulación estadounidense, estrategia en la cual juega un papel fundamental la *governance* organizada por la conformación actual de la Unión Europea y de su institucionalidad, así como de las estrategias bélicas de militarización y guerra decididas por la potencia hegemónica global estadounidense.

Si la privación de soberanía democrática es exponencial y la subordinación de las formas Estado nacionales deben alinearse a la presión política de la Unión Europea y a las exigencias sistémicas de las clases dominantes hegemónicas globales al hilo del proceso de reestructuración autoritaria neoliberal y geopolítica estadounidense de sus formaciones sociales mediante la destrucción del núcleo democrático de sus constituciones y el debilitamientos estructural de los instrumentos de producción de bienes y derechos públicos de sus respecti-

vas formas Estado y si ello debe realizarse por sistemas de partidos y sistemas políticos vaciados de contenido democrático durante las últimas cuatro décadas y gestionados por elites y clases dirigentes en clave netamente reaccionaria respecto a las necesidades más acuciantes de las grandes mayorías sociales, entonces la legitimación política para proceder a tal realineamiento autoritario de los recursos y de la productividad total de los factores nacionales (el famoso sistema país) y a tal despotenciación de los derechos fundamentales debe proceder a partir de la promesa de una concentración y delimitación estricta de la comunidad-nacional popular capaz de reajustar recursos de renta y riqueza cada vez más escasos y de exigencias de funcionalidad cada vez más estrictas impuestas por las exigencias de dominación económica y militar derivadas ineluctablemente de la crisis sistémica del actual ciclo sistémico de acumulación estadounidense, por su deslizamiento a modelos articulados de producción negativa de valor y por su declive irremediable como matriz estructuradora del orden geopolítico global y por ende de la reconversión de este en productor de desorden, violencia, guerra y caos sistémico a escala planetaria.

La renacionalización de la política es, pues, uno de los mecanismos privilegiados de consolidación de la actual estructura de poder de clase global ligada a un ciclo sistémico de acumulación, cuya crisis produce desorden, violencia, guerra y caos a escala planetaria, regional y local, procesos que los sistemas políticos presentes o potenciales no deben tratar de modificar en absoluto ni considerar la diversidad y diferencialidad de sus efectos ligados a una estructura de poder muy específica y deficiente, porque toda interferencia democrática vía política en sus patologías sistémicas no haría sino debilitar su supuesta

racionalidad e intensificar ulteriormente las pretensiones imposibles de racionalidad, democracia y justicia generadas por las clases trabajadoras y pobres y construidas como pura ideología por las actuales clases dominantes hegemónicas globales.

La pérdida de los atributos de la soberanía democrática es reprocesada por los sistemas políticos y de partidos actuales como la necesidad de un ajuste todavía más estricto de la productividad total de los factores nacionales mediante la destrucción total de los derechos, la neutralización de la potencia democrática de la forma Estado y la exclusión de toda discusión del orden sistémico, que obliga a tales ajustes insostenibles a la baja de la totalidad de los parámetros de la reproducción social, política y ecosistémica, pauta de comportamiento implementada por los sistemas de partidos actuales mediante la renacionalización imposible de los horizontes de toma de decisiones (*Take back control!*) en una matriz cada vez más densa de juegos de suma cero desplegados contra todo sujeto social, político, empresarial, institucional o estatal que deba alinearse respecto a los parámetros de comportamiento derivados de la imposición de las necesidades impuestas por las clases dominantes hegemónicas globales y regionales sobre las diversas formaciones sociales nacionales y los n-procesos de comportamiento económico, geopolítico, constitucional o productivo desarrollados en su seno.

El comportamiento de los sistemas políticos y de partidos europeos respecto a las condiciones de posibilidad y la gestión de la guerra de Ucrania, su aproximación a la gestión de la base imponible de sus respectivos sistemas tributarios (incluido el bloqueo de una fiscalidad genuinamente europea), la convergencia en el debilitamiento del estatuto de la prestación labo-

ral y de su retribución, la destrucción de los grandes sistemas de seguridad social –educación, sanidad, pensiones, nuevos derechos sociales– y el debilitamiento de la infraestructura y la capacidad de gestión pública por parte de formas Estado objeto de minuciosa desactivación política y administrativa, constituyen todas ellas el correlato mismo de la renacionalización de la política para despotenciar la política democrática ante las pretensiones cada vez más oligárquicas e insostenibles de las clases dominantes hegemónicas globales por parte de sistemas de partidos nacionales, que ya no hacen política, sino que se limitan a gestionar la adaptación nacional de la productividad total de los factores a la matriz de crisis del ciclo sistémico de acumulación estadounidense, satisfaciendo tanto las exigencias financiero-monetarias, geopolíticas o bélicas, impuesta por aquellas.

Los actuales sistemas políticos y sus sistemas de partidos construyen, pues, por mor del impacto de esta crisis sistémica del ciclo sistémico de acumulación estadounidense y de las opciones geopolíticas que las clases dominantes hegemónicas globales están desplegando durante las últimas tres décadas, campos políticos en los que tanto el ciudadano como el extranjero compiten y demandan recursos que en opinión de aquellas simplemente no les corresponden, porque simplemente no tienen derecho a disfrutarlos ni mucho menos a colocar la problemática de su producción en el momento presente, dadas las restricciones impuestas por la situación de caos sistémico vigente en esta fase de crisis del capitalismo como sistema histórico, en el centro del campo político nacional y de la conversación y el conflicto políticos que deben verificarse en su seno y por ende en el conjunto de la estructura social, porque su propia supervivencia

como actores políticos y por ende como partidos políticos depende de que simultáneamente sean capaces de gestionar esa doble exclusión no solo del sujeto extranjero sin papeles, sino simultáneamente de sus propios ciudadanos cada vez más degradados constitucionalmente, doble exclusión constitutiva de la *conditio sine qua non* de la consistencia del actual orden geopolítico vigente y de las tendencias consideradas favorables por las actuales clases dominantes hegemónicas globales occidentales, como de nuevo el conflicto ucraniano pone brutalmente en evidencia, para tolerar los tenues y debilísimos niveles de democracia residual del orden global mundial que estas clases pretenden recrear en el *new american century*.

En este sentido, el debilitamiento de la normatividad constitucional democrática es el *correlato causal y efectivo* de la autonomización y atomización de los diversos sujetos jurídicos públicos, que constituyen las Administraciones públicas o conforman la estructura constitucional de una determinada forma Estado, y la *condición de posibilidad* de la privatización de los sistemas de partidos y de la corrupción de sus elites dirigentes, que se muestran incapaces de leer, comprender e implementar el texto constitucional como la matriz de producción del nivel histórico de justicia sustantiva materializado en su contenido, así como se niegan a diseñar y organizar su lógica político-constitucional y normativo-institucional y a situar ésta en el corazón la conversación política y en el centro de los procesos de producción de legitimidad política, lo cual garantiza la destrucción explícita de los derechos constitucionales, indicando de modo ejemplar a los sujetos sociales, económicos, políticos e institucionales cómo se verifica y debe continuar verificándose el proceso de destrucción del modelo constitucional democrático en esta

coyuntura histórica, la cual es comprendida por las clases dominantes hegemónicas globales de acuerdo con estos parámetros y, por consiguiente, de modo subalterno y desastroso, por las clases y elites dichas nacionales como el contenido y la lógica necesaria mismos de lo que debe ser en este momento histórico la estructura económica y la lógica misma de los n-procesos de producción de valor y, por consiguiente, de comprensión macroeconómica de su fundamento y de su contenido monetario-financiero material y social, problemáticas todas ellas que incorporan una dimensión geopolítica constitutiva como resulta históricamente del funcionamiento sistémico del capitalismo como sistema social, que de nuevo la actual guerra ucraniana y el alineamiento y el comportamiento de las elites políticas nacionales europeas han puesto en evidencia desde su estallido y podrán ser puestas más brutalmente en evidencia todavía durante los meses por venir.

3. Guerra, derecho y democracia en la episteme política de las clases dominantes hegemónica globales

Este complejo de vectores explica parcialmente, porque el conflicto bélico librado en Ucrania, que constituye un vector de aceleración brutal de estas tendencias y la matriz primordial de reestructuración del sistema-mundo capitalista en la presente coyuntura, ha sido absolutamente elidido como objeto político por los sistemas políticos nacionales calificados de democráticos y aclara por qué las elites políticas europeas se han comportado sin excepción con la ceguera, la irresponsabilidad y la brutalidad con la que se están comportando respecto al mismo: la supresión de la guerra como objeto político y el tratamien-

to que de su gestión están haciendo gala los sistemas políticos nacionales y supranacionales europeos constituye la imposición misma del principio no democrático y oligárquico en el centro de los sistemas políticos en tanto que mediante ella se impone de modo macroscópico el principio de producción de valor negativo, cuya estructura productiva y de poder garantiza la persistencia de la misma.

La imposibilidad de pensar y someter a escrutinio y debate democrático la guerra constituye el límite político irrebachable de las clases dominantes actuales y por ende la constatación de la presencia de obstáculos epistemológicos insuperable para las mismas a la hora de conceptualizar lo político y, por consiguiente, de pensar la política y de organizar su despliegue como condensación máxima de la actividad racional de sujetos libres desde las respectivas posiciones de clase y a partir de la tendencialidad impuesta sobre las mismas, dadas las características de comportamiento del sistema-mundo y de la economía-mundo capitalistas durante las últimas cuatro décadas.

Este desplazamiento y esta destrucción de la guerra como objeto político en todas sus consecuencias multidimensionales por parte de los sistemas políticos europeos actuales es también la condición que impide pensar la macroeconomía local, regional y global, que permitiría eludir el laberinto de la producción negativa de valor y, por lo tanto, la apertura de espacio político para organizar verdaderamente la producción de renta y riqueza de modo no conducente a la destrucción del orden democrático y propicio para proscribir la guerra como instrumento de construcción de hegemonía global. Esta tensión entre la desdemocratización del objeto político constituido por el uso de la guerra por parte de las clases dominantes hegemónicas

globales (el denominado Occidente colectivo) y las clases dirigentes locales, por un lado, y su legitimación negativa en los sistemas políticos y de partidos realmente existentes efectuada por estas últimas, por otro, constituye un atractor y una matriz fundamentales de los procesos de desestructuración de la forma Estado y de su institucionalidad como conjunto de dinámicas político-constitucionales y jurídico-administrativas capaces de producir los derechos constitucionales fundamentales y *a fortiori* de producirlos más allá de la adscripción nacional realmente existente en los países más desarrollados.

Sistemas políticos y de partidos que son además puestos en entredicho por la propia guerra como formas constitucionales no aptas de resolver los conflictos bélicos y *a fortiori* de contrarrestar o eludir la intensificación de las mencionadas tendencias de hiper mercantilización, hiper privatización, hiper desposesión e hiper insostenibilidad inherentes a la economía-mundo capitalista actual y replicadas en las formaciones sociales nacionales y a escala del sistema-mundo capitalista. En este sentido, la guerra de Ucrania, al intensificar estas tendencias todavía más, (1) degrada exponencialmente los sistemas políticos realmente existentes por su ulterior vaciamiento democrático, dado que es simplemente imposible dotar de una legitimación democrática a la destrucción bélica, que solo constituye una iniciativa geopolítica y geoestratégica ligada estrictamente al actual proyecto de clase insostenible, dada la crisis multidimensional desencadenada por el capitalismo durante las últimas tres décadas, y, sobre todo y ello es fundamental, (2) la guerra europea actual todavía deteriora más la calidad de las clases dirigentes y elites políticas de los sistemas de partidos actuales –las cuales se hallan totalmente colonizadas por la episteme

de las clases dominantes hegemónicas globales y por la *Weltanschauung* geopolítica de la actual potencia hegemónica—, que introducen esta dosis de abuso e irracionalidad absolutos representada por el presente conflicto ruso-estadounidense como la indicación precisa de que todos los referentes y la totalidad de los *checks and balances* políticos democráticos y, por consiguiente, la propia normatividad político-constitucional de las constituciones vigentes, constituyen un cuadro de referencia cada vez más débil, inservible e inútil para organizar la reproducción de las respectivas formaciones sociales, dado que los acontecimientos de mayor envergadura sistémica no pueden recibir tratamiento político democrático alguno en el seno de los mismos y dado que igualmente el nuevo modelo de toma de decisiones sistémicas sobre determina cualquier *input* democrático procedente del corazón mismo de la legitimidad política democrática generada en el-sistema político de la formación social nacional correspondiente y su sistema de partidos constitutivo de su realidad estructural, y que, por el contrario, los recursos demandados por usos y necesidades sociales urgentísimos, dada la crisis inducida durante las últimas tres décadas, pueden asignarse a la producción negativa de valor por antonomasia, que es la guerra, sin que ello constituye escándalo político alguno ni plantee ulteriores problemas al concepto de legitimidad democrática vigente en estos sistemas políticos democráticos nacionales o, en el caso europeo, supranacionales. Si tanto el proceso multidimensional de utilización de la violencia y la presión bélica como el uso nudo de la guerra, por un lado, como la asignación de recursos directamente a la producción negativa de valor y la destrucción concomitante que ello despliega en todas las subestructuras de la reproducción

social y ecosistémica es objeto de aceptación política ademocrática y alegal por las clases dominantes hegemónicas globales, no hay razón alguna para que las actuales clases dirigentes políticas nacionales no se comporten, a falta de niveles de conflicto, antagonismo social, lucha de clases y presión democrática masivos, de modos conductuales no homologables al seguido por esas clases dominantes globales en la arena del sistema internacional de Estados y en el orden geopolítico y geoestratégico global. Y que, en consecuencia, estas clases dirigentes políticas nacionales y sus sistemas de partidos contemplen los límites democráticos todavía vigentes y las dinámicas positivas impuestas por el constitucionalismo democrático como obstáculos meramente incómodos para perseguir sus objetivos de subordinación de la totalidad de la riqueza social a los designios de violencia considerados oportunos por la actual potencia hegemónica y que consideren correcto hacer lo propio a escala de la forma Estado correspondiente, que gestionan políticamente, respecto a la totalidad de las instituciones y organizaciones político-constitucionales y administrativas de la misma a las que tienen acceso por mor del sistema de partidos nacional y, luego, de modo también homologable, a escala de la organización supranacional europea, dado que son los mismos partidos políticos nacionales quienes han consentido esa arquitectura institucional supranacional desdemocratizada, oligarquizada y autoritaria y quienes aplican su lógica en la gestión ordinaria de las mencionadas estrategias de hipermercantilización, hiperprivatización, hiperdesposesión e hiperinsostenibilidad y ahora de uso masivo de la violencia bélica impuestas sobre las formaciones sociales europeas.

La totalidad de los recursos socioeconómicos y presupuestarios y la integrali-

dad de la institucionalidad democrática o a *fortiori* simplemente pública pueden subordinarse, pues, democráticamente a intereses individuales tan absolutamente particulares y excluyentes como lo son la imposición del actual proyecto geopolítico hegemónico estadounidense y de su régimen de producción, acumulación y distribución, igualmente particular y excluyente en sus implicaciones sobre el conjunto del sistema-mundo capitalista y, en realidad, sobre las clases trabajadores y pobres del planeta. Si este proyecto hegemónico global, en el que se inscribe la actual guerra de Ucrania, que es excluyente, no universalista, insostenible ecosistémicamente y socialmente muy regresivo, puede imponerse por las clases dominantes hegemónicas globales por la vía de los hechos sistémicos y en el caso de la crisis ucraniana y de las intervenciones bélicas previas, acaecidas durante las tres décadas precedente mediante la *governance* militar de la región europea y eurasiática por la potencia estadounidense al margen de todo control y verificación democráticos, y además si puede hacerse como expresión de la supuesta voluntad popular expresada por los sistemas políticos realmente existentes, porque las clases dirigentes nacionales están dispuestas a comportarse de modo igualmente corrupto e irrespetuoso respecto al orden constitucional democrático y a generar nacionalmente, a toda escala de construcción nacional existente o potencialmente existente, ordenes igualmente excluyentes, inequitativos y carentes de todo proyecto igualitario e institucionalmente no comprometido con el orden constitucional democrático, y si están dispuestas a mostrarse sumamente agresivas a la hora de destruir la institucionalidad y las dinámicas político-constitucionales que imponen trabas a este proyecto regresivo, entonces ello quiere decir inevitablemen-

te que las clase dirigentes y elites políticas europeas y atlánticas actuales, ya corrompidas por las relaciones de poder impuestas por el paradigma neoliberal, conocen con su actitud, conceptualización y gestión de la guerra de la OTAN en Ucrania, una degradación y un deterioro irreversibles como sujetos político-institucionales capaces de comprender la complejidad de la coyuntura histórica actual y de atender a las necesidades urgentísimas de las actuales clases trabajadoras y pobres, socioeconómicamente devastadas y ecosistémicamente maltratadas, y, por consiguiente, no merecedoras de ningún respeto político-constitucional ni acreedoras de rango democrático alguno ante sus respectivas ciudadanías y, sobre todo, ante los nuevos sujetos políticos en proceso de construcción por parte de la nueva composición de clase del actual sujeto productivo que crean el valor que estas elites políticas y estos sistemas de partidos monopolizan para que las clases dominantes hegemónicas globales los dirijan en forma de violencia multidimensional contra la mayoría apabullante y estremecedora de las clases trabajadores y pobres del planeta, como la guerra de Ucrania o el terremoto de Turquía muestran con una bestialidad que pensábamos era un atributo perdido del *ancien régime* y su constitución antidemocrática. Este dato resulta crucial también para pensar y conceptualizar el nuevo campo político de la izquierda, la forma de organización de sus nuevos sujetos políticos y partidos, así como las modalidades de conflicto y lucha que deben idearse para construir nuevos procesos de hegemonía antisistémica en esta peligrosísima coyuntura actual. Esta desarticulación de la forma Estado en su núcleo político-constitucional y jurídico administrativo corre pareja, además, a la desarticulación *territorial* de la misma, aun manteniendo esta su integridad política y

por ende territorial, e induce una continua espiral de potencial fragmentación o ruptura formal de las formas Estado a partir de las consabidas líneas de constitución de las correspondientes comunidades imaginadas etno-nacionales o tecno-industriales y productivas respecto a las cuales las elites políticas dominantes, tanto nacionales como regionales se posicionan de modo idéntico a como se posicionan respecto a su respectiva institucionalidad político-administrativa, considerando el territorio o, mejor, el soporte territorial de acuerdo con su concepción de lo político, como un activo privilegiado para mejor valorizar su poder dirigente aun a costa de desconstitucionalizar y desdemocratizar, de acuerdo con lo indicado, la forma Estado y la propia esfera de gobernabilidad democrática de su *polity*, soberana o administrativamente considerada. Y ello es así porque que las clases dirigentes de estas *polities* específicas, estatalmente soberanas o constitucionalmente dotadas de potestad de autogobierno, consideran de modo prácticamente automático sus territorios y los recursos de la potestad y la autoridad publicas

ligados legalmente a las mismos como meros factores productivos integrables en los procesos privados de producción y de extracción de valor posibles en virtud de los actuales modelos de organización de la producción, de la movilidad del capital y de organización de sus infraestructuras productivas industriales, así como de la financiarización de la reproducción social, en este caso trámite la dimensión pública de la organización de su prestación o de la financiarización de la actividad y la prestación públicas o público-privadas de los servicios públicos.

El uso de la guerra en esta coyuntura y la agresividad inherente a opciones y modelos por definición excluyentes y no universalizables por mor de su propio régimen de acumulación inherente al ciclo sistémico de acumulación y de reproducción ecosistémica y social estadounidense, que es global en su diferenciación histórico-geográfica desigual pero local en las disfuncionalidades inducidas por su modelo, incrementa por definición, pues, los procesos de desconstitucionalización de la forma Estado y la paralización del



Desastres de la guerra n.º 15, *Y no hay remedio.*

contenido jurídico-democrático de su funcionamiento político-constitucional y por ende jurídico-normativo y administrativo, porque la dimensión geopolítica ligada a la reproducción del capitalismo histórico y sus campos políticos debe proceder de modo cada vez más unilateral y microcapilar por parte de las actuales clases dominantes hegemónicas globales y trasladarse de modo estructurado a todas las escalas de la reproducción jurídica de la forma Estado en su proceso de desdemocratización y de fragmentación institucional y territorial. Este conjunto de procesos constituyen, pues, las premisas para convertir la totalidad de los recursos sociales, políticos, administrativos y territoriales en *inputs* de

procesos de expropiación de recursos vehiculizados en pro de la pretensión de hegemonía de la actual potencia hegemónica, los cuales a su vez desencadenan simultáneamente procesos asociados de desposesión generalizada, empobrecimiento y concentración de la riqueza y la renta para la inmensa población del planeta con independencia del grado de soberanía que un territorio pueda reivindicar como adecuado a su comunidad nacional-popular imaginada, lo cual solo puede abocar a la guerra y la violencia sistémica generalizada a escala del sistema-mundo capitalista, como la guerra de Ucrania librada por Estados Unidos contra Rusia y Europa demuestra de modo tan bestial como irracional.

El principio de legalidad en cuestión a propósito de las STC 66/2022 y STS 821/2022

Yolanda RUEDA SORIANO

1. Introducción

El objeto de este artículo es poner de relieve el desdibujamiento del principio de legalidad para la mayoría de sus integrantes en dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC) y el Tribunal Supremo (TS): la STC 66/2022 y la STS 821/2022. En la primera de ellas, el caso objeto de recurso de amparo es una decisión del juez de guardia que acuerda el internamiento involuntario en el hospital de una mujer embarazada a fin de inducirle el parto. Esta medida, que constituye una situación de privación de libertad, no está prevista en ninguna norma legal, lo que compromete el art. 17.1 CE (“Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstos en la Ley”). La segunda de las sentencias nos conduce al terreno de la indeterminación de la norma penal, que permite interpretaciones extensivas u expansivas, cuestionando el principio de estricta legalidad que reconoce el artículo 25.1 CE.

En el ámbito de los derechos fundamentales, el principio de legalidad opera bajo una razón trascendental: garantizar la posición jurídica de todos los ciudadanos permitiendo el ejercicio de la libertad y

la autodeterminación en la toma de decisiones. Por eso es considerado por Tomás Vives Antón como una suerte de principio de principios. Las reglas del juego deben de ser claras: es condición del ejercicio de la libertad conocer las consecuencias jurídicas de los propios actos, de modo que el ciudadano pueda acomodar su conducta a las previsiones normativas.¹

Por lo que atañe a la legalidad en materia penal, la garantía de taxatividad o de *lex certa* exige que la conducta prohibida sea definida en la ley con la mayor concreción posible, erigiéndose como un mandato destinado al legislador. Como señala Tomás V. Antón, la ley debe determinar con precisión el ámbito de lo prohibido y las consecuencias de la realización de conductas ilícitas, y, para hacerlo, ha de recurrir al lenguaje común, que lleva implícita una dosis consustancial de imprecisión. De modo que sólo cabe pedirle al legislador que haga un esfuerzo para reducir aquella. Lo que no está prohibido está permitido, y lo prohibido debe responder, como garantía del ciudadano, al mandato de taxatividad: no hay delito ni pena sin una ley previa, escrita y clara, “nullum crimen, nulla

1 STC 129/2006.

poena sine lege". La garantía de tipicidad o de *lex stricta* exige que la aplicación de la ley sea previsible para sus destinatarios y no desborde el límite establecido por el tenor legal. En este caso, se trata de un mandato dirigido a los Tribunales², aplicadores del Derecho, e impide que el órgano que sanciona actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora.

Por otra parte, el principio de legalidad es un principio de racionalización del castigo que, sobre la base del primado de la libertad que comporta, ha de aplicarse sólo allí donde resulte necesario. De esta forma, una legalidad arbitraria que sancionara conductas inocuas o amenazara con castigos gravísimos conductas apenas dañinas no respondería a las exigencias de racionalización dimanantes del principio de legalidad. Por lo que, en el corazón mismo del principio de legalidad, se halla inscrito otro: el de intervención mínima o proporcionalidad en sentido amplio³.

Una característica perceptible de nuestra sociedad es la expansión del derecho penal por la constante creación de nuevos tipos penales, muchos de riesgo y muchos simbólicos, y por la interpretación y aplicación, cada vez más elástica, de los tipos penales, lo que sin duda impacta en el principio de legalidad penal.

En los últimos tiempos asistimos a una tendencia a la expansión del derecho penal consecuencia del modelo social que se ha ido configurando y que busca en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública)

lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Este modelo se caracteriza, entre otros, por la creación de nuevos «bienes jurídico-penales», la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios políticos criminales de garantía, perdiendo contenido principios fundamentales como el de legalidad o la presunción de inocencia.

En definitiva, la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta, respondiendo asimismo la expansión del sistema del Derecho penal a un fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo).⁴

El principio de legalidad parece haber adquirido un valor secundario, y esta realidad se refleja, a mi parecer, en la STC 66/2022 y en la STS 821/2022, como explican los votos particulares a dichas sentencias.

2. La STC 66/2022. El ingreso forzoso de mujeres embarazadas

El caso es el siguiente. La demandante estaba embarazada, y, junto con su pareja, habían tomado la decisión de que el parto se llevara a cabo en su domicilio, asistido por una comadrona. En uno de los controles del embarazo por los servicios médicos del Hospital Universitario, el jefe del servicio de partos, al sobrepasar el embarazo las 42 semanas de gestación, les indicó que, por tratarse de una gestación cronológicamente prolongada, proponía la inducción

² *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional*, Rafael Alcácer Guirao.

³ *Fundamentos del sistema penal*, Tomás S. Vives Antón.

⁴ *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Jesús María Sánchez Silva.

del parto, dado el incremento del riesgo de hipoxia fetal y muerte fetal intraútero a partir de la 42ª semana de gestación o, en su defecto, la prolongación de la monitorización fetal y si se normalizaba, el control estricto del bienestar fetal. Al no existir un contacto posterior de la demandante con dicho servicio médico, el subdirector de servicios quirúrgicos y críticos del área sanitaria dirigió un escrito al juzgado de guardia en el que, tras referir las conclusiones del jefe de sección de obstetricia y de acompañar el informe que este le había enviado, expuso que la “paciente ha manifestado su voluntad de llevar a término su gestación en su domicilio, por parto natural asistida por matronas”, y que habiendo resultado infructuosos todos los intentos practicados por los facultativos de la sección de obstetricia para prevenirle acerca de la necesidad de ingresar en el hospital para inducción inmediata del parto, y dados los graves riesgos derivados para la vida del feto, se traslada a este juzgado de guardia el conocimiento de esta situación, sugiriendo la adopción de orden de ingreso obligado para la práctica inmediata de parto inducido”.

El juzgado de guardia incoó diligencias indeterminadas y recabó informe del Ministerio Fiscal, que solicitó del juzgado que ordenara el ingreso no voluntario en el hospital de la embarazada para la inmediata práctica de parto inducido, de conformidad con lo establecido en la Ley de jurisdicción voluntaria y artículos 29 y 158 del CC, en relación con el artículo 9 de la Ley de autonomía del paciente 41/2002 y 15 de la Constitución Española. El juzgado de guardia dictó auto en el que estimó procedente acceder a lo interesado “habida cuenta de que pese a que la señora P ha sido informada de que el feto presentaba riesgo de hipoxia fetal (deficiencia de oxígeno en la sangre) y de muerte intrau-

terina a partir de la semana 42, la misma manifestó su voluntad de no acudir al hospital y dar a luz en su domicilio, lo que, sin duda, podría poner en inminente y grave peligro la vida de su hijo”. Consideró aplicable al caso el art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como los artículos 29 y 158 del Código civil. En consecuencia, acordó el ingreso obligado de la señora P, para la práctica, de ser preciso, de un parto inducido, acordando asimismo oficiar a la policía local para que acompañara a la gestante al Hospital, debiendo verificarse dicho traslado en vehículo medicalizado. Posteriormente, agentes de la policía local se personaron en el domicilio de P y de su pareja, mostrando la orden judicial de ingreso y se realizó el traslado en ambulancia de soporte vital avanzado hasta el hospital donde se produjo el ingreso.

Contra dicho auto se instó la nulidad por la gestante y su pareja, siendo desestimada dicha pretensión por el juzgado de Instrucción al considerar que la decisión se había adoptado con base a lo dispuesto en el art. 29 CC, en relación con el art. 158.6 CC, en cuyo marco tiene cabida cualquier tipo de situación de hecho que, en un momento concreto, pueda suponer un peligro o un perjuicio inmediatamente evitables mediante la pronta adopción por el órgano judicial, incluso de oficio, de cualquier disposición que considere oportuna, con observancia del principio de proporcionalidad y con el norte decisorio en el interés superior del menor en ese preciso instante, siendo adoptadas por los trámites procesales previstos en el apartado 2 del art. 733 de la Ley de enjuiciamiento civil para las medidas cautelares acordadas sin otorgar audiencia a la gestante, por razones de imponderable urgencia que exigían un

pronunciamiento inmediato que no incrementase el riesgo imperioso, apremiante e inaplazable, ya existente y que la intervención respondió a la existencia de un inminente y grave peligro para la vida o salud del futuro bebé, [que fue] ponderado junto al [derecho a] la libertad de la madre de dar a luz en su domicilio, y, como resultado de dicha ponderación, fue primado el interés de aquel. Resolución confirmada en apelación por la Audiencia Provincial.

En la demanda de amparo, y por lo que en este artículo interesa, se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la libertad personal de la gestante (art. 17.1 CE), por cuanto la medida privativa de libertad que le supuso el ingreso obligatorio en el centro hospitalario fue adoptada sin que una norma legal previera la forma en que se debía llevar a cabo.

Sin duda es un asunto de especial interés y de evidente relevancia constitucional, toda vez que si bien existe una jurisprudencia reiterada sobre internamientos no voluntarios en centros psiquiátricos, no la hay respecto al supuesto de ingreso obligatorio en un centro hospitalario para llevar a efecto el parto de una mujer embarazada, por la eventual concurrencia de riesgo para la vida y salud del nasciturus.

La sentencia mayoritaria de la que es ponente Antonio Narváez Rodríguez, es de Pleno y cuenta con los votos particulares de Cándido Conde-Pumpido Tourón, Inmaculada Montalbán Huertas, Ramón Sáez Valcárcel, María Luisa Balaguer Callejón y Juan Antonio Xiol Ríos, lo que pone de relieve la complejidad del caso planteado.

Sin embargo, tanto la sentencia mayoritaria como los votos particulares parten de un enunciado común por indiscutible y sobradamente conocido: el principio de legalidad rige en el marco de la injerencia de los derechos fundamentales e implica

que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, incida directamente sobre su desarrollo o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal, por mandato constitucional⁵.

Asimismo, tanto la sentencia mayoritaria como los votos particulares reconocen en este caso la ausencia de previsión legal específica⁶. De hecho, la sentencia advierte que el órgano judicial se ha visto en la tesitura de tener que dar respuesta a una situación en la que se enfrentaban derechos fundamentales y un bien jurídico constitucionalmente protegido, sin contar con una previsión legal específica que le sirviera de fundamento a la decisión de ordenar el ingreso obligatorio de la demandante en el centro hospitalario, que debía adoptar en el desarrollo de su función jurisdiccional. No nos encontramos en un caso de insuficiente habilitación legal, sino en un caso de ausencia de ley que regule este supuesto. *"La juez actuante se enfrentaba a una situación en la que no existe una previsión legal específica que contemple su intervención, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los supuestos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psi-*

5 STC 49/1999, ponente Tomás Salvador Vives Antón.

6 Salvo Cándido Conde-Pumpido Tourón, que considera que sí existe cobertura legal aunque de deficiente calidad, a la decisión judicial de acordar el traslado físico urgente de la mujer embarazada hasta un centro hospitalario, dado que nuestro ordenamiento jurídico contempla la existencia de un deber jurídico de protección de la vida en formación, remitiéndose a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Ni la pretensión de los progenitores de que el alumbramiento se produjera en su domicilio, ni el ingreso involuntario de la mujer embarazada para la inducción del parto, encuentran desarrollo legal suficiente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, mientras que la pretensión de alumbramiento en el propio hogar se encontraba y se encuentra ayuna de toda regulación, la decisión judicial limitativa del derecho a la libertad y la intimidad personal no cuenta con una cobertura legal específica, pero encuentra fundamento razonable en la actuación de deberes de protección que sí han sido reconocidos por el legislador.

quico". E incluso el voto particular formulado por Cándido Conde-Pumpido Tourón explica que se plantea el enjuiciamiento de una decisión judicial limitativa del derecho a la libertad y la intimidad personal que no cuenta con una cobertura legal específica y que la falta de previsibilidad y certeza del ordenamiento que se denuncia en la demanda de amparo, es plena y exclusivamente imputable al legislador.

Es llamativo que existiendo unanimidad sobre el hecho de que es exigencia ineludible para limitar un derecho fundamental que exista una ley, y no cualquiera sino una ley orgánica⁷, y que en este caso no existía habilitación legal alguna, tanto la sentencia como los votos particulares, a excepción del formulado por Ramón Sáez Valcárcel, validan la injerencia en el derecho fundamental a la libertad personal desde el prisma del principio de legalidad⁸. Lo que, en mi opinión, implica una clara devaluación del principio de legalidad.

La sentencia mayoritaria considera que no hay habilitación legal y que la decisión adoptada de internamiento involuntario no tiene acomodo legal en el art. 158.6 CC⁹ invocado en el auto habilitante de la

medida, toda vez que dicho precepto recoge un catálogo abierto de medidas en el seno de las relaciones paterno-filiales y que afectan, por lo general, a la esfera del ejercicio de los derechos o de las potestades de los padres en relación con los hijos. No se puede aplicar al caso analizado ya que no existía aún la relación paterno-filial, porque todavía la hija no había nacido, ni, por consiguiente, había adquirido aún la condición de sujeto titular de derechos al que hubiera que apartar de un riesgo o evitarle perjuicios. Lo que aquí se dilucida es un conflicto entre los derechos fundamentales de la madre y el bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida del nasciturus, situación que no tiene propiamente encaje, ni en el ámbito, ni en las medidas del art. 158.6 CC. Tampoco es aplicable el art. 9.6, párrafo segundo, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁰, ya que dentro de los supuestos a los que se refiere el art. 9.6, la decisión judicial parece acogerse a las eventuales intervenciones que afecten a menores de edad, en las que deba prestar su consentimiento su representante legal. Pero este no es un supuesto de menor de edad que se encuentre en dicha situación (porque la hija aún no había nacido). Por otro lado, la paciente era la madre gestante y, por consiguiente, era ella quien debía prestar el consentimiento

7 La STS 131/2010 declaró inconstitucional el párrafo primero del art. 211 CC dado que el internamiento judicial, y por tanto involuntario, de personas que padezcan trastornos psíquicos es una medida que tiene por objeto una materia incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica, al ser una medida constitutiva de una privación de libertad y es por tanto exigencia del art. 17.1 CE.

8 Ciertamente es que varios de los votos particulares no validan la decisión, por lo que consideran que debió estimarse el recurso de amparo, pero no por vulnerar el principio de legalidad, sino por otras razones.

9 Artículo 158: El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas

10 Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación:

Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses (mayor beneficio para la vida o salud del paciente) deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

to para cualquier actuación médica que le afectara. Y por último, tampoco es aplicable el art. 29 CC¹¹ ya que la equiparación con el nacido se refiere a los casos regulados por el Código civil y, en concreto, a los efectos favorables de carácter patrimonial que le puedan reportar al concebido y no nacido, pero que no podemos extender sin más al ámbito de un conflicto entre derechos fundamentales y bienes o valores a los que la Constitución otorga protección.

Por lo que ninguno de los preceptos legales en los que se sustentaba la decisión restrictiva del derecho fundamental era aplicable. Y sin embargo, se considera que la medida privativa de libertad adoptada no ha vulnerado los derechos a la libertad y a la intimidad personal y familiar de la gestante, ya que, habiéndose efectuado el correspondiente test de proporcionalidad, la limitación del ejercicio de dichos derechos responde a la finalidad de preservar un bien jurídico también constitucionalmente protegido, como es la vida y salud del nasciturus, que prevalece frente a dichos derechos de la gestante. En definitiva, prevalece la vida y salud del nasciturus sobre el derecho de la madre a su libertad personal y a elegir libremente el lugar del parto y la forma en que este tuviera lugar.

De los votos particulares, el formulado por Juan Antonio Xiol Ríos considera que debió ser estimado el recurso de amparo, no por afectación del principio de legalidad, sino por la omisión del trámite de audiencia judicial a la gestante demandante, al ser una de las garantías fundamentales del derecho a un proceso justo y no concurrir razones de urgencia que justificaran excepcionar dicho trámite de audiencia a la afectada. El voto particular concurrente

formulado por María Luisa Balaguer Callejón se centra esencialmente en la necesidad de regular el parto domiciliario, para que las gestantes puedan tener la imprescindible seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad en cuanto a las reacciones que puedan producirse por parte de los poderes públicos frente a las decisiones que adopten libremente en cuanto al proceso de su embarazo y alumbramiento. Parte del derecho de la mujer gestante a decidir sobre su propio cuerpo, tanto desde el momento en que adopte libre y voluntariamente su decisión de ser madre, como a lo largo de todo el proceso de la gestación y la culminación con el momento del alumbramiento, y que todas las determinaciones que tome en esos momentos tan esenciales de su vida deben ser respetadas, sin imposición de voluntades ajenas. Y que, siendo una realidad innegable, se debe acometer la regulación de parto domiciliario con una ley accesible y previsible, estableciendo las condiciones precisas para que pueda llevarse a cabo el alumbramiento en lugares distintos de los centros hospitalarios, especialmente teniendo en cuenta no solo los riesgos que pueden producirse ante partos en los que surjan complicaciones, sino, además, las responsabilidades podrían incurrir tanto los sanitarios que atendieran a las gestantes en el parto domiciliario como incluso los propios progenitores. El voto particular de Inmaculada Montalbán Huertas considera que debió estimarse el recurso y que la decisión judicial es arbitraria y discriminatoria por razón de sexo, además de contaminada por prejuicios de género, dado que no se cumplió el trámite de audiencia a la gestante, obviando su condición de persona titular de derechos fundamentales y soslayando la concurrencia de una categoría sospechosa de discriminación por razón de género como es la maternidad, reivindicando la incorporación

11 Artículo 29: El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

de la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y asimismo, considera que el juicio de ponderación realizado de los derechos y bienes en conflicto no es razonable, al haberse validado la injerencia preventiva del órgano judicial que pretirió a la mujer gestante como titular de derechos, lo que implica un debilitamiento muy relevante de los derechos fundamentales de las mujeres por el factor diferencial, que le es propio, de la maternidad y el embarazo.

Me parece más convincente el voto particular de Ramón Sáez Valcárcel, por su mayor congruencia con la relevancia que adquiere la exigencia de habilitación legal para limitar un derecho fundamental, dada la ausencia de previsión que autorice el internamiento o ingreso involuntario de una mujer embarazada para la inducción del parto. Explica así que la restricción de un derecho fundamental requiere de la existencia de una ley de calidad como presupuesto de legitimidad de toda medida limitativa. Y que la ausencia de previsión legal específica, exigencia del principio de legalidad, no puede suplirse con una habilitación analógica o implícita. En los casos de privación de libertad, la existencia de cobertura legal expresa y clara de la injerencia del poder público es requisito previo e insoslayable, de modo que solo si existe previsión legal y si la misma explicita suficientemente el alcance y el contenido de la privación de libertad puede, después, valorarse si su concreta aplicación resultó proporcionada, ponderando el sacrificio provocado en la esfera del titular del derecho con los fines públicos que se pretenden alcanzar, todo ello de acuerdo con el principio favor libertatis o in dubio pro libertate.

Solamente la ley puede fijar los límites a un derecho fundamental. Y considera que la posición de la mayoría de avalar

la legitimidad de la medida de injerencia que considera que, aunque no exista previsión legal, se ha respetado el principio de proporcionalidad inherente a la necesaria ponderación de otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, no respeta el principio de legalidad toda vez que la norma legal que regula la medida limitativa de la libertad ha de ser previa a la medida, ya que de lo contrario se traslada al/a juez/a el establecer las condiciones de legitimidad de la medida cuando efectúa el juicio de proporcionalidad, sin mediación alguna del legislador y sin que este le pueda ofrecer un marco de decisión que defina las situaciones que habilitan al juez para adoptar el ingreso hospitalario involuntario y los elementos que debe ponderar, así como el procedimiento que ha de seguir.

De modo tal que se altera la dogmática de los derechos fundamentales y se construye una suerte de cláusula de “estado de necesidad constitucional” que conduce a la pérdida de una garantía esencial de los derechos, en tanto es preterida la reserva legislativa para el desarrollo del derecho y la definición de las situaciones en que es posible su limitación ante la presencia de un interés incompatible del no nacido, confiriendo al juez la decisión al completo, primero, sobre si dicha restricción es posible y, si así lo estima, en qué contexto o circunstancias, de qué manera y con qué intensidad. La indeterminación que provoca la posibilidad de intervención judicial en ausencia de regulación legal, inevitablemente casuística, deviene incompatible con la seguridad jurídica como condición de libertad de los ciudadanos.

Dicho voto particular contiene también, a mi juicio, una reflexión muy interesante sobre el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad como regla de interpretación. La sentencia mayoritaria

acude a la proporcionalidad validando la medida judicial que limita el ejercicio de los derechos a la libertad y a la intimidad porque la finalidad de la misma es proteger un bien jurídico también constitucionalmente protegido, como es la vida y salud del nasciturus, que prevalece frente a dichos derechos de la gestante.

Comparto la posición contenida en el voto particular formulado por Ramón Sáez contraria a separar o escindir entre la vulneración imputable al legislador por la insuficiente calidad de la ley y, de otro, la legitimidad constitucional de la actuación judicial. Pero es que además, no nos encontramos ante un caso de insuficiencia de la ley, sino ante una situación de inexistencia absoluta de la ley que no puede ser integrada ni por analogía ni por interpretación extensiva, ni aplicando el test de proporcionalidad, que afecta de lleno en el principio de seguridad jurídica, y más en el ámbito en el que se produce la decisión, en el que al no haber nada regulado ya que no está prohibido el parto domiciliario, la inseguridad es altísima y el espacio de incertidumbre muy elevado, no existiendo ninguna expectativa razonablemente fundada en cuál será la actuación del poder en aplicación del Derecho, que “dependerá del/a juez/a que te toque”, lo que no puede ser admisible en un Estado de Derecho.

Reconozco que el supuesto planteado es un caso jurídicamente difícil con implicaciones éticas, especialmente desde la perspectiva del/a juez/a de guardia, pues el ajuste de su decisión a las exigencias del principio de legalidad habría requerido que no autorizara el ingreso involuntario de la gestante, pese a las graves consecuencias que para la salud de la madre y del feto hubieran podido derivarse de la decisión. Sin embargo, la solución no pasa porque el/la juez/a de guardia cree un régimen

jurídico limitativo de la libertad personal que no existe, sino, como dice el voto particular comentado y el de Cándido Conde-Pumpido Tourón, por instar al legislador a que regule la medida de ingreso hospitalario involuntario de una mujer gestante. Como señala expresamente Ramón Sáez, es precisa la intervención del legislador de los derechos fundamentales, no pudiendo invitarse al juez a que resuelva el hipotético conflicto creando la norma mediante la libre ponderación en atención a las circunstancias del caso. Es el legislador quien debe regular el conflicto aplicando el juicio de proporcionalidad en atención a los distintos valores constitucionales en liza, pero no dejar que situaciones tan sumamente complicadas por sus implicaciones éticas quede en el limbo jurídico a la discrecionalidad de los jueces.

Aunque la situación sea muy distinta, sucede lo mismo con el vacío legal sobre la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico para tratamiento de personas con enfermedad mental que han cometido un delito grave. Son situaciones muy dramáticas que se viven a diario en los juzgados de guardia recayendo el peso de ese vacío normativo en lo/as juez/as de guardia que deben afrontar estas situaciones, como digo muy dramáticas, tanto para la persona detenida que muchas veces, dado el vacío normativo y ante la ausencia de medida cautelar adecuada, se ven avocadas a una situación de prisión provisional que aumenta su vulnerabilidad, así como la de sus familiares.

En estos caso, el Tribunal Constitucional sí ha declarado vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal en ausencia de norma legal¹², con base a las

12 La STC 84/2018 declara vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal. En este caso se absolvió al acusado por haber apreciado una eximente completa de trastorno mental, acordándose en el fallo de la sentencia



Desastres de la guerra n.º 22, *Tanto y más.*

exigencias del principio de legalidad que requiere como condición de la legitimidad constitucional de una medida limitativa del derecho a la libertad personal, que la misma esté prevista legalmente, de modo que si existe sólo esa previsión legal y si la misma explicita suficientemente la extensión y el contenido de la privación de libertad impuesta puede, después, valorarse si su concreta aplicación resulta proporcionada,

ponderando el sacrificio generado en la esfera del recurrente con los fines públicos que se pretenden alcanzar en la regulación aplicada.

E incluso en estos casos de ausencia de medida cautelar de internamiento para tratamiento psiquiátrico, ha argumentado que, hasta tanto dicha norma con rango de ley orgánica se dicte, con una redacción que incluya los requisitos, garantías y condiciones necesarias para adoptar la medida de internamiento en centro psiquiátrico con la duración al efecto previsible, no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, ni como cautelar en guardia cuando sea inimputable. Y destaca que, como observó ya la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2001, «la adopción de una medida cautelar privativa de libertad contra estas personas se presenta como imprescindible en muchos casos», dado el grado de peligrosidad judicialmente acreditado y la gravedad de los delitos cometidos, al margen de su inimputabilidad, con posible riesgo de su reiteración, al no estar prevista en nuestra LECRIM como medida cautelar el internamiento.

como medida de seguridad el internamiento del acusado en institución psiquiátrica por tiempo máximo de 12 años. Hasta que dicha sentencia ganara firmeza, la Audiencia acordó como medida cautelar el internamiento en la Unidad Psiquiátrica del Centro Penitenciario, con la finalidad de proteger a las víctimas -familiares cercanos del acusado absuelto- de posibles futuras agresiones de éste hasta tanto no se consolide el tratamiento médico a que está siendo sometido con resultado efectivo para combatir las pulsiones homicidas que padece.

La STC 217/2015 también declara vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal. En este caso, el acusado se encontraba en situación de prisión provisional, celebrándose el juicio y siendo declarado absuelto por concurrir la eximente completa de alteración psíquica imponiéndosele la medida de seguridad de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento psiquiátrico penitenciario por un tiempo no superior a siete años. Mientras se tramitaba el recurso de casación contra la sentencia y hasta que ganara firmeza, la Audiencia Provincial acordó la prórroga de la prisión provisional en el establecimiento psiquiátrico penitenciario para su tratamiento médico, por la alta peligrosidad que representaba el acusado por las ideas paranoicas y delirios relacionados con la obsesión al fuego.

Es verdad que son situaciones diferentes, ya que en el caso analizado en la STC 66/2022, los derechos a la libertad personal y a la intimidad de la gestante colisionan con el derecho a la vida y a la integridad del nasciturus. Pero eso es lo que tiene que regular el legislador. En ambas situaciones expuestas hay ausencia absoluta de norma que ampare una medida limitativa del derecho a la libertad cuya adopción infringe, en mi opinión, el principio constitucional de legalidad, siendo urgente que el legislador afronte con urgencia estas situaciones frecuentes en el juzgado de guardia.

3. La STS 821/2022¹³

Asesinato cualificado por la (no) pertenencia a grupo u organización criminal

Respecto del principio de legalidad específicamente en el ámbito penal, la sentencia referida interpreta por vez prime-

ra la híper agravación prevista en el art. 140.1, que castiga con la pena de prisión permanente el asesinato, cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias: 3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. La sentencia alude como referencia interpretativa a la Exposición de Motivos del anteproyecto de la reforma operada por la LO 1/2015 que limitaba la prisión permanente revisable a aquellos casos en los que el asesinato "...sea de aquellos que guardan relación con la finalidad u objetivos de la referida organización o grupo criminal", con la finalidad de alcanzar una interpretación teleológica, siempre restrictiva, de los supuestos agravados introducidos por el legislador en el art. 140 del CP. Y considera que, atendiendo al relato de hechos probados, como el acusado forma parte de un grupo de más de dos personas que se dedican a la realización de asaltos violentos a narcotraficantes, el vocablo "violento" enriquece la funcionalidad del grupo criminal en el que se integraba el acusado, encajando en la porción de injusto abarcada por el art. 140.1.3 del CP. Explica así que el contexto en el que se produjeron los asesinatos por los que se ha formulado acusación no es otro que el de un enfrentamiento entre bandas rivales, dedicadas al desapoderamiento violento de sustancias estupefacientes. Que el acceso a la vivienda en la que se produjeron los disparos fuera un gesto de confianza hacia el acusado o la expresión de un acto de deslealtad respecto del grupo criminal en el que, hasta esa fecha, desplegaba su actividad delictiva no altera el fundamento de la agravación. Desde la perspectiva que justifica la aplicación del art. 140.1.3 del CP, los hechos no tienen otro significado que el de un tiroteo entre grupos criminales rivales. El que Juan Ignacio diversificara su estrategia criminal entre ambas estruc-

13 Se declaran probados los siguientes hechos: Mateo formaba parte de un grupo de más de dos personas que se había puesto de acuerdo para dedicarse al tráfico de drogas o sustancias estupefacientes y en la misma época, Juan Ignacio formaba parte de un grupo de más de dos personas que se había puesto de acuerdo para dedicarse fundamentalmente a la realización de asaltos violentos a narcotraficantes, siendo su función la de aportar información sobre posibles objetivos (conseguidor o santero). 2.- Hacia las 22,40 horas del día 27 de abril del año 2017, Juan Ignacio salió del domicilio situado en la CALLE000 nº NUM000 de El Prat de Llobregat, en cuyo interior se encontraban Felipe, Delia, Fulgencio y Germán. Una vez fuera del domicilio de la CALLE000, Juan Ignacio contactó con terceras personas no identificadas con las que ya se había puesto previamente de acuerdo. Todos ellos volvieron a la vivienda de la CALLE000, momento en el que Juan Ignacio tocó la puerta y se identificó de viva voz, facilitando la entrada en el domicilio. Cuando Fulgencio abrió la puerta, los acompañantes de Juan Ignacio irrumpieron en el domicilio y abrieron fuego contra los allí presentes, actuando con la intención de acabar con su vida o siendo conscientes de que la muerte podría sobrevenir como consecuencia natural de su conducta. Fulgencio recibió un disparo en la cabeza que le produjo la muerte y Felipe recibió dos disparos, uno en la espalda y otro en la cabeza, que también le produjeron la muerte. Delia recibió un disparo en el cuello que le produjo lesiones para cuya curación requirió de tratamiento médico y quirúrgico.

turas o que se pusiera al servicio de uno u otro grupo no debilita el fundamento de la agravación.

Consta el voto particular formulado por Javier Hernández García por infracción del principio de legalidad penal, dado que el acusado no formaba grupo criminal con los autores de los hechos, sino con las víctimas. Es decir, el acusado y las víctimas formaban un grupo dedicado a la realización de asaltos violentos a narcotraficantes, pero en un momento dado contactó con otras personas, con las que no formaba grupo criminal, y fueron estas personas quienes cometieron los hechos contra los integrantes del grupo del acusado. Es muy interesante el voto particular porque introduce los problemas que plantea la interpretación de la norma penal. Como dice, y, muy en especial, en el alcance de los condicionantes con los que debemos operar los jueces, para que la interpretación de la norma no se convierta en un puro acto de creación normativa que comprometa el propio mandato de certeza y de vigencia. Los jueces no podemos generar un producto normativo interpretado que poco o nada tenga que ver con el producto original legislado. La “desviación” nunca puede suponer una ampliación del espectro típico que limite el ámbito de libertad de las personas. Ni, tampoco, una reducción sin asidero en cánones gramaticales, sistemáticos y teleológicos axiológicamente vinculados a los principios de proporcionalidad, taxatividad y exclusiva protección de los bienes jurídicos.

Los jueces, para esta labor, no debemos superar el tenor literal posible de los significantes utilizados por el legislador en la construcción de los tipos penales. El canon interpretativo gramatical, por tanto, actúa a modo de canon prioritario. Sin embargo, lo cierto es que, a salvo mandatos con un alcance inequívoco, es muy frecuente encontrar distintos significados literales

posibles. En estos casos, deben activarse los cánones sistemático y teleológico para identificar cuáles de los sentidos posibles resulta más compatible con el fin y el contexto de la norma y con los mandatos de optimización de los principios de relevancia constitucional antes mencionados. El tenor literal posible actúa como límite externo de la interpretación para impedir la expansión de la norma. Pero ello no implica, de contrario, que cualquiera de los significados literales posibles que “encierra” la norma pueda servir para determinar finalmente su sentido y alcance en el caso. Y considera que el Tribunal Constitucional valida la anterior propuesta interpretativa, ya que, si bien construye una metodología que gira sobre la prioridad del canon literal, al tiempo, hace una llamada a la necesidad de introducir variables interpretativas axiológicas, “verificando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional”¹⁴.

Este voto particular resulta muy interesante porque nos adentra en el terreno de la garantía de taxatividad y la labor de interpretación judicial. Como explica Rafael Alcácer Guirao¹⁵, si la garantía de taxatividad apela a la correcta labor del legislador,

14 El voto particular considera que un sentido posible del tenor literal de la fórmula de hiper agravación, colisiona con los principios de ofensividad, proporcionalidad y responsabilidad por el hecho, al ser compatible con la interpretación de que la mera pertenencia a cualquier organización o grupo criminal del agente obliga a la hiper agravación del asesinato cometido, con independencia de la finalidad delictiva que les presta sentido fundacional. Apela por tanto a la necesidad de recurrir a una interpretación reductora, teleológica y sistemáticamente correcta, acudiendo a otros sentidos literales, exigiéndose por tanto una intensa conexión entre el delito cometido y la finalidad delictiva de la organización o grupo al que pertenezca el autor. Porque solo a partir de dicha conexión puede decantarse el plus de injusto que, sumado al propio del asesinato justifique, como consecuencia, el castigo con la pena de prisión permanente revisable.

15 El derecho a la legalidad y los límites de actuación del Tribunal Constitucional.

exigiendo normas precisas, la vertiente del derecho a la legalidad penal que conforma la garantía de tipicidad conlleva la revisión sobre la aplicación de la norma penal a un supuesto concreto, exigiendo de los jueces el sometimiento a las palabras de la ley. Y siendo inherente al lenguaje un cierto grado de indeterminación, identifica, siguiendo a Juan Antonio Lascaraín Sánchez, tres niveles en materia de interpretación judicial de la norma: la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica¹⁶, que desde luego son criterios muy valiosos a la hora de acometer la labor de aplicar la norma penal que cada vez es más indeterminada debido a la introducción de delitos de riesgo, de bienes jurídicos difusos y también a una deficiente técnica legislativa. Esta indeterminación cada vez mayor de la norma penal es una fuente de ataques al principio de legalidad penal, por permitir interpretaciones extensivas, analogías prohibidas y, en definitiva, el efecto expansivo de la norma penal.

Lamentablemente, vemos ejemplos a diario, debido a las constantes reformas penales que se acometen, siendo los delitos más significativos los delitos de expresión y, en particular, el art. 510 CP. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observa la dificultad de delimitar el llamado discurso del odio y el derecho a la libertad de expresión, y cómo se está poniendo límites a este último derecho a través de tipos penales que son tan amplios e imprecisos que generan un claro riesgo de abuso en su aplicación, que es cuanto menos errática¹⁷. También merece destacarse

la aplicación del delito contra la integridad moral que se está aplicando a casos de mensajes remitidos por Twitter, lo que impide la comunicación directa que exige el verbo infligir, frenando la libertad de expresión y comprometiendo el principio de tipicidad penal.¹⁸

4. Observación final

A mi parecer, las sentencias analizadas constituyen un botón de muestra de la gradual reducción del peso que en la legislación y la jurisprudencia tiene el principio de legalidad. Creo que no se trata de un debate estrictamente técnico sino fundamentalmente político: en qué medida y en qué casos estamos dispuestos a aceptar que nuestra esfera de autodeterminación, el desenvolvimiento de nuestra libertad como ciudadanas y ciudadanos de un Estado constitucional, dependan de las puntuales mayorías de los tribunales en lugar de las parlamentarias.

18 Resulta muy ilustrativo el voto particular de Javier Hernández García a la STS 1023/2021 que revocaba el auto de sobreseimiento libre dictado en una causa contra un tuitero por escribir varios tweets en relación al niño Julien, fallecido al caer en un pozo. El voto particular razonaba que la restricción del derecho a la libertad de expresión debe responder a las exigencias convencionales y constitucionales de proporcionalidad, porque una errónea selección de la fórmula de restricción puede privar de justificación constitucional al resultado producido, y producir un efecto que llama de desbordamiento. Utiliza al respecto una cita muy significativa: "El riesgo, como lo describe un destacado constitucionalista norteamericano, «de abrir una grieta en los muros de la protección constitucional de la libertad de expresión o de inclinar la pendiente a la censura». En definitiva, los límites al derecho a la libertad de expresión deben hacerse siempre con mucho rigor, y más en el ámbito penal, ya que la condena penal una de las formas más graves de injerencia en el derecho a la libertad de expresión, lo que obliga a una interpretación restrictiva de los elementos integrantes de la tipicidad.

16 Aunque algunos autores plantean dudas sobre la compatibilidad del criterio de previsibilidad axiológica con el propio fundamento del principio de legalidad. Así, Juan Antonio Lascaraín Sánchez y Rafael Alcácer Guirao.

17 STS 72/2018, 79/2018, 52/2018, 291/2020... algunas condenan y otras absuelven por expresiones vertidas por tuiteros, cantantes, raperos, blogueros... lo que conduce a la inseguridad jurídica.

La situación de las personas con adicciones en el sistema penitenciario español.

Datos, reflexiones y propuestas

Carmen MARTÍNEZ PERZA

Introducción

Esta mañana, cuando me encontraba inmersa en el ajetreo cotidiano del juzgado de lo penal en el que desempeño mi función jurisdiccional, tuve delante el rostro del dolor reflejado en todas las partes que intervenían en un juicio. Era un dolor que iba más allá del rencor, incluso del miedo, era un dolor compartido, un dolor de impotencia, un dolor de abandono, un dolor de “parias”. El acusado procedía de una familia muy humilde, con escasos recursos económicos y culturales, no sabía leer ni escribir, padecía una enfermedad mental grave e incapacitante (esquizofrenia) además de un trastorno por consumo de sustancias tóxicas. Entró en la sala esposado y custodiado por dos agentes que lo traían de la prisión, donde se hallaba cumpliendo otra condena por hechos similares a los que correspondían a mi asunto, que consistían en agredir a su anciana madre y en quebrantar una medida de alejamiento hacia la misma que otro juzgado había acordado cautelarmente. Esta mañana se dictó sentencia de conformidad en la que se apreciaba una eximente incompleta por sus trastornos y se le condenó, por un lado, a un total de 5 meses de prisión y, por otro lado, a una medida de seguridad de internamiento psiquiátrico, además de a las correspondientes prohibiciones de

acercamiento y comunicación con su madre. Al salir del plenario se encontró con su madre, que había permanecido en otra sala y no se pudo resistir a ir a verlo en el último momento, y ambos se convirtieron en un desgarrador grito de dolor cuando se cruzaron sus miradas. Una madre rota al percibir el sufrimiento de un hijo enfermo al que no puede manejar sola. Un hijo enfermo, con escasa conciencia de lo que le sucede, que no entiende por qué ha de volver a la prisión pero que puede suponer un peligro para su familia a causa de una enfermedad mental no bien controlada.

Lo más lamentable de este escenario es que, aunque el Código Penal lo prevea y los órganos judiciales ordenen la asistencia psiquiátrica fuera de la prisión, ante la palmaria insuficiencia de recursos comunitarios especializados, la mayoría de estas personas cumplirán su condena en la prisión ordinaria, cuyas enfermerías, que por lo general no cuentan con psiquiatras, a día de hoy, están repletas de personas con enfermedad mental que lo que necesitan es una asistencia sanitaria adecuada.

La situación descrita no es inusual en la práctica judicial, por el contrario, es más común de lo que pudiera parecer. Hay dolor cada día en los juzgados. Hay dolor cada día en las prisiones. Hay dolor cada día en las personas y las familias rotas por el encarcelamiento. La prisión, como

institución, es un almacén de sufrimiento; la prisión, como consecuencia jurídica del delito, se ceba con las personas con menos recursos, especialmente con aquellas que, además, padecen problemas de drogodependencias, problemas de salud mental, e incluso, discapacidad intelectual. Los juzgados y las prisiones son frecuentados siempre por los mismos rostros, por las mismas personas que son debidamente seleccionadas por el derecho penal y la práctica policial: familias enteras, habitantes de determinados barrios de nuestras ciudades y pueblos, constituyen la población diana de nuestro sistema penal, claramente dirigido a criminalizar a la pobreza.

La sociedad actual, olvidando el mandato constitucional del art. 9.2 de la Constitución Española (CE) y la vertiente social del Estado español en su configuración contenida en el art. 1.1 CE, da la espalda a los colectivos más excluidos, demonizándolos en lugar de apoyarlos, y los envía al sistema penal para que, con la frialdad que lo caracteriza, juzgue los hechos sin tener en cuenta qué hay más allá de los mismos e imponga, de manera generalizada, importantes penas de prisión. De este modo, la prisión se ha convertido en un lugar de encierro dirigido, fundamentalmente, a las clases desfavorecidas.

Desde el punto de vista constitucional, serían deseables políticas criminales más justas en cuanto a la determinación de las conductas que deben tener relevancia penal y en cuanto a la elección de respuestas penales más proporcionadas que se dirijan de manera efectiva a evitar la reincidencia y a favorecer la incorporación social de las personas que han infringido la norma penal, incidiendo en aquellos factores que han influido en el hecho delictivo. Como es obvio, ello tendría que ir de la mano de políticas sociales efectivas.

Lo que esperamos y lo que obtenemos de la prisión

Pese a lo anterior, no cabe duda de que, en una sociedad con la complejidad de las sociedades occidentales actuales, el derecho penal es necesario desde al menos dos puntos de vista:

—Desde su vocación pacificadora, porque pretende evitar el caos que supondría que cada persona que se sienta ofendida se tome la Justicia por su mano, asumiendo el Estado el monopolio del castigo. Esto enlaza con la finalidad retributiva según la cual, al más puro estilo kantiano¹, si alguien ha infringido una norma penal, obtendrá la correspondiente respuesta con la merecida sanción o pena.

—Desde su finalidad preventiva, más allá de la retribución, porque pretende, por un lado, que la amenaza de castigo penal disuada de la comisión de delitos a la ciudadanía (prevención general) y porque, por otro lado, persigue que el castigo, en sí mismo, se dote de contenido resocializador de manera que quien ha delinquido no vuelva a hacerlo (prevención especial positiva).

Así, finalidades retributivas y preventivas, desterradas las finalidades inocuidadoras², son las que se proclaman para

1 Kant, Emmanuel, *La metafísica de las costumbres*. Tecnos, Madrid (2005). Recordamos el famoso pasaje de Kant en su *Metafísica de las Costumbres*: “Aun cuando se disolviera la sociedad civil (*bürgerliche Gesellschaft*) con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia”.

2 Listz, Franz Von, *La idea de fin en el Derecho Penal*. UNAM, México D.F. (1994) “La sociedad debe protegerse de los irreversibles, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)” (Pág. 120).

un derecho penal democrático, finalidades que siempre estarán en tensión con los derechos fundamentales y las garantías procesales, que actúan como límites.

Sin embargo, el derecho penal, incluso desde este enfoque teórico, a menudo causa más daño que el provocado por el propio delito, no sólo en la persona infractora que es objeto de castigo, sino en la víctima que tampoco suele quedar satisfecha, así como en los entornos de ambas. El encarcelamiento, principal respuesta penal que ofrece nuestro sistema, produce daños psicológicos y físicos en las personas que lo sufren e incide de manera grave en sus familias³ e incluso en el personal que presta sus servicios en las mismas. La prisión no es en modo alguno un entorno terapéutico, sino que, por el contrario, es un entorno de una gran dureza marcado por la ausencia de voluntariedad y por la jerarquía, por tanto, no es el lugar adecuado para el tratamiento de personas con problemas de drogodependencias ni para personas con problemas de salud mental.

Del mismo modo que no podemos aliviar el calor prendiendo el fuego de la chimenea, pretender que los problemas sociales causados por la desigualdad y la injusticia social se atajen encarcelando a las personas y colectivos más desfavorecidos es una auténtica falacia.

Y el tiempo en prisión es un tiempo distinto, las horas y los días transcurren con lentitud, los meses se hacen muy largos y los años eternos. Las penas en nuestro Código Penal y nuestra práctica judicial son desproporcionadas, no sólo en relación a los delitos más comunes tales como

robos, hurtos, estafas o tráfico de drogas a pequeña escala, sino en relación a la fugaz vida del ser humano.

Para el diseño de políticas criminales y respuestas penales más adecuadas, se precisan análisis en profundidad de la delincuencia, sopesando la relevancia y gravedad de unas y otras conductas para prevenir castigos más proporcionados, descartando las infracciones que revistan menos gravedad y que puedan abordarse desde enfoques no penales. Además, hemos de estudiar otras respuestas penales distintas a la prisión, más acordes tanto con el objetivo resocializador del art. 25.2 CE como con los mandatos contenidos en los art. 9.2 y 1.1 CE mencionados más arriba, y ofrecer un abanico más amplio de consecuencias jurídicas del delito que se adapte a los distintos perfiles criminológicos y a las circunstancias educativas, sociales, familiares, sanitarias y laborales de las personas infractoras.

Con el deseo de provocar cambios sociales y aportar en la construcción de un derecho penal más justo y eficaz, la investigación *"Situación de las personas con adicciones en las prisiones españolas. Una visión con perspectiva de género"*⁴ se ha ocupado de examinar los perfiles de la población penitenciaria con adicciones y ha intentado establecer un retrato que tenga en cuenta sus circunstancias personales, su contexto social y familiar y, en general, aquellas otras variables que interseccionan cualquier vida humana, como la situación socioeconómica, el lugar de origen, la for-

3 Valverde Molina, Jesús. *La cárcel y sus consecuencias: la intervención sobre la conducta desadaptada*. Ed. Popular, colección Al Margen, Madrid (1997). / Goffman, Erving. *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*. Ed. Amorrortu, Madrid (2013). / Zimbardo, Philip. *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*. Ed. Paidós, Barcelona (2011).

4 Martínez Perza, Carmen; Quesada Arroyo, Pedro; De Miguel Calvo, Estíbaliz; Dzvonkovska, Natalia; Nieto Rodríguez, Lucía. *Situación de las personas con adicciones en las prisiones españolas. Una visión con perspectiva de género*. UNAD, Madrid (2022)

La versión completa de la investigación se puede encontrar en pdf en https://www.unad.org/ARCHIVO/documentos/biblioteca/1676366563_2023_01_16_estudio_prisiones_version_digital.pdf

mación, el estado de salud físico y mental, su capacidad o discapacidad, su situación laboral previa, etc.

Situación de las personas con adicciones en las prisiones españolas. Una visión con perspectiva de género. Principales resultados de la investigación

El trabajo al que nos referiremos, publicado en diciembre de 2022, se nutre de los datos recogidos a partir de las respuestas ofrecidas por las propias personas presas con problemas de adicciones a una encuesta realizada en el último trimestre de 2021. Se encuestó individual y personalmente a 1086 personas (839 hombres y 247 mujeres) de 18 centros penitenciarios, 4 de los cuales están situados en Cataluña, con competencias penitenciarias desde enero de 1984.

Según datos del último estudio realizado por el Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones en las prisiones españolas, actualmente en torno al 76% de las personas privadas de libertad en el sistema penitenciario español son consumidoras de drogas ilegales⁵. Los datos de la propia Administración Penitenciaria, en su Informe General de 2020, apuntan, igualmente, que el 76,7% de las personas presas son consumidoras de drogas y casi el 60% son policonsumidoras. Nuestro análisis se ha centrado en este grupo específico de personas con problemas de consumo de drogas dado que suponen una inmensa mayoría de la población carcelaria desde la

década de los 90, descartando del estudio a aquellas otras personas que no son consumidoras de drogas.

A continuación, señalamos algunos de los resultados más significativos del estudio:

- Entre la población penitenciaria con problemas de adicción a las drogas, cuya edad media es de 39 años para los hombres y 41 para las mujeres, existe una importante desproporción de personas migrantes, en el caso de los hombres especialmente de nacionalidad marroquí, mientras que en el caso de las mujeres destaca la nacionalidad rumana. También en el caso de las mujeres, el grupo étnico donde existe más desproporción corresponde a la etnia gitana.

- El contexto familiar y personal es de familias numerosas, con bajo nivel de estudios de todos sus miembros, donde los hermanos varones son los principales consumidores de drogas. Los hombres, por lo general, no tienen pareja, y entre quienes cuentan con pareja sentimental, ésta se encuentra en libertad. Sin embargo, las mujeres tienen pareja en su mayoría y ésta también se encuentra en prisión.

- Hay un porcentaje importante de hombres y mujeres (10,8% y 16% respectivamente) que no cuentan con un recurso habitacional para vivir una vez salgan del centro penitenciario, ni propio, ni de familiares, amigos o instituciones, lo que indica una situación de extrema vulnerabilidad y exclusión social, más acentuada en el caso de las mujeres.

- La situación laboral y económica es muy precaria, aún peor en el caso de las mujeres. Los ingresos proceden del mercado laboral en el caso de los hombres, mientras que las mujeres obtienen sus ingresos principalmente de la economía sumergida. Sin embargo, la mayoría de ellos y ellas se encuentran en el paro. Además, casi la mitad de la población encuestada

5 Brime, Begoña; Llorens, Noelia; Sánchez, Eva. *Encuesta sobre Salud y Consumo de Drogas en Población Interna en Instituciones Penitenciarias 2022 (ESDIP)*. Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones, Ministerio de Sanidad, Madrid (2022).

Acceso a Informe resumen: https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/pdf/2022_ESDIP_Informe.pdf

tiene responsabilidades de cuidado, económicas y/o afectivas fuera de la prisión.

- Con independencia del tabaco, que es la droga más consumida tanto por hombres como por mujeres en prisión, los hombres consumen en mayor medida cannabis (48%), alcohol (39,9%) y cocaína (38,4%) que las mujeres, cuyas drogas más consumidas son los hipnóticos-ansiolíticos (un 49% frente al 36,36% de hombres), cannabis (29,5%), cocaína (25,6%) y alcohol (25,6%). En cuanto al consumo de heroína, es muy importante tanto en hombres como en mujeres y registra pocas variaciones entre ambos sexos (en torno al 15%).

- Por lo general, las mujeres consumidoras de alguna droga lo hacen con mucha mayor frecuencia que los hombres y utilizan más variedad de vías de consumo (esnifada, fumada, ingerida, etc.).

- Los intentos de deshabituación a lo largo de la vida han sido varios, sin embargo, la mayoría no recibe tratamiento en prisión en el momento de la encuesta. De quienes reciben algún tratamiento, el más habitual en las mujeres es la metadona mientras que en los hombres los grupos de terapia. El abordaje en prisión de los problemas de drogodependencias y de adicción al juego es valorado negativamente y apunta a la insuficiencia de recursos que vayan más allá de la medicación.

- Las personas privadas de libertad con adicciones a las drogas han recibido tratamiento fuera de la prisión, una atención que es bien valorada. Específicamente, los tratamientos grupales son valorados positivamente y los tratamientos farmacológicos de forma negativa.

- Los problemas con el juego los sufren fundamentalmente los hombres (20,3% de los hombres y el 4,2% de mujeres), quienes en su inmensa mayoría no han recibido tratamiento para el juego patológico.

- Los problemas psicológicos que provoca el propio encarcelamiento en las personas encuestadas son comunes, sobre todo la ansiedad, el agobio, la depresión, el aislamiento, los ataques de ansiedad y la agresividad. Las mujeres señalan en mayor medida malestares relacionados con la ansiedad contenida, los ataques de ansiedad y la depresión, y los hombres destacan que la prisión les causa problemas de agresividad.

- El 23,5 de los hombres y el 32% de las mujeres tienen una enfermedad mental diagnosticada, siendo la depresión la más sufrida en el caso de las mujeres y la esquizofrenia en el caso de los hombres.

- El 12,3% de hombres y mujeres tiene reconocida alguna discapacidad, y el 5% de ambos sexos tienen certificada una discapacidad intelectual.

- La atención sanitaria está mal valorada. Las personas privadas de libertad, mujeres y hombres de forma similar, no se sienten tratadas con el respeto que merecen. Señalan de forma insistente que, en la atención sanitaria que reciben, se abusa de la receta de medicamentos y, por el contrario, se ofrece una escasa atención personal e individualizada, lo que echan en falta de forma generalizada.

- La violencia psicológica, física y sexual ha formado parte, y siguen haciéndolo, de la vida de las personas privadas de libertad con problemas de drogodependencias, muy especialmente de las mujeres. El 36,6% de hombres y el 74,8% de mujeres ha sufrido algún tipo de violencia física; el 45,8% de los hombres y el 80,6% de las mujeres ha sufrido violencia psicológica. Los hombres han sufrido las violencias fundamentalmente en la infancia por parte del padre, mientras que las mujeres, en una proporción mucho mayor que los hombres, en la edad adulta por parte de sus parejas. Casi la mitad de las mujeres

encuestadas, 45,3%, sufrieron abusos o agresiones sexuales en alguno o varios momentos de su vida, frente al 6,6% de los hombres encuestados.

- Casi la mitad de las mujeres ha presentado denuncia por violencia de género. Sin embargo, el 34,8% no ha obtenido ninguna medida de protección oficial como víctima como, por ejemplo, una orden de alejamiento respecto de su agresor.

- La mayoría tiene más de una condena y principalmente se ha tratado de delitos contra el patrimonio. Si hablamos del primer delito, el 65,47% de los hombres están cumpliendo condenas por delitos contra el patrimonio o contra la salud pública (47,5% y 18,47% respectivamente). En el caso de las mujeres, este porcentaje es aún mayor llegando a más del 70% la suma de condenas por delitos contra el patrimonio (45,58%) y contra la salud pública (25,58%).

- El tiempo de estancia en prisión en el último ingreso es de uno a tres años para mujeres y de más de seis años para hombres. Más de la mitad de los hombres cuenta con otros antecedentes y el 74,5% no tiene causas pendientes. Sin embargo, más de la mitad de las mujeres no tiene antecedentes penales y son más numerosas las que tampoco tienen causas pendientes (80,8%).

- La mayoría recibe visitas. La madre, la hermana y la pareja son las principales visitadoras del preso varón y el padre, la madre y los hijos varones quienes más visitan a la mujer privada de libertad. El abogado o abogada hace generalmente una única visita el día del juicio.

- Ni unos ni otras disfrutan, por lo general, de permisos de salida.

- Únicamente el 18,38% de los hombres y el 31,95% de las mujeres cuentan en el momento de la encuesta con el apoyo

de alguna asociación o entidad del exterior. Sin embargo, tanto las mujeres (72,5%) como los hombres (74,9%) valoran como buena o muy buena la asistencia recibida por su adicción fuera del centro penitenciario en algún momento de su vida.

- Finalmente, destaca la necesidad manifestada por las personas privadas de libertad encuestadas de ser visibilizadas y escuchadas, la necesidad de recursos sanitarios en prisión, la excesiva medicalización, la falta de apoyo económico y formativo para rehacer la vida en el exterior y la evidente presencia de las drogas en los centros penitenciarios. Además, las mujeres internas señalan discriminación generalizada por el hecho de ser mujeres y reclaman igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a los recursos, las actividades y los espacios compartidos e individuales.

Si acudimos a comparar los resultados de este estudio con otros estudios similares realizados con anterioridad, por ejemplo, uno realizado en 2008 por la misma entidad⁶, comprobamos que el perfil de la persona privada de libertad es muy similar, con pequeñas variaciones relativas a la edad media, que ha aumentado en estos años. Son las mismas personas, que arrastran las mismas situaciones de partida, que las convierten, como entonces, en tremendamente vulnerables. Este semblante de la persona privada de libertad tampoco se aleja de los resultados plasmados en otras investigaciones, incluyendo la de la propia Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, máximas responsables públicas en

6 Martín Pozas, Jesús; Benítez Méndez, Carmen; Martínez Perza, Carmen; y otros. *Drogodependencias y prisión: Situación de las cárceles españolas. Estudio sobre la situación de las personas con problemas de drogas en prisión*. UNAD, Madrid (2008). <https://www.unad.org/wp-content/uploads/2023/05/Estudio-prisiones-II.pdf>

el ámbito estatal del sistema penitenciario y del abordaje de las adicciones, respectivamente.

En las prisiones españolas, tanto si hablamos de hombres como de mujeres, están sobrerrepresentadas la pobreza, las carencias educativas, los contextos socio-familiares de desventaja, la violencia padecida a lo largo de su vida, especialmente por las mujeres, los problemas de salud mental y las drogodependencias.

Si enfocamos nuestra atención en los aspectos más relevantes de sus trayectorias y sus circunstancias vitales, es fácil visualizar quiénes son realmente estas personas con problemas de adicciones que se encuentran presas y, al mismo tiempo, nos permite valorar la idoneidad o no de la actuación de los poderes públicos.

Que 1 de cada 6 mujeres y 1 de cada 9 hombres no tenga un recurso habitacional para vivir una vez sean excarceladas; que más de 1 de cada 3 personas, antes de su ingreso en prisión, se hallaran en situación de desempleo habiendo trabajado antes; que la mayoría presenten importantes carencias formativas arrastradas de generaciones anteriores; que casi 1 de cada 3 mujeres y 1 de cada 4 hombres tengan diagnosticado un problema de salud mental; que 1 de cada 20 hombres y mujeres tenga una discapacidad intelectual certificada; y que la incidencia de violencias físicas, psicológicas y sexuales sufridas sea tan elevada, especialmente escandalosa en las mujeres (3 de cada 4 ha sufrido violencia física, 4 de cada 5 violencia psicológica y 4,5 de cada 10 agresiones sexuales), debe hacernos pensar qué es lo que estamos haciendo como sociedad con el entorno social más desfavorecido y debe conducirnos a repensar nuestro sistema penal y a dar pasos en la mejora del sistema penitenciario.

Reflexionando: qué hacemos como sociedad con las clases más desfavorecidas

Hemos de contextualizar esta cuestión en el modelo de Estado que quedó plasmado en la Constitución Española y que debe informar la actuación de todos los poderes públicos y las políticas que se lleven a cabo. Así, comienza nuestra Constitución, en su art. 1.1, definiendo, claramente, al Estado español como un Estado Social⁷, también conocido como Estado del Bienestar, que es aquel que persigue la Justicia social y el bienestar de todas las ciudadanas y ciudadanos y, por tanto, la erradicación de la pobreza, con intervenciones directas del propio Estado para garantizarlo. Así, el artículo 9.2 de la Constitución, integrado en el bloque dedicado a la configuración de la esencia del Estado, sus principios fundamentales y valores superiores, establece la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad efectiva entre las personas y grupos con acciones positivas de intervención allá donde sea preciso⁸. Y para finalizar esta contextualización constitucional, los art. 39 a 52 desglosan los principios rectores de la política social y económica, obligando a los poderes públicos a proteger a las familias, a promover la distribución equitativa de las rentas y a proteger a las personas con discapacidad y, asimismo, reconoce los derechos a la protección de la salud, al acceso a la cultura y a una vivienda digna y adecuada, entre otros.

7 Art. 1.1 CE: *"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."*

8 Art. 9.2 CE: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".*

Este estudio al que nos referimos, que ahonda en el perfil de la persona presa con adicciones (casi el 80% de ellas), pone de manifiesto que los poderes públicos están fallando en el cumplimiento de estos mandatos constitucionales. Es preciso incidir en políticas sociales que persigan realmente la igualdad entre todos y todas y es urgente poner freno a las tendencias neoliberales que empujan a un vaciamiento del Estado del Bienestar. Precisamente las políticas sociales acordes con los mandatos constitucionales son un instrumento para la prevención de la delincuencia común, que es la que llena las prisiones españolas y, en cualquier caso, previene la reincidencia al incidir en las causas del delito o, al menos, en los factores que han influido en su comisión. Nos referimos a políticas de vivienda, de educación/cultura, de trabajo, de apoyo a las familias con menos recursos, de protección de la infancia, la adolescencia y las mujeres víctimas de violencia machista, de salud mental, de adicciones...

Repensando el derecho penal: acabar con la primacía de la pena de prisión. Probation/ penas comunitarias y justicia restaurativa

Los delitos que han llevado a las personas con problemas de drogodependencias a estar privadas de libertad, como apunta la Administración Penitenciaria en su Informe General de 2020 y se confirma con la presente investigación, son delitos contra el patrimonio y contra la salud pública, la denominada por nuestro Tribunal Supremo “delincuencia funcional” asociada a las adicciones.

A estas alturas nadie discute que las adicciones guardan relación con determinados delitos y que incidiendo en esta problemática sociosanitaria desde la comu-

nidad de una manera integral y también integradora, obtenemos resultados consistentes en una menor recidiva en el delito.

Los centros penitenciarios no son el ambiente propicio para un tratamiento exitoso toda vez que, como hemos señalado, se trata de un entorno de dureza, sumisión, castigo, no voluntariedad y dolor. Diversas investigaciones desde el ámbito de la sociología y la psicología así lo confirman⁹, señalando que la privación de libertad en una institución total, como es la prisión, provoca graves daños en las personas presas y en todas aquellas que habitan dicho entorno de manera cotidiana. En este proyecto hemos tenido la oportunidad de comprobar hasta qué punto llega el sufrimiento y deterioro de las personas encarceladas, en muchos casos de difícil reversión. Así lo expresan hombres y mujeres cuando se les pregunta por los problemas de salud que la privación de libertad les ha acarreado, destacando: ansiedad contenida (71,4% hombres y 83,6% mujeres), agobio y claustrofobia (65,7% hombres y 71,3% mujeres), ataques de ansiedad (50,8% hombres y 73% mujeres), depresión (63,9% hombres y 68,7% mujeres), aislamiento de la familia (62,5% hombres y 63,9% mujeres) entre otros.

Gran parte de las personas con problemas de adicciones que se encuentran hoy en día en las prisiones españolas, por el perfil que presentan, podrían estar siendo tratadas en el exterior por los servicios comunitarios con el correspondiente seguimiento del sistema penal. Nos referimos a un tratamiento sociosanitario que aborde todo el universo personal, sociofamiliar y comunitario, que sea integral e integrador, que vaya dirigido a incidir en todos aquellos aspectos de su vida que guardan relación o inciden más en el delito y en

9 Ver nota 3

aquellos otros cuya mejora puede suponer un cambio de vida: las adicciones, los problemas de salud mental, la formación, la vivienda, el empleo o la familia.

Ese enfoque no sólo es posible, sino que encaja con lo dispuesto en el art. 25.2 CE¹⁰ cuando sanciona el principio resocializador de las penas y medidas de seguridad y los límites de la pena de prisión.

Nuestro ordenamiento jurídico otorga a la pena de prisión la categoría de pena reina, actuando las normas penales en el imaginario colectivo de manera “pedagógica” o antipedagógica de modo que la sociedad no es capaz de visualizar otro tipo de respuesta válida al delito que no sea el encarcelamiento, cerrando las puertas a explorar otras vías. La respuesta penal ha de modernizarse y ponerse a la altura de los sistemas de los países de nuestro entorno socio cultural. Si realmente buscamos que el sistema penal sirva para prevenir el delito y conseguir los máximos niveles de seguridad y paz social, alejándonos de la anticuada tendencia a la búsqueda del castigo sin más finalidad que la retributiva, fomentada por la actual corriente reaccionaria del populismo punitivo, hemos de dar pasos claros en ese sentido.

No es suficiente que, una vez impuesta la pena de prisión, el sistema penitenciario oriente el cumplimiento de dicha pena al objetivo resocializador e intente paliar las deficiencias de base del propio sistema penal que abusa de la pena de prisión y

criminaliza a la pobreza. Uno de los pilares básicos del derecho penal occidental moderno es el principio de intervención mínima, cuyo contenido comprende, tanto la necesidad de castigar penalmente solo los ataques más graves a los bienes jurídicos protegidos para los cuales otras soluciones no se muestren suficientes, como la de imponer las sanciones estrictamente necesarias a cada tipo de infracción y a cada supuesto concreto.

Las tendencias van, peligrosamente, por otros derroteros. En la cultura del “miedo al otro” fomentada por los medios de comunicación y aprovechada a menudo por los poderes públicos, el imaginario colectivo es incapaz de ver más allá del deseo de salvaguardar su pequeño espacio personal, uniendo al deseo de venganza la tendencia a culpar a chivos expiatorios de los problemas más acuciantes de la sociedad actual.

El Estado debe erigirse en agente que imparta una Justicia alejada de la venganza privada, con procedimientos racionales basados en la ausencia de emotividad y los derechos fundamentales, evitando ser usado en la sociedad actual para criminalizar a las personas en situación de vulnerabilidad que se hallan en los márgenes de la sociedad.

Para avanzar, la sociedad necesita ser informada de forma veraz. Debe conocer qué significa la pena de prisión realmente y quiénes son las personas que están allí privadas de libertad. Debe entender que hay vida más allá de la pena de prisión. Debe saber que en los países de nuestro entorno europeo existen otras respuestas más útiles y sobre todo efectivas, desde el punto de vista de la prevención de delitos, que la pena de prisión y a la vez más acordes con la esencia del Estado social, basada en la idea de Justicia social. Respuestas que, además de suponer un castigo ante

10 Art. 25.2 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”

una infracción penal, abordan los factores que inciden en el delito, sus causas, favoreciendo la no reiteración delictiva. El derecho penal español “de la democracia” ha quedado desactualizado, resultando reiterativo e ineficaz.

En primer lugar, desde un punto de vista estrictamente político criminal, debemos reconsiderar por qué en un Estado social como el nuestro seguimos encarcelando a la pobreza, el entorno más vulnerable y desfavorecido de la sociedad, a pesar de que el delito no entiende de clases sociales, mostrándonos mucho más tolerantes con los delitos cometidos por las clases más privilegiadas y atajando los problemas de desigualdad social con la prisión en lugar de con políticas sociales que pongan fin -o reduzcan- la creciente precariedad de la vida de millones de personas y familias, incidiendo en garantizar la alimentación, la vivienda, la educación o la salud de todas. Hemos de repensar nuestro derecho penal y frenar la tendencia al continuo endurecimiento del castigo de los ilícitos cometidos por las personas que se encuentran en peor situación en la sociedad.

En segundo lugar, debemos actualizar el sistema de consecuencias jurídicas del delito de manera que la pena de prisión deje de ser la pena de referencia -única en la mayoría de los casos-, para instaurar un sistema basado en una respuesta penal que tenga lugar en el medio comunitario, reservando la privación de libertad para los casos más graves. Para conseguir esto, proponemos dos vías complementarias, por un lado, ampliar el catálogo de penas con la introducción de la *Probation* y, por otro lado, incorporar plenamente la Mediación Penal y la Justicia Restaurativa en todas las fases del proceso, antes del juicio, en la fase de juicio y en la de ejecución/cumplimiento de condena. Tanto la *Probation* como la Justicia Restaurativa

han sido sobradamente testadas y, a día de hoy, funcionan en numerosos países de nuestro entorno.

Así, proponemos una doble figura de *Probation*, como una pena autónoma al modo en que lo es la prisión o la multa, y como periodo de prueba que suspende el procedimiento. En ambos casos se trata de una respuesta comunitaria al delito que prescinde de la prisión y consiste, básicamente, en la realización de programas individualizados cuyos elementos básicos son la obligación de no delinquir y el cumplimiento de reglas de conducta adaptadas a las necesidades del caso con una estrecha supervisión de un equipo técnico, más allá de la vigilancia policial.

Por lo que respecta a la Justicia Restaurativa, proponemos que esté presente en todas las fases del proceso penal como forma de resolución de conflictos que persigue la responsabilización de la persona victimaria y la reparación de la víctima concreta o la propia comunidad mediante acuerdos restaurativos. Su potencial pacificador, pedagógico, reeducativo y de prevención de conductas de recidiva en el delito, se viene demostrando en numerosos países, así como en las experiencias que estas últimas décadas se han ido desarrollando en España. En algunos casos, la solución pacífica de conflictos podría implicar la innecesaridad del castigo penal, en muchos otros, la aplicación de penas no privativas de libertad y, en los supuestos de los delitos más graves, la minoración de las penas de prisión.

Además, vincular *Probation* (también la suspensión de la pena de prisión ya presente en nuestro ordenamiento) y Justicia Restaurativa puede resultar de la máxima utilidad desde ese multi-prisma en el que confluyen el interés de reparar a la víctima del delito, el interés social por evitar que quien ha delinquido repita su conducta

antisocial, el gran potencial pedagógico, la búsqueda de la paz social y la construcción de una sociedad madura, dialogante y capaz de resolver conflictos de forma pacífica.

Mejoras imprescindibles en el sistema penitenciario

Habría que potenciar los recursos alternativos al ingreso en prisión y realizar mejoras imprescindibles en el sistema penitenciario dirigidas a:

1) Potenciar el régimen abierto y los cumplimientos extrapenitenciarios por encima de los regímenes ordinario y cerrado.

2) Garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad en tanto puedan ser derivadas a recursos externos, dotando al sistema penitenciario de los recursos sanitarios y de tratamiento de adicciones suficientes y equivalentes a los existentes en la sociedad libre.

3) Introducir en la vida penitenciaria la cultura del diálogo y de la no violencia.

4) Facilitar la participación de la comunidad en la vida y la actividad penitenciaria.

5) Poner en marcha planes específicos, con perspectiva de género, para ofrecer a las mujeres privadas de libertad una atención adaptada a sus variables psicosociales y de salud, que difieren de las de los hombres, a sus situaciones de mayor vulnerabilidad y a su perfil de menor peligrosidad.

Huelga decir que una mejora del sistema penitenciario en la línea apuntada requiere de la inversión en recursos, especialmente recursos personales, y del compromiso del resto de administraciones, no sólo la de Justicia o la penitenciaria, sobre todo de las comunidades autónomas por ostentar las competencias en materia sanitaria, de tratamiento de adicciones, de intervención social, de vivienda, etc. Es preciso entender que la comunidad está disponible con multitud de servicios y programas en funcionamiento y que, en último extremo, se trataría, a medio y largo plazo, de trasladar los recursos destinados hoy en día al cumplimiento de la pena de prisión en régimen cerrado y ordinario, hacia la supervisión del cumplimiento de estas penas comunitarias y al despliegue de la Justicia restaurativa.



Ya no hay tiempo

Desastres de la guerra n.º 19, *Ya no hay tiempo*.

Reflejos del problema saharaui en la jurisprudencia. La práctica judicial y la desmemoria española

Benjamín SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

El problema del Sáhara Occidental es una compleja relación de cuestiones históricas, sociales, económicas y políticas que marcan un nudo gordiano de las relaciones internacionales que no parece que nadie acierte a resolver de manera efectiva en los últimos 50 años. Esta relación de cuestiones provocan un punto caliente al que ni el Estado ni la sociedad española pueden escapar por motivos históricos, pero no sólo por estos¹. Es una cuestión que afecta a un colectivo numéricamente muy relevante de personas, con continuas denuncias de violaciones de Derechos Humanos² y que mediatiza la política exterior española con un dilema entre intereses y responsabilidades. Tiene, además, amplias repercusiones en la esfera interna. Este asunto se cuela periódicamente en el debate público dentro de España, tal y como nuestros compañeros de la Unión Progre-

sista de Fiscales expusieron en una carta abierta recientemente³.

Las consecuencias de un conflicto, que parece inacabable, se extienden a todos los campos y han tenido un necesario tratamiento en los tribunales, también en España. Cuestiones derivadas del conflicto en su mayoría (como las peticiones de asilo, la apatridia o el tratamiento en materia de extranjería de esta comunidad nacional), pero también cuestiones que nos ponen directamente ante los ojos un pasado colonial no tan lejano (cuestiones de nacionalidad, indemnizaciones y pensiones a los antiguos funcionarios y militares del Sáhara) de lo que, no se olvide, fueron consideradas provincias españolas (aunque ahora no se acepte como tal) y que ha planteado cuestiones relevantes también para la expresión de la protesta y el conflicto, para la transmisión de información y del punto de vista de la parte débil del conflicto (decisiones sobre reuniones y manifestaciones o actos oficiales de solidaridad) que se han celebrado en España por este o en favor del colectivo saharaui.

Junto con las cuestiones de naturaleza eminentemente personal tenemos tam-

1 Sobre la cuestión del Sáhara Occidental puede verse un resumen muy condensado en la página del Real Instituto Elcano <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/espana-ante-el-problema-del-sahara-por-una-solucion-magrebil/>.

2 Sirva un ejemplo en los contenidos que promueve Amnistía Internacional sobre este particular. Puede verse en <https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/sahara-mar14/>. No sólo Marruecos ha sido objeto de las denuncias. También el Frente Polisario ha sido objeto de denuncias por algunas de las ONG que trabajan sobre el terreno. Sirva HRW y el caso de tres disidentes saharauis. <https://www.hrw.org/es/news/2019/07/16/argelia/sahara-occidental-encarcelan-tres-disidentes>.

3 Un ejemplo de esta cuestión la encontramos en la carta de la Unión Progresista de Fiscales sobre el asunto del Sáhara Occidental. Disponible en abierto en <https://static.ecestaticos.com/file/595/a16/929/595a16929b28684461ac548e50dd2b33.pdf>.

bién la expresión judicial de la otra cara del conflicto. Un entramado de intereses recíprocos sobre la explotación de recursos económicos, muy especialmente la pesca, que no pueden escapar también a los límites impuestos por el derecho y donde un actor relevante como es la Unión Europea tiene mucho que decir y ha dicho.

La selección que aquí se ofrece pretende ser una visión amplia, aunque necesariamente de reducida extensión, para formar una idea de la complejidad de un conflicto que trasciende lo meramente jurídico, pero que, en ningún caso, puede ni debe ser ajeno al derecho nacional e internacional.

1. Resonancias de un pasado no tan lejano: la nacionalidad española y el problema Saharaui. Un poco de contexto: la administración del territorio durante el periodo español del Sáhara Occidental y su apresurado final

El día 13 de enero de 1976 se retiraba el último gobernador general del Sáhara español, el general Gómez de Salazar⁴ y se ponía así punto y final a la presencia española en aquellas tierras que se remonta, de manera oficial, a casi un siglo antes⁵. No hay acuerdo entre los historiadores al juzgar aquellos movimientos⁶, pero lo que

no parece que hoy pueda negarse es una relación intensa y prolongada en el tiempo, que si bien ha sido modificada por los hechos y la historia, no puede ser negada ni ignorada.

La provincialización de aquel territorio, previamente dominado, se llevó a cabo mediante la ley 8/1961, de 19 de abril⁷. Esta ley consideraba el Sáhara como una más de las “provincias españolas”⁸ y una parte del “territorio nacional”⁹ de España. De hecho, los funcionarios y autoridades estatales podrían servir en aquel territorio sin mayor problema, tal y como también reconocía la propia ley. Ello se mantuvo así hasta el momento de la descolonización del Sáhara, cuyo instrumento jurídico fue la ley 40/1975, de 19 de noviembre¹⁰. Esta norma que reduce en su preámbulo a mera “analogía al régimen provincial” la integración del Sáhara, faculta al gobierno de aquel entonces (faltaban más de tres años para la aprobación de la Constitución), para dictar las disposiciones necesarias para llevar a buen puerto la descolonización y derogaba cualquier normativa si así lo exigía el buen fin de la ley. Igualmente se regulaba un régimen de indemnizaciones para los españoles que hubieran de abandonar el territorio y, con posterioridad, se dictaba el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto que establecía el derecho a opción, por el plazo de un año, a la nacionalidad española para los nacionales del Sáhara. Este derecho habría de hacerse efectivo mediante comparecencia en el registro correspondiente a su domicilio o bien ante el cónsul de la demarcación correspondiente.

4 Véase la conmemoración del episodio en el diario ABC del día 12 de enero de 2011. https://www.abc.es/historia/abci-retirada-soldado-sahara-occidental-201101120000_noticia.html.

5 Se puede tomar como inicio la fundación de Villacisneros en 1884, aunque no será hasta bien entrado el siglo XX cuando se intensifica la ocupación y explotación efectiva del territorio.

6 Sirva la opinión de José Luis Rodríguez Jiménez. Una entrevista y una exposición de la opinión se puede ver en <https://www.publico.es/politica/espana-hubiera-aguantado-tiron-marruecos.html>

7 Puede consultarse en la página web del BOE en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1961-7737>.

8 Vid exposición de motivos y artículo tercero último párrafo.

9 Vid. Art. segundo, segundo párrafo.

10 Puede encontrarse en la página web del BOE <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1975-23743>.

Estas incongruencias de considerar primero provincias españolas un determinado territorio y, después, territorio no autónomo, no son otra cosa que una consecuencia de la inconsistencia jurídica de los regímenes coloniales tras la Carta de Naciones Unidas, los Derechos Humanos y, sobre todo, la nueva coyuntura de las relaciones internacionales tras la Segunda Guerra Mundial. Estas circunstancias son las que van a provocar una auténtica contradicción en el ordenamiento jurídico español. Una contradicción cuyas consecuencias todavía hoy se proyectan.

A efectos de la nacionalidad española es evidente la realidad inequívoca de oposición de esa ley de 1961 al Derecho Internacional y a la *“Declaración sobre los principios de Derecho Internacional relativos a las relaciones entre los Estados de conformidad con la Carta de las NN UU”* de 1970 que exige que haya distinciones en las situaciones de dominación colonial entre el territorio nacional de la metrópoli y el del territorio sujeto, con una condición jurídica distinta y separada del mismo¹¹.

Desde esta perspectiva, cierto es que en los territorios del Sáhara se expidieron los Documentos Nacionales de Identidad bilingües (en español y árabe) respecto de los allí originarios. Igualmente es cierto que hay una relación estrecha y muy intensa, especialmente con un conjunto de personas que, durante muchos años, sirvieron a la administración y el ejército español conformando el grueso de la presencia española. Esta administración, no obstante, distaba mucho de ser autónoma y también requirió de personal de la administración general y de los cuerpos militares ordinarios que pasaban, en este último caso, a

una situación especial de servicio y quedaban bajo la dependencia del gobernador general de la provincia, verdadera cabeza y poder de la administración española en el territorio¹².

Cuando los últimos militares españoles se retiran del territorio y se entrega el mismo a las potencias ocupantes (que no administradoras según la ONU), Marruecos y Mauritania en un principio, Marruecos en solitario después¹³, se comienza una guerra entre el Frente Polisario y el Reino de Marruecos¹⁴ que se prolongará durante toda la década de los años 80 y que sólo acabará con los acuerdos de 1991. Este es el origen de la situación actual del pueblo saharauí y la concentración de gran parte de su población en campos de refugiados con unas condiciones de vida excepcionalmente duras¹⁵. No puede entenderse correctamente esta situación sin comprender que en fecha de 16 de Octubre de 1975 (unos días antes de que el rey de Marruecos promoviera la denominada marcha verde, que a la postre supuso la retirada española) la Corte Internacional de Justicia, máximo órgano judicial de la ONU, expresó opinión consultiva contraria a la soberanía marro-

12 Sobre el régimen administrativo del Sahara español, véase la recopilación de normas que ha realizado la Universidad de Santiago de Compostela, especialmente la ordenación administrativa del Decreto 2604/1961, de 14 de diciembre, sobre Gobierno y Administración de la provincia de Sahara. Disponible en <https://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gi/institutos/ceso/descargas/Esp-Decreto-1961.pdf> Consultado el 24 de junio de 2023.

13 Mauritania se retiraría del Sahara tras el acuerdo con los representantes de la RASD. Puede verse el mismo en <https://www.derechos.org/peace/ws/doc/wsalgiars3.html>. Consultado 24 de junio de 2023.

14 Sobre el desarrollo de la guerra Fuentes Cobo, Ignacio y Mariño Menéndez F. *El conflicto del Sahara Occidental*. En conflictos militares contemporáneos, publicaciones del Ministerio de Defensa. Disponible en <https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/P/D/PDF69.pdf>. Consultado a lo largo de los meses de mayo y junio de 2023.

15 Sobre la situación actual del conflicto saharauí véase Barreñada, Isalás. *Breve historia del Sahara Occidental*. Ed. La Catarata. 1ª ed. Madrid, 2022.

11 Véase la resolución de la Asamblea General de la ONU en https://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gi/institutos/ceso/descargas/A_RE5_2625_Principios.pdf.

quí (y mauritana) de esos territorios¹⁶ a los que consideró como territorios no autónomos y, por tanto, susceptibles de ejercer el derecho de libre determinación.

Por ello, en este contexto de enquistamiento del conflicto y la dureza de las condiciones de vida de la población, muchos de los habitantes de aquellas zonas, nacidos durante los años de administración española, reclamaron la nacionalidad de origen de esa antigua metrópoli y que consideró durante más de una década a aquellas tierras como parte de su territorio nacional aún en contra de las normas de derecho internacional.

La situación, evidentemente, tiene una dificultad jurídica innegable. Sin embargo, el problema trasciende el estrecho marco de las normas del código civil sobre la nacionalidad española para provocar cuestiones esenciales de política internacional e, igualmente (¿por qué no decirlo?), de ética pública y de responsabilidad histórica de nuestro país ante un pasado que aún muchos recuerdan en primera persona como parte de su propia vida. La memoria entra, o al menos debería entrar, como un elemento a considerar.

2. La regulación de la nacionalidad española en el código civil y el Sáhara: si te he visto, no me acuerdo

La nacionalidad es un estado de la personalidad que se adquiere desde el momento en que se obtiene la personalidad jurídica y que supone un vínculo jurídico de naturaleza personal con el Estado en que esta se integra y respecto del cual tie-

ne derechos y obligaciones¹⁷, siendo de especial relevancia esta regulación para la persona, es evidente que exige una especial e intensa claridad y coherencia que no excluye determinados supuestos problemáticos¹⁸. Mal empezamos si tenemos en cuenta la división en la jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones. Junto con la civil para el conocimiento de las pretensiones respecto de la nacionalidad originaria, se residencia en la jurisdicción contenciosa el conocimiento de las pretensiones respecto de las resoluciones en materia de adquisición derivativa por residencia (art. 22.5 del código civil). El propio legislador fomenta una disparidad de criterios que más pronto o más tarde comenzarán. Y han comenzado.

Sintetizando mucho, recordemos, la nacionalidad puede ser originaria (desde el nacimiento) o derivativa (por hechos o actos posteriores), siendo que en lo que aquí analizamos puede ser por *ius sanguinis* (por la nacionalidad de los padres, art. 17.a Cc) o por *ius solii* (por haber nacido, bajo determinadas circunstancias en España, art. 17.b, 17.c y 17.d Cc). La derivativa se puede adquirir por opción (art. 20 Cc) y por residencia (art. 21 Cc), siendo que en la nacionalidad derivativa también se adquiere por carta de naturaleza otorgada por el Gobierno (art. 21.1 Cc) o residencia (art. 21.2 Cc) y existe un supuesto especial de adquisición mediante la posesión de estado (art. 18 del código civil).

El sintético resumen anterior ya nos muestra a las claras la *desmemoria* que utilizamos en el título. El art. 22 Cc que es el que regula las condiciones de adquisición de la nacionalidad española por resi-

16 Véase el texto en: https://www.usc.gal/export9/sites/webinstitucional/gi/institutos/ceso/descargas/Avis_Advisory-Opinion_1975_fr-en.pdf. La decisión esencial respecto del reino de Marruecos y Mauritania se contiene en § 162.

17 Rogel Vide, Carlos. *Derecho de la persona*. Ed. Cállamo, producciones editoriales. Barcelona, 2002, p. 61.

18 Lasarte, Carlos. *Principios de Derecho Civil, parte general y derecho de la persona*. 17ª edición, Barcelona, 2011; p. 242.

dencia tiene una norma general, 10 años de residencia legal, continuada en inmediatamente anterior en España. Junto con esa regla general hay varias excepciones. Quizá la más llamativa por su construcción casuística y nominativa es la que establece condiciones especialmente favorables para los países y comunidades humanas que han mantenido una relación política estrecha o que pertenecen a nuestro ámbito histórico y cultural constituyendo una comunidad de naciones con las que España mantiene importantes lazos culturales y una historia común (países Iberoamericanos, Andorra, Portugal, Filipinas, Guinea Ecuatorial o sefardíes). Olvida el legislador incluir en el código civil el Sáhara Occidental y los saharauis. Precisamente es la zona que se mantuvo relacionada políticamente con España en base a ese mismo vínculo histórico y político hasta más tarde. Es el más próximo en el tiempo. Si te he visto, no me acuerdo. Cuál sea el motivo es algo que pertenece a la *mens legislatoris* y no podemos más que especular sobre este. La ley de reforma del código civil que dio forma a estos artículos en 1990 no lo menciona en su exposición de motivos. El redactado original del apartado deriva de la ley de 15 de Julio de 1954 cuando el territorio se encontraba vinculado aún a España¹⁹, igual que fue rechazada la inclusión de otros grupos humanos en el mismo a cuenta de la modificación que el mismo tuvo en 2005 con la inclusión de los sefardíes²⁰.

19 Las razones del tratamiento específico de estos países, según la exposición de motivos de dicha ley es “una vez más puesta de manifiesto, la predilección y la simpatía con que España, fiel a su pasado y esperanzada en un alto designio espiritual, mira a aquellos países. a los que por razones bien conocidas y superiores a toda suerte de contingencias se considera inextinguiblemente unida”.

20 Vid.STS, Sala 1ª, 413/2020, de 14 de mayo (rec. 179/2019, Roj: STS 933/2020 - ECLI:ES:TS:2020:933), FJ 6º.

Sin embargo, también establece otras excepciones que son aún más favorables y que podrían afectar a la población que ahora nos ocupa, como el haber nacido en territorio español (art. 22.2.a Cc) y el que no haya ejercido en su debido momento la facultad de optar (art. 22.2.b Cc). Ambos serán objeto de un análisis por la jurisprudencia en relación a las especiales condiciones de los saharauis.

3. Los conflictos respecto de la nacionalidad de origen

El conjunto de situaciones para acceder a la nacionalidad española estaba determinado por conceptos como “territorio español” y “España” que, a primera vista, poca cuestión pueden plantearse. Sin embargo, en nuestro caso esos conceptos no estaban nada claro. Poca duda hay que conforme a las normas nacionales aplicables y no declaradas nulas en momento alguno el Sáhara Occidental fue territorio español. Así lo hemos reseñado antes, partiendo del tenor de las propias normas administrativas aprobadas por el régimen en aquel tiempo constituido, conforme a las normas territorial y temporalmente vigentes. Su validez y aplicabilidad nunca se ha cuestionado propiamente hablando.

Sucede que, a lo largo de estos años, se han venido sucediendo demandas frente a las declaraciones de la dirección responsable del Registro civil en las que se negaba a los Sáharaus haber nacido en territorio español (si nacieron antes de la retirada española y durante la vigencia de aquellas leyes sobre aquel territorio). Esto tiene relevancia tanto para la nacionalidad de origen por *ius solii*, como por *ius sanguinii* (art. 17.1.a Cc).

Ciertamente es difícil negar del tenor literal de las normas organizativas de de-

recho público antes comentadas que ello fuera así. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo encargada del asunto, la que emana de la Sala Primera, ha resuelto de manera sistemática que no lo es. El Sáhara, según la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo, nunca fue parte de España, ni por consiguiente fue territorio español²¹. Entiende la Sala que conforme a la legislación de 1975 no hay más que un perfeccionamiento del régimen colonial a través de una analogía al régimen provincial y que, por lo tanto, el Sáhara no es ni España, ni territorio español. Serían colonia conforme a la última legislación y obviando la anterior que fue legislación que hoy consideraríamos básica y desarrollada y que no se ha declarado nunca nula. Se otorga por esta línea jurisprudencial una eficacia retroactiva a una norma que no la impone en su articulado.

Es importante señalar que estos pronunciamientos nunca han contado con unanimidad. En la sentencia anteriormente comentada, hay un voto particular suscrita por tres magistrados en los que ponen en contexto y diferencia claramente las obligaciones de derecho público internacional exigibles al estado español, de los derechos adquiridos por personas concretas. La solución que se da es prácticamente interpretar una norma reglamentaria como expropiación de su condición de nacidos en territorio español a través del RD 2258/1976. Esta privación de derechos es consecuencia directa de la interpretación anteriormente señalada (con anterioridad al mencionado decreto no se pone en duda que podían ser funcionarios, habían votado el referéndum de 1966²² y tenían

representación en las cortes corporativas). Los magistrados firmantes de dicho voto particular entienden que ese Decreto genera una situación inconstitucional por generar una situación contraria al art. 11.2 CE que se prolonga con posterioridad a la Constitución. Por otra parte, señalan las circunstancias en las que dicha opción por la nacionalidad habría de hacerse. Ciertamente eran complejas y para ello nos remitimos a la descripción de los combates que durante ese periodo se producían en aquel territorio entre las fuerzas ocupantes y el movimiento de liberación nacional saharauí, tal y como hemos visto en la nota 14.

No hay que olvidar las dificultades probatorias que, respecto de esta población existen de cara a la justificación de su nacionalidad y los datos de su nacimiento²³. La situación de vulnerabilidad de los mismos se proyecta también al campo jurídico y los datos vitales. La situación de incertidumbre es muy relevante porque las normas son incongruentes entre sí (ser provincia y no ya no serlo, sino negar que se ha sido después). El derecho internacional se orienta hacia un lado y la Constitución y la razonabilidad de otra decisión conforme a la propia naturaleza de los derechos individuales, hacia otro.

Hay que decir que esta situación, paradójica, ha generado criterios, formas y extensión equiparable a Guinea Ecuatorial por las mismas razones, aunque con un proceso bastante más ordenado y algunos años anterior²⁴. Estas situaciones han generado un cuerpo doctrina sólido respecto de estas situaciones en relación con el

21 Véase la STS 1240/2020, de 29 de mayo (rec. 3226/2017, Roj: STS 1240/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1240), FJ 6º.

22 Véase la Orden de 29 de noviembre de 1966 relativa al procedimiento para la aplicación del referéndum a

los residentes en las Provincias Africanas y en el territorio de Guinea Ecuatorial. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1966-17921>.

23 Véase que existe debate de naturaleza fáctica, por ejemplo, en la STS 2507/2020, de 21 de Julio (rec. 4903/2019 Roj: STS 2507/2020 - ECLI:ES:TS: 2020:2507).

24 Vid. STS 444/2020, de 20 de Julio (rec. 4321/2017, Roj: STS 2668/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2668).

colonialismo español reciente. La misma parece consolidada por el número de pronunciamientos existente y pese a que la argumentación interna se pone sistemáticamente en duda por los diferentes votos particulares que se formulan a la misma y que parecen convincentes más ajustados a los derechos individuales y a la naturaleza jurídica de los mismos.

4. La apariencia y la carta de naturaleza

Como hemos visto con anterioridad de forma sucinta, hay una forma de adquisición de la nacionalidad española que se basa en la protección jurídica de la seguridad jurídica y la buena fe en el ordenamiento. Está consagrada en el art. 18 Cc. Dado que muchos de los saharauis disponen de documentos españoles, algunos han hecho uso de ese derecho de opción y, sin embargo, no tienen acceso inmediato o directo a la nacionalidad. Esto ha sido objeto de análisis en alguna ocasión²⁵ que ha analizado la situación de los saharauis basándose en los datos objetivos de la complejidad de la regulación, lo difuso de la distinción entre la condición de “españoles indígenas” (este es el término en el que se expresa la jurisprudencia para referirse a los oriundos del Sáhara durante la administración española) y los propios españoles y otras cuestiones diversas. La sentencia señala que privar a una persona de la nacionalidad a la que tiene derecho es una forma de discriminación por parte de la administración encargada de la misma. Resulta difícil de acomodar al concepto de extranjero la situación de quien fue funcionario español, prestó juramento

a la legalidad vigente y obtuvo pasaporte y, sin embargo, debido a que no cumplió las formalidades del decreto de opción no obtuvo la nacionalidad que, sin embargo, usaba de ordinario y con buena fe.

La nacionalidad por carta de naturaleza es una concesión graciable de la nacionalidad española en función de los merecimientos que se juzguen oportunos, disponiendo de un amplio margen de libertad al respecto, siendo muy inusual su utilización²⁶ y más aún su generalización por requerir actuaciones particularmente importantes e individualizables.

5. La nacionalidad por residencia de los saharauis

Como hemos visto anteriormente, el colectivo saharauí no está expresamente reconocido como una de esas naciones con las que España mantiene o ha mantenido especiales e intensos vínculos y que se ven favorecidas a la hora de la adquisición de la nacionalidad española.

Ahora bien y con una doctrina difícilmente conciliable con la anteriormente expuesta, el Tribunal Supremo expuso una doctrina en la que consideraba que los saharauis nacidos durante el periodo español en aquella tierra, a efectos del art. 22.2.a del código²⁷, habrían de considerarse nacidos en territorio español.

²⁶ Lasarte, Carlos. *Principios de derecho civil...* pp. 249 y 250.

²⁷ Nos dice la STS de 19 de octubre de 2009 (rec. 5572/2005, Roj: STS 6065/2009 ECLI:ES:TS:2009:6065), FJ 3º “Conviene destacar, de entrada, que la cuestión central aquí planteada ya ha sido resuelta por esta Sala, precisamente con la sentencia de 7 de noviembre de 1999: los nacidos en el Sahara Occidental cuando éste se hallaba bajo autoridad española deben considerarse nacidos en territorio español a efectos del art. 22.2.a) CC. Esta doctrina ha sido luego seguida en casos posteriores, como el recientemente resuelto por la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2008. Se trata, así, de verdadera jurisprudencia y, por tanto, a ella ha de estarse”.

²⁵ Vid. STS 1026/1998, de 28 de octubre (rec. 617/1996, ROJ: STS 6268/1998 - ECLI:ES:TS:1998:6268), FFJJ 8º a 11º.

Por otra parte, y derivado de lo anterior, la aplicación del tenor literal de las propias normas nos lleva a considerar que estas personas habrían tenido un derecho de opción expresamente reconocido en el Real Decreto 2258/1976 y que el mismo habilitaría también a aceptar las peticiones para estas personas (cuya edad, a fecha de hoy, es al menos de 46 o 47 años) conforme al art. 22.2.c del código al no haber realizado la opción en plazo. Esta circunstancia, sin embargo, no ha sido aceptada por el Tribunal Supremo que entiende que ese régimen privilegiado no resulta aplicable para los residentes del Sáhara que no hicieron uso del derecho de opción del Decreto de 1976²⁸. Entiende que el único derecho de opción que da pie a la aplicación del art. 22.2.c del código es el de los casos que figuran en el actual art. 20 del código civil, lo que hace que ese derecho de opción se configure como un derecho especial y que precluyó sin dejar efecto alguno con el transcurso de su exiguo plazo.

Por tanto, para la Sala Civil, el Sáhara nunca ha sido territorio español para la nacionalidad de origen. Legislación y jurisprudencia no consideran aplicables las leyes españolas sobre el Sáhara por entender que se oponen al derecho internacional, dotando a una norma posterior de eficacia retroactiva. Traslada la doctrina de derecho internacional aplicable a sujetos de derecho internacional a las personas individuales. Lo prohibido, a juicio de quien suscribe, es asimilar e imponer una nacionalidad. Nada dice sobre prohibir un trato favorable a individuos en situación precaria y que manifiestan su deseo de hacer valer vínculos previamente adquiridos y que son innegables a la luz del derecho vigente

en aquellos días. Los votos particulares se hacen eco de ello.

6. Las consecuencias del olvido: apatridia y asilo

La realidad es que la interpretación de las normas sobre nacionalidad, que recordemos, debe ser claras y concisas deben, además, eliminar en la medida de lo posible la existencia de situaciones de apatridia.

Recordemos que, con la retirada de España, ese territorio fue ocupado por Marruecos y que sigue siendo un territorio no autónomo al que debe aplicarse los principios del derecho Internacional. Igual que debían ser diferenciados de España, los naturales del Sáhara (y como veremos después el propio territorio del Sáhara Occidental) deben ser diferenciados de Marruecos. Si a ello le añadimos que España no ha reconocido la República Árabe Democrática Saharaui, el resultado es un vacío muy similar al limbo y al vacío donde habitan decenas de miles de personas y que genera, como no puede ser de otra manera, un problema jurídico de primera magnitud a la hora de determinar el régimen jurídico y el estatuto de estas personas.

Es constante y muy consolidada la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS que considera a los saharauis susceptibles de ser apátridas. Considera que no teniendo por los motivos anteriormente analizados la nacionalidad española, tampoco pueden ser obligados conforme al derecho internacional a asumir la nacionalidad marroquí²⁹. Marruecos, a efectos del derecho internacional, es un estado ajeno al territorio en cuestión. Así hemos visto que lo ha dicho el propio Tribunal Internacional

28 STS, Sala 3ª, sec. 6ª, de 18 de mayo de 1999, rec. 1459/1995 ROJ: STS 3412/1999 - ECLI:ES:TS: 1999:3412, FJ 4º.

29 STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 20 de noviembre de 2007, rec. 10503/2003 ROJ: STS 8948/2007 - ECLI:ES:TS: 2007:8948, FJ 8º.

de Justicia con anterioridad con ocasión del conflicto hispano- marroquí que a la postre derivó en el abandono español del territorio. Igualmente afirma la ausencia de la condición de nacionales argelinos a los nacidos en los campos de refugiados. Este país se limita a documentar de cara a posibilitar los viajes a terceros estados que, como España, no reconocen a la RASD. Tampoco se ha reconocido como un órgano de protección a la MINURSO³⁰ a estos efectos, pues su función está limitada a las cuestiones de verificación del alto el fuego entre Marruecos y el Frente Polisario y a la preparación de la celebración del referéndum. No tiene competencias por tanto de cara a los refugiados y protección humanitaria. La cuestión que se viene señalando como esencial de cara a esta cuestión es la de acreditar la condición de saharauí y sus condiciones reales de vida en los campamentos cercanos a Tinduf que suelen acompañar pasaporte expedido por las autoridades argelinas.

La situación anteriormente descrita en lo que, a las condiciones de vida y la situación de los campos de refugiados, así como la situación de enfrentamientos armados que se viven en la zona, provocan una situación que lleva a marcharse a muchos ciudadanos de su tierra y buscar refugio, muchos por vías difíciles, en España. La situación de estas personas se ha considerado (frente al criterio inicial de la administración general del Estado) como indiciariamente acreditativa de una situación de persecución, lo cual no significa que deban ser admitidos como refugiados, pero sí que exige que se evalúen sus solicitudes. No se pueda rechazar el asilo por el procedimiento acelerado del art. 21.2.b

30 Misión de las NN. UU. Para la celebración del referéndum en el Sahara Occidental. Información disponible por la propia ONU en <https://peacekeeping.un.org/es/mission/minurso>. Consultado 27 de junio de 2023.

de la ley de asilo que se refiere a solicitudes “*incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen*”. Evidentemente habrá de ser evaluada toda solicitud individualmente, pero lo que sí que se excluye es la aplicación de la causa objetiva de dicho precepto sobre el país de origen en cuanto a información contrastada sobre ausencia de verosimilitud de relatos concretos de persecución³¹. Existen datos objetivos que llevan a la no exclusión *prima facie* de esas solicitudes provenientes del Sáhara Occidental, debiendo no obstante expresar un relato coherente y mínimamente detallado y acreditado de la persecución que se alega³². Este habrá de ser enjuiciado en profundidad sobre el fondo a efectos de resolución y respetando los estándares y valoraciones probatorios internacionales, que flexibilizan la acreditación del elemento de individualización de la amenaza o una situación excepcional en la que la devolución a dicho territorio implique de por sí un riesgo evidente por la existencia

31 Sirva sobre un relato concreto de persecución, que sin embargo la administración rechazó en un primer momento, el que se recoge en la STS, Sala 3ª, sec. 3ª, de 21 de noviembre de 2013, rec. 4446/2012, Roj: STS 5541/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5541, FJ 5º que señala “aquel no se limitó a invocar genéricamente su condición de saharauí, ni relató únicamente una permanencia pasiva en los campamentos de Gdeim Izik, sino que añadió que en el contexto de la represión contra los saharauis por la policía marroquí, fueron en su busca en varias ocasiones, su hermana sufrió una violación por los gendarmes, y su padre fue agredido en la misma comisaría cuando trató de denunciar estos hechos. Desde luego, de estas alegaciones se podrá dudar, y para que conduzcan al éxito de la petición requerirán la prueba adecuada, pero ha de insistirse en que no cabe denegar la apresuradamente con el argumento de que el relato es vago y genérico cuando lo cierto es que el recurrente ha proporcionado datos suficientemente precisos como para permitir su investigación, ni cabe aducir en favor de tan rápida denegación que dicho relato se contradice sustancialmente con la situación del territorio de origen cuando el ACNUR ha manifestado insistentemente lo contrario”.

32 Sobre estos casos, sirva la STS, sala 3ª, sec. 3ª, de 18 de Julio de 2016, rec. 3652/2015, Roj: STS 3748/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3748, FJ 4º.

de un grado de violencia extremo³³. Lo que se señala generalmente es que cuando hay un relato verosímil, coherente y mínimamente detallado y respaldado con prueba no puede cerrarse sin más el procedimiento de asilo (ni en este, ni en ningún caso similar), siendo que evidentemente el contexto político y la violencia de la zona influye sobre la tramitación de este tipo de procedimientos. No basta la mera condición de saharauí, pero la misma desde luego no excluye la posibilidad del asilo en cuanto a la información sobre el país como ha expresado ya el propio TEDH³⁴.

7. Imágenes del recuerdo: diversas materias que nos recuerdan nuestra relación con la historia

Frente al olvido la realidad suele ser tozuda. Se compone de una serie de hechos que se inician en el pasado para desembocar en nuestro presente al que, más temprano que tarde, influyen para bien o para no tan bien.

Las pensiones de los antiguos funcionarios del Sáhara han provocado una importante litigiosidad³⁵. Lo que en un principio se reconoció, posteriormente con base en los anteriores criterios de nacionalidad del Tribunal Supremo, se intentó dejar de reconocer por la administración. Se generó con ello no sólo problemas con los beneficiarios, sino una situación de patente desigualdad entre quienes antes del

cambio de criterio sobre la nacionalidad se beneficiaron de pensiones de viudedad y orfandad de clases pasivas y quienes, con posterioridad, vieron denegada la misma petición. Esto nos muestra a las claras como este asunto saharauí es un problema también español y de relaciones con la propia administración española. Está lejos de ser superado por la práctica administrativa tendente al olvido o la negación de la realidad histórica. Nuestro país estuvo allí guste o disguste hoy. Muchos de aquellos saharauís fueron empleados en las Fuerzas Armadas y la administración a las que sirvieron con plenitud y dedicación. El olvido es difícil de imponer cuando significa alterar la realidad de las vidas vividas, sobre todo para aquellos que las vivieron.

En igual sentido ocurrió con los funcionarios que pasaron a incorporarse a la administración española. Si bien esta incorporación estaba sujeta a unos plazos para formular la solicitud, plazos que como en todas estas actuaciones dieron lugar a problemas y a la judicialización de aquel conflicto³⁶ por aplicación de los plazos de reincorporación cuyo exceso haría inviable las incorporaciones.

Por último cabe señalar la importante base de apoyo social que tiene este grupo humano en España y que ha dado lugar a conflictos en relación con acciones de protesta y acciones institucionales de apoyo que han chocado con el orden de competencias que fija la Constitución Española y que, a juicio del Tribunal Supremo, impide los hermanamientos entre las ciudades españolas y las ciudades de la RASD³⁷. Ello junto con diferentes protestas y situaciones que han dado lugar a manifestaciones y su análisis jurídico.

33 Sobre esto, véase la STJUE de 17 de Febrero de 2009 (C-465/07) § 43. Reproducida en Fernández Valverde, Rafael. *La apatridia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Cuadernos digitales de formación. Novedades en materia de extranjería y asilo, núm. 27, CGPJ, 2010. Pp. 89 a 99.

34 Sirva la STEDH de 22 de febrero de 2014, rec. 6528/11, Roj: STEDH 6/2014, § 97.

35 Véase, por todas (pues hay un elevado número de ellas) la STS, Sala 3ª, sec. 7ª, de 19 de Julio de 2013 (Rec. 856/2011).

36 STS, Sala 3ª, sec. 7ª, de 22 de octubre de 2007 (Rec. 7169/2002).

37 STS, sala 3ª, sec. 1ª, de 10 de noviembre de 1988 (Roj: STS 7875/1988 - ECLI:ES:TS:1988:7875).

8. Los recursos naturales y los negocios en el Sáhara: la voz europea que clama en el desierto

En los últimos tiempos se han sucedido varias decisiones del TJUE que tienen relevancia capital con estas cuestiones. La importancia de la UE en este ámbito de las relaciones internacionales no para de incrementarse. El campo de actuación del TJUE, tanto en número como en relevancia, también.

Tras el tratado de Lisboa en 2007 la Unión ha reforzado sus competencias para la celebración de acuerdos internacionales, siendo que también dispone de ámbitos de actuación muy relevantes en los sectores de la pesca, un recurso muy relevante del territorio del Sáhara Occidental³⁸ y que ha dado pie a varias sentencias del TJUE muy relevantes y que trascienden el concreto marco de los acuerdos de pesca entre la UE y el Reino de Marruecos.

Las cuestiones esenciales en las que se ha tenido que expresar el TJUE son relativas a si los acuerdos con el Reino de Marruecos son aplicables al territorio del Sáhara Occidental y las aguas del mismo. La respuesta del TJUE no ha podido ser más clara: el Sáhara no es Marruecos. No forma parte del territorio nacional marroquí y la Unión Europea no puede obviar el derecho internacional que impone que un territorio no autónomo como el Sáhara Occidental no puede integrarse *de facto* en otro estado en contra del derecho internacional. Ni siquiera el Reino de Marruecos es potencia administradora del mismo según sus propias declaraciones³⁹. El TJUE lo expone claramente cuando afirma que la Unión

está obligada a respetar el derecho internacional en la celebración de los tratados y que los mismos, que son actos de las instituciones sujetos al derecho de la Unión y controlables en plenitud por el TJUE, no pueden interpretarse de forma contraria a las reglas imperativas del derecho internacional. En este caso la norma internacional imperativa y aplicable es el derecho a la libre determinación de los pueblos⁴⁰. Esta cuestión, muy relevante desde el punto de vista de los intereses económicos y comerciales, reitera el criterio que ya se asentó anteriormente al analizar una cuestión parecida en un recurso de casación en el que señaló que no puede aceptarse la interpretación del ámbito de aplicación de los convenios de una forma contraria al derecho internacional⁴¹ porque obviaba que el Reino de Marruecos es un ente internacionalmente distinto del Sáhara Occidental sobre el que *de iure* no ejerce poder alguno.

La decisión del TJUE, basada en el respeto al derecho internacional, supone de facto recordar la imposibilidad del Reino de Marruecos de disponer como propios de los recursos naturales del Sáhara Occidental, especialmente de la pesca, lo cual es una decisión con una trascendencia singularmente acentuada para la flota pesquera española que tiene caladeros en dichas aguas y a la población española que de ello hace su modo de vida.

9. La esperanza que reside en la memoria

Por todo lo que hemos visto, y otras muchas cuestiones a las que el espacio nos impide atender, la situación dista mucho de normalizarse. Las contradicciones entre

³⁸ Sobre las competencias de la UE, los arts. 2 a 6 TFUE.

³⁹ Véase STJUE de 27 de febrero de 2018 (C266/16) Roj: PTJUE 69/2018 - ECLI:EU:C: 2018:118) § 62 a 64 y 72.

⁴⁰ Ibid. § 63.

⁴¹ STJUE 21 de diciembre de 2016 (C- 104/16) Roj: STJUE 286/2016 - ECLI:EU:C: 2016:973 § 107 y 108.

las salas del Tribunal Supremo (que, existir existen, por mucho que se nieguen o minimicen) a la hora de analizar las consecuencias del dominio español en el Sáhara, son en gran parte motivadas por la forma en que España se retiró de aquellos territorios y la contradicción evidente en el derecho a aplicar. Estamos ante un caso similar al del gato de Schrödinger jurídicamente hablando (al parecer estaban dentro y fuera del territorio nacional según para qué y para quién), pero con el drama de los miles de personas afectadas por la incoherencia normativa y la desmemoria legislativa.

A nuestros problemas de memoria le hemos de añadir los problemas económicos y las amenazas que pueden surgir para intereses españoles en aquellos territorios. Por mucho tiempo que pase ni son, ni mientras así no lo decida aquella comunidad nacional conforme a los mandatos de la ONU, podrán ser territorio de ningún otro Estado. Urge, no sólo por cuestiones abstractas, sino por la afectación a intereses españoles, buscar una solución.

No se trata sólo del derecho internacional, a cuya aplicación nunca se debe-

ría renunciar. Se trata también de aceptar la historia tal y como es. Se debería evitar aplicar el derecho consolidando hoy, por omisión, los errores que el pasado generó por acción. Ese puede ser el peligroso balance de una legislación incoherente y unas afirmaciones históricas inconsistentes que se arrastran en decisiones oficiales.

La retirada española de 1975/1976 fue consecuencia de una coyuntura histórica complicada. Fue una decisión motivada por la debilidad del final de un régimen político siempre débil por su deficiente legitimación y que se encaminaba a una transición incipiente que nos trajo derechos y libertades. Aunque imperfecto, este régimen surgido en 1978 permite un desarrollo nunca visto en la historia de nuestro país. Justo sería recordar que parte del precio para el advenimiento del mismo fue un abandono de las obligaciones que a España le incumbían conforme a derecho internacional y que, a la larga, lo ha terminado pagando una comunidad humana en extremo precaria.

La memoria es una capacidad humana que nos permite conocer y comprender. La



Tampoco

Desastres de la guerra n.º 10, *Tampoco*.

memoria es una capacidad humana esencial para posibilitar la acción de la justicia, pues sólo el recuerdo nos permite alcanzar el contexto necesario para entender y resolver los problemas desde el derecho, sea en la creación de normas o en su aplicación. La justicia nunca está, ni estará, en el mirar como ajeno a aquello y a aquellos que, en una medida u otra, nos resultan o nos son propios, si es que algo de esta relevancia nos puede resultar ajeno, citando a Terencio.

Sirva esta reflexión final como una interpretación de nuestra posición y como

una propuesta para crear un principio de *lege ferenda*. Difícil es que podamos valorar hoy como justo o positivo nuestro tratamiento de la cuestión del Sáhara atendiendo a lo que hemos analizado. Al menos nos queda mucho por recorrer. Siempre queda la esperanza que reside en la memoria. No deberíamos perderla nunca. Lo contrario sería deshumanizarnos al renunciar a un rasgo específicamente de lo humano y lo racional. No conviene deshumanizarse en estos tiempos que corren.

Estado de derecho en la unión europea: crisis de la independencia judicial en Polonia

Ignacio GONZÁLEZ VEGA

I. Introducción

La UE se fundamenta en un conjunto de valores comunes consagrados en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que incluye el respeto del Estado de Derecho.

La jurisprudencia del TJUE y del TEDH así como documentos de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho («Comisión de Venecia») del Consejo de Europa proporcionan una lista no exhaustiva de principios que definen el sentido primordial del Estado de Derecho como un valor común de la UE con arreglo al citado art. 2 TUE. Entre tales principios se encuentran la independencia e imparcialidad de los tribunales; la tutela judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales y la igualdad ante la ley.

A partir del otoño de 2015, con la llegada al poder del partido Ley y Justicia (PiS), son constantes y progresivos los atentados al Estado de Derecho ocurridos en Polonia, y en concreto a la judicatura. Inicialmente el Tribunal Constitucional y posteriormente el Poder Judicial han sido sometidos al control de una fuerza política, hasta el punto de que ya no existe una separación entre el derecho y la política.

La crisis en el seno de la UE ha culminado con una decisión sin precedentes del Tribunal Constitucional polaco. Su sentencia de 7 de octubre de 2021 (asunto K 3/21)¹, entre otros pronunciamientos, declara que el derecho polaco prima sobre el Derecho de la Unión; que el art. 19 TUE (el compromiso con la tutela judicial efectiva y las competencias del TJUE) es contrario a la Constitución polaca; y que el TJUE carece de competencias para velar por la independencia judicial ni puede examinar el sistema jurisdiccional de Polonia. El alto tribunal polaco llegó hasta el punto de negar vigencia a preceptos básicos del Derecho de la Unión, estimando que la ley de adhesión fue contraria a la Constitución.

Dicha sentencia motivó una airada respuesta del Parlamento Europeo en la que muestra su profunda preocupación por la posibilidad de que sienta un peligroso precedente; subrayando además que el ilegítimo «Tribunal Constitucional» no solo carece de validez jurídica e independencia²,

1 <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>

2 La STEDH de 7.5.2021, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia, constató que el Tribunal Constitucional polaco está afectado por la ilegalidad en el nombramiento de, al menos, uno de sus jueces, y que no es tribunal conforme

sino que, además, no está cualificado para interpretar la Constitución en Polonia³.

La Comisión Europea, el Parlamento Europeo, la «Comisión de Venecia», el TJUE y el TEDH han constatado en sus informes y en numerosas sentencias que han dado lugar a una auténtica saga, violaciones graves y sistemáticas a la independencia judicial. Trataremos de hacernos eco de las más importantes.

II. El asalto al Tribunal Constitucional

En el año 2015 la sociedad polaca estaba muy polarizada. El gobierno de la Plataforma Cívica [Platforma Obywatelska (PO)], tras cinco años en el poder, se hallaba descabezado (su líder, Donald Tusk, es elegido presidente del Consejo de la UE) y con un fuerte desgaste electoral. Con una participación de la mitad del electorado, se celebraron el 25 de octubre de 2015 las elecciones generales en las que el partido Ley y Justicia [Prawo i Sprawiedliwość (PiS)] obtuvo con el 37,5% de los votos la mayoría absoluta de escaños en ambas cámaras parlamentarias, después de haber obtenido la presidencia de la República en unas previas elecciones ese mismo año.

Previamente, ante la previsible derrota electoral el gobierno de la PO reformó la Ley del Tribunal Constitucional el 25 de junio de 2015 para la designación de sus magistrados y, a las puertas de los comicios, el 8 de octubre, la cámara baja saliente designó a cinco personas para ser «nombradas» jueces del Tribunal Constitucional por el Presidente de la República. Tres de

ellas ocuparían puestos que habían quedado vacantes durante el mandato de la cámara baja saliente, mientras que las otras dos ocuparían puestos que quedaban vacantes en la nueva cámara baja dominada por el PiS.

Ninguno de esos magistrados designados por el anterior parlamento prestó juramento ante el Presidente de la República, por lo que técnicamente tales puestos estaban vacantes. En consecuencia, el nuevo parlamento el 19 de noviembre, mediante un procedimiento acelerado, modificó la Ley del Tribunal Constitucional, introduciendo la posibilidad de anular los nombramientos judiciales realizados en la anterior legislatura y de nombrar a cinco nuevos jueces. Dicho y hecho. Una semana más tarde, el parlamento aprobó una moción por la que se anulaban los cinco nombramientos de la legislatura anterior y el 2 de diciembre nombró a cinco nuevos magistrados. Esto es, no respetando los tres candidatos elegidos y cuyas vacantes se habían producido bajo el gobierno anterior de la PO.

El Tribunal Constitucional, involucrado en la disputa política al tener que valorar tanto la legalidad de los nombramientos de todos estos magistrados como la constitucionalidad de las leyes al amparo de las cuales habían sido designados, declaró en sentencias de 3 y 9 de diciembre de 2015, que el parlamento, en la anterior legislatura, estaba facultado para nombrar solamente a tres jueces que sustituyeran a aquellos cuyo mandato expiró el 6 de noviembre de 2015. El alto Tribunal también se refirió específicamente a la obligación del Presidente de la República de tomar juramento inmediatamente a los jueces elegidos por el parlamento.

Pese a estas sentencias, los tres jueces nombrados por el anterior parlamento no pudieron asumir sus cargos porque el

al artículo 6 CEDH (juicio justo) ni responde a los criterios de «tribunal establecido por la Ley».

³ Resolución del Parlamento Europeo, de 21.10.2021, sobre la crisis del Estado de Derecho en Polonia y la primacía del Derecho de la Unión (2021/2935(RSP)).

Presidente de la República no les tomó juramento, efectuándolo por el contrario a los cinco jueces nombrados por el nuevo parlamento y afines al PiS. El presidente del Tribunal Constitucional se negó a dar posesión a los tres magistrados ilegalmente designados, iniciándose con ello la confrontación.

La Comisión remite en diciembre de 2015 una comunicación al gobierno polaco pidiendo que se respetaran las resoluciones del Tribunal Constitucional y que se postergase la aprobación de la nueva legislación relativa al alto tribunal hasta que la «Comisión de Venecia» pudiese valorar los proyectos legislativos. Cuando el gobierno polaco siguió adelante y aprobó la referida legislación sin esperar al informe de la «Comisión de Venecia», la Comisión Europea invocó su “Marco del Estado de Derecho”. Polonia resultó ser el primer objetivo de este instrumento de supervisión en enero de 2016.

Desde sus primeros informes, la Comisión reprochaba al gobierno polaco los cambios en el nombramiento y mandato de los jueces y de la presidencia del Tribunal Constitucional, las destituciones de jueces ya nombrados, la negativa a cumplir las sentencias del Tribunal Constitucional –entonces independiente–, las leyes que modifican funcionamiento del tribunal y menoscaban la independencia de los jueces, la no publicación de sentencias del Tribunal Constitucional por orden del Gobierno.

Un dictamen de la «Comisión de Venecia» condenó la primera ley modificativa de la composición del Tribunal Constitucional, recordando que las democracias constitucionales requieren “checks and balances”⁴. Y el Parlamento

Europeo adoptó el 13 de abril de 2016 una Resolución en la que entre otras cosas instaba al gobierno polaco a publicar y ejecutar las sentencias del Tribunal Constitucional. Alentada por este apoyo, el 26 de abril, la Asamblea General del Tribunal Supremo de Polonia, integrada por todos sus magistrados, aprobó una resolución indicando que acreditaba que las sentencias del Tribunal Constitucional son válidas, aun cuando el gobierno polaco se niegue a publicarla en el Boletín Oficial.

Mientras tanto, la Comisión Europea se reunió en numerosas ocasiones con el gobierno polaco para persuadirle de que pusiera fin a la confrontación y cumpliera las resoluciones del Tribunal Constitucional. Como el gobierno se negó a rectificar, la Comisión aprobó en julio de 2016 una Recomendación⁵ señalando que Polonia se veía sujeta de hecho a “una amenaza sistémica al Estado de Derecho” que pueda convertirse en un “riesgo claro de violación grave”, e interesaba de Polonia una modificación de su curso. El gobierno polaco se negó a cumplirla y, en su lugar, continuó aprobando de modo acelerado una nueva legislación diseñada para menoscabar aún más el Tribunal Constitucional (Ley de 2 de agosto de 2016). El Parlamento Europeo aprobó una resolución crítica en septiembre⁶ y la «Comisión de Venecia» emitió en octubre otro informe sobre la nueva Ley del Tribunal Constitucional que “... obstaculizaría su labor, podría menoscabar su eficacia y socavaría su independencia, al sujetar su funcionamiento a un control ex-

4 Dictamen nº 833/2015 sobre las enmiendas a la Ley de 25 de junio de 2015 sobre el Tribunal Constitucional de Polonia [CDL-AD(2016)001].

5 Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016 relativa al Estado de Derecho en Polonia.

6 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre los últimos acontecimientos en Polonia y su incidencia en los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016/2774(RSP)).

cesivo por parte de los poderes legislativo y ejecutivo”⁷.

La confrontación del Tribunal Constitucional con el gobierno acabó a finales de 2016 con la terminación del mandato del presidente del tribunal, Andrzej Rzeplinski. Éste, apoyado por los otros jueces “legalmente” designados antes de 2015, había mantenido fuera del tribunal a los jueces elegidos por el nuevo parlamento sin una base jurídica válida, pero una vez que cesó en su cargo el tribunal fue rápidamente tomado por el gobierno. El Presidente de la República, al amparo de una norma aprobada, apresuradamente nombró a la jueza Julia Przyłębska, una de las elegidas por el nuevo parlamento, presidenta en funciones del Tribunal Constitucional, a pesar de que la normativa preexistente establecía que el vicepresidente debería presidir el proceso de elección del nuevo presidente. Y el 20 de diciembre de 2016 la presidenta interina permitió que los tres jueces “ilegales” asumieran sus funciones en el seno del tribunal y convocó una reunión plenaria, en la que sólo votaron los tres nombrados ilegalmente y otros tres nombrados por la actual mayoría gobernante, resultando finalmente elegida como presidenta del tribunal. Los ocho magistrados restantes se negaron a reconocer su autoridad para convocar el proceso de designación y lo boicotearon.

La Comisión Europea aprobó una segunda Recomendación⁸ señalando que el procedimiento de designación del nuevo presidente del tribunal “adolecía de vicios graves por lo que se refiere al Estado de

Derecho”, y “concluyó que seguía existiendo una amenaza sistémica para el Estado de Derecho en Polonia”.

Varias nuevas vacantes en el tribunal fueron manipuladas por la nueva presidenta mediante la atribución de efectos retroactivos a la impugnación por el gobierno de la legalidad de la designación de los tres magistrados no afines al gobierno, quienes fueron sustituidos antes de la expiración de sus mandatos en una jugada que permitió al PiS copar la mayoría del tribunal a finales de la primavera de 2017, cuando aún no habían transcurrido dos años de su llegada al poder.

A partir de ese momento el gobierno remitió al tribunal numerosas solicitudes para que legitimara sus actuaciones contrarias al Estado de Derecho. El tribunal declaró la inconstitucionalidad de la Ley reguladora del Consejo Judicial Nacional, y también anuló la Ley relativa al proceso de designación del presidente del Tribunal Supremo. Estas dos resoluciones abrieron el camino a la nueva legislación que aniquilaría la independencia de la judicatura.

Ante este panorama, la Comisión Europea implicó por primera vez al Consejo Europeo, que hasta entonces se había mantenido en silencio absoluto. En una reunión que tuvo lugar el 17 de mayo de 2017, el Consejo de Asuntos Generales respaldó en líneas generales las actuaciones de la Comisión Europea respecto de Polonia, pero no inició ninguna actuación propia. En su lugar, el Consejo Europeo respaldó la implicación de la Comisión en el “diálogo” con el gobierno de Polonia, diálogo que, hasta ese momento, no había resultado particularmente exitoso.

La Comisión Europea, al recomendar al Consejo Europeo la invocación del art. 7.1 TUE, como veremos en el epígrafe siguiente, realizó una valoración nefasta del estado de la independencia judicial en

7 Dictamen n° 860/2016, CDL-AD(2016)026 [«CDL-AD(2016)026»].

8 Recomendación (UE) 2017/146 de la comisión, de 21 de diciembre de 2016 sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374.

Polonia. La Comisión concluyó que, como consecuencia de la legislación aprobada en 2016 y los acontecimientos posteriores a la designación del presidente interino del Tribunal Constitucional, la independencia y legitimidad del Tribunal Constitucional habían resultado gravemente socavadas, y que la constitucionalidad de las leyes polacas ya no puede ser garantizada⁹.

III. La crisis de la independencia judicial

Tras la aniquilación de la independencia del Tribunal Constitucional, le tocó el turno al poder judicial. En el verano de 2017, el Parlamento polaco aprobó tres nuevas leyes diseñadas para garantizar la dependencia política de los tribunales. La primera de estas leyes, la de reforma del Consejo Nacional del Poder Judicial (CNJ), que según la Constitución debe salvaguardar la independencia judicial a la vez que competente para los nombramientos judiciales, posibilitaba su control político por el PiS mediante un nuevo sistema de designación de sus miembros. La segunda ley, del Tribunal Supremo, establecía, entre otras disposiciones, el cese y la jubilación forzosa de todos los jueces del Tribunal Supremo, salvo los indicados por el ministro de Justicia (que también es el fiscal general¹⁰), y, en su caso, el posible nombramiento de otros nuevos¹¹. Finalmente,

la tercera ley, de Organización de los Tribunales Ordinarios, permitía al ministro de Justicia cesar sin necesidad de motivación a todos los presidentes de tribunales, durante un período de seis meses a partir de la promulgación de la ley. Siguiendo la estrategia de Hungría para la toma del Poder Judicial, esta tercera ley también rebajó la edad de jubilación de los 67 a los 65 años, en el caso de los hombres, y a los 60, en el de las mujeres, en todos los tribunales inferiores al Tribunal Supremo, generando de este modo numerosas vacantes en puestos judiciales de alto rango que habrían de ser cubiertas por un CNJ recién renovado.

Sin embargo, ante las masivas manifestaciones ciudadanas y las reacciones críticas de la UE, el Presidente de la República vetó las dos primeras leyes y solo sancionó la tercera.

La Comisión Europea aprobó una tercera Recomendación¹² al amparo del “Marco del Estado de Derecho”, en la que consideraba preocupantes: la falta de un control constitucional por un tribunal independiente y legítimo; la adopción por el Parlamento de una nueva legislación referida al poder judicial que suscita graves dudas sobre la independencia judicial e incrementa significativamente la amenaza sistémica para el Estado de Derecho en Polonia¹³.

Aun así, el gobierno polaco se negó a ceder. Muchos jueces fueron cesados poco

9 Comisión Europea, Propuesta motivada de conformidad con el art. 7.1 TUE por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia, 20 de diciembre de 2017 COM (2017) 835 final 2017/0360(NLE).

10 El hecho de que el ministro de Justicia sea al mismo tiempo el fiscal general suscita especial preocupación por la facultad de dictar instrucciones en casos individuales y de trasladar a fiscales. En este sentido el Dictamen CDL-AD(2017)028 de la «Comisión de Venecia».

11 En el Dictamen “sobre determinadas disposiciones del proyecto de ley del Tribunal Supremo de Polonia, de 30 de agosto de 2017, la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE (OIDDH) llegó a

la conclusión de que la citada ley no respeta los criterios internacionales sobre la independencia del poder judicial.

12 Recomendación (UE) 2017/1520 de la Comisión, de 26 de julio de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 y (UE) 2017/146.

13 La Resolución 2188(2017), de 11 de octubre de 2017, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre las nuevas amenazas para el Estado de Derecho en los Estados miembros del Consejo de Europa, expresa su preocupación por la evolución registrada en Polonia, que pone en peligro el respeto del Estado de Derecho y, en particular, la independencia del poder judicial y el principio de separación de poderes.

después de que la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios entrara en vigor. Pero, como la ley sobre el CNJ había sido vetada y sus antiguos miembros continuaban en sus cargos, el gobierno retrasó los nombramientos para cubrir las vacantes hasta la designación de un nuevo CNJ que le fuera afín.

Conforme a la nueva ley sobre el CNJ, este órgano sería copado por jueces designados por el partido gobernante y su mayoría parlamentaria¹⁴. Los antiguos miembros del CNJ, cuyo mandato de cuatro años estaba garantizado por la Constitución, serían cesados inmediatamente sin respetar dicho mandato. Esta ley podría haber sido declarada inconstitucional, en la medida en que cesaba a los titulares de unos cargos judiciales cuyos mandatos estaban constitucionalmente asegurados, pero resultaba imposible con un Tribunal Constitucional controlado por el gobierno.

La nueva ley sobre el Tribunal Supremo no cesó a todos los magistrados, como hubiera hecho la ley vetada, pero en su lugar sujetó a todos ellos a una nueva edad de jubilación. Dada la carrera funcional de la mayoría de los jueces en Polonia, donde ascienden a puestos de mayor rango sólo por razón de su edad, la nueva edad de jubilación suponía el cese de casi el 40% de los magistrados del Tribunal Supremo. Era la misma estrategia empleada en Hungría y que el TJUE había declarada contraria al Derecho de la UE en materia de discriminación por razón de edad, viniendo el gobierno húngaro obligado por el TEDH¹⁵ únicamente a indemnizar a los jueces ce-

sados, pero manteniendo el control sobre la judicatura.

Conforme avanzaba la tramitación parlamentaria de estas nuevas leyes, diversos actores internacionales (El Relator Especial de las Naciones Unidas para la Independencia de los Jueces y los Abogados, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE, el Consejo de la Abogacía de Europa, la Red Europea de Consejos de Justicia y el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa) alertaron del golpe mortal que aquellas asestarían a la independencia judicial en Polonia. En noviembre el Parlamento Europeo aprobó otra resolución contra el ataque al Poder Judicial polaco¹⁶, y en diciembre la «Comisión de Venecia» emitió otro informe crítico sobre las nuevas leyes relativas al poder judicial¹⁷ que, sin embargo, fueron aprobadas sin modificación alguna por la Cámara de Diputados polaca el mismo día en el que se publicó el referido informe.

Finalmente, la Comisión Europea decidió el 20 de diciembre de 2017 presentar una propuesta de Decisión al Consejo Europeo para iniciar el procedimiento para constatar que existe “riesgo claro de violación grave” del Estado de Derecho en Polonia¹⁸.

El art. 7.1 TUE, concebido para situaciones excepcionales y singulares, “se ha revelado como un fiasco por la protección *inter se* entre el grupo organizado de los Estados populistas y sus aliados geopolíticos” pues “el Estado enjuiciado encuentra en otros posibles enjuiciados aliados que pueden vetar cualquier constatación y

14 El Dictamen del Comité Ejecutivo de la Red Europea de Consejos del Poder Judicial, de 13 de octubre de 2017, sobre el nuevo proyecto de ley del CNJ destacaba su incompatibilidad con los criterios europeos sobre tales órganos.

15 STEDH asunto Baka c. Hungría, de 23.6.2016.

16 Resolución de 15 de noviembre de 2017, sobre la situación del Estado de Derecho y de la democracia en Polonia [2017/2931 (RSP)].

17 Dictamen 904/2017 CDL(2017)035.

18 Supra nota 9.

sanción y hacer inservible esa tentativa de coerción federal”¹⁹.

En los meses siguientes, el Consejo Europeo se limitó a urgir a la Comisión para que continuara sus conversaciones con el gobierno polaco, mientras que la nueva legislación entraba en vigor.

La nueva ley sobre el Tribunal Supremo no solo permitía el cese prematuro de casi una tercera parte de sus jueces, sino que también creaba una nueva vía de impugnación judicial de las sentencias firmes y vinculantes dictadas previamente, el “recurso extraordinario”, que se residenciaría ante una nueva sala especial del Tribunal Supremo (la sala de control extraordinario y asuntos públicos). Este nuevo procedimiento permite la revisión de resoluciones dictadas por los tribunales polacos en las décadas transcurridas desde el fin del comunismo, a instancias del Fiscal General o del Defensor del Pueblo. En lo sucesivo, ninguna resolución judicial podría ser considerada firme.

También se aprobaron nuevos procedimientos disciplinarios respecto de los jueces. La nueva ley crea la figura del promotor especial de la acción disciplinaria, designado entre los jueces de cada tribunal directamente por el Presidente de la República para promover procedimientos contra jueces considerados responsables de infracciones disciplinarias. El ministro de Justicia puede informar al Presidente de la necesidad de designar un promotor de la acción disciplinaria. Los recursos contra las resoluciones recaídas en estos procedimientos disciplinarios son competencia de otra nueva sala del Tribunal Supremo (la sala disciplinaria).

Estas dos nuevas salas del Tribunal Supremo estarán integradas por nue-

vos jueces nombrados, a petición del recién formado CNJ, por la cámara baja del Parlamento (dominada por el PiS)²⁰.

El régimen disciplinario de los jueces, modificado en 2018, ha suscitado la preocupación de que carece de las salvaguardias adecuadas para defender la independencia judicial, debido al riesgo de que los jueces puedan ser sancionados por el contenido de las resoluciones judiciales, incluidas las relativas a solicitudes de decisiones prejudiciales al TJUE.

Ni siquiera mediante la “propuesta razonada al Consejo” emitida por la Comisión para poner en marcha el mecanismo del art. 7.1 TUE, el gobierno polaco pudo ser disuadido de sus desafíos legislativos. El 3 de julio de 2018, los 27 jueces a los que se impidió repentinamente continuar integrando el Tribunal Supremo, vieron finalizados sus mandatos a causa de la nueva legislación. La presidenta del Tribunal Supremo se negó a dejar su cargo, ya que sostuvo que la ley era inconstitucional. Casi una docena de jueces apoyaron su posición y se negaron a renunciar o a presentar una solicitud ante el ministro de Justicia para que se hiciera una excepción a la regla general y pudieran continuar en sus cargos. El resto se jubiló silenciosamente o solicitó al ministro de Justicia

19 Mangas Martín, Araceli, “Defensa del Estado de Derecho por la Unión Europea: La rebeldía de Polonia a la independencia judicial”. BOE Biblioteca jurídica, pág. 531.

20 Las SSTEDH de 22.7.2021, Reczkowicz c. Polonia; de 8.11.2021, Dolńska-Ficek y Ozimek c. Polonia; y de 3.2.2022, Advance Pharma c. Polonia; constataron por unanimidad que la sala disciplinaria, la sala de control extraordinario y asuntos públicos y la sala civil del Tribunal Supremo polaco no son «un tribunal independiente establecido por la ley» y, por tanto, que viola el art. 6.1 CEDH. En concreto, el TEDH considera que el procedimiento de nombramiento de los jueces de la sala de lo civil del Tribunal Supremo habría estado indebidamente influenciado por los poderes legislativo y ejecutivo, lo que habría dado lugar a una importante irregularidad, poniendo en compromiso la legitimidad del Tribunal. A raíz de la STJUE de 19.11.2019, A.K., C-585/18, C-624-18 y C-625/18, el Tribunal Supremo declaró, en tres sentencias, que la sala disciplinaria no era un tribunal independiente en el sentido del Derecho nacional y de la UE.

autorización para continuar en sus cargos. Finalmente, el Parlamento polaco aprobó una ley que permitía la elección más rápida de un nuevo presidente del Tribunal Supremo.

Todas estas reformas realizadas en sólo tres años tienen como resultado la toma del Tribunal Constitucional por el gobierno y el sometimiento de los jueces de los tribunales ordinarios al control de unos presidentes de designación política, con un procedimiento disciplinario draconiano y arbitrario gestionado por unos jueces supervisados por el PiS. Y todo esto sucede en un contexto en el que las resoluciones recaídas en las últimas décadas pueden ser revisadas, como consecuencia de una petición política, según los dictados del partido gobernante. “Aunque el memorándum del gobierno polaco explicando las razones de la reforma menciona la “descomunización” del sistema judicial polaco, algunos elementos de la reforma presentan un parecido sorprendente con las instituciones existentes en la Unión Soviética y sus satélites”²¹.

La Comisión decide explorar la vía contenciosa por incumplimiento de normas de los Tratados y derecho derivado, prevista en el art. 258 TFUE contra Polonia. A diferencia del art. 7 TUE, que es un sistema de control, reprobación y sanción ideado para situaciones político-jurídicas que no se sitúan en el ámbito competencial material de la UE, el procedimiento judicial del art. 258 TFUE se refiere a normas y actos de un Estado miembro que infrinjan una disposición normativa, concreta y sustantiva, de la UE.

Como señala Mangas Martín, “un giro de gran relevancia tuvo lugar a partir del fallo del TJUE en el asunto Associação

Sindical dos Juízes Portugueses”²². Un grupo de jueces de esta asociación profesional, intentando defender sus salarios de las medidas de austeridad gubernamentales, brindó la oportunidad al TJUE para encontrar una forma de salvaguardar el Estado de Derecho y la independencia del poder judicial en toda la UE²³.

Para el TJUE, el art. 19.1, párrafo 2º, TUE tiene por objeto garantizar la tutela judicial efectiva “con independencia de la situación en la que los Estados miembros aplican este Derecho, en el sentido del art. 51.1 de la Carta”; “atribuye el cometido de garantizar el control judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión no sólo al Tribunal de Justicia, sino también a los tribunales nacionales”; y reconoce que “si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su administración de justicia, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión y, de forma particular, el art. 19.1”.

“La noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones” y “que la tutela judicial efectiva es la expresión concreta del Estado

22 Op. cit. supra nota 17, pág. 531.

23 STJUE de 27.2.2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117. En la STJUE de 7.2.2019, Escribano Vindel y Ministerio de Justicia, C49/18, se suscitó un caso similar en el que un magistrado español impugnó la reducción de sus nóminas.

21 «Comisión de Venecia», supra nota 7.

de Derecho y la independencia es esencial para garantizar la tutela judicial”²⁴.

La STJUE de 24 de junio de 2019, Comisión c. Polonia, C619/18, ECLI:EU:C:2019:531²⁵; estimó que reducir la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo aplicando esta medida a los jueces en ejercicio nombrados antes del 3 de abril de 2018 y, por otra parte, al atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de ese Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación era un atentado a la inamovilidad e independencia judicial²⁶ que se deriva del art. 19.1 TFUE²⁷.

La STJUE de 19 de noviembre de 2019, A. K., C-585/18, en asuntos acumulados C-624/18 y C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982; sobre la base de una cuestión prejudicial del Tribunal Supremo polaco sobre la independencia e imparcialidad de la sala disciplinaria recién creada, desarrolla

²⁴ STJUE de 19.6.2006, Wilson, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587.

²⁵ Y con argumentos similares la STJUE de 5.11.2019, Comisión c. Polonia, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, sobre la edad de jubilación de los jueces ordinarios. Las autoridades polacas ya habían adoptado una modificación legislativa para eliminar la diferencia en la edad de jubilación obligatoria de los jueces varones y mujeres, y modificaron el régimen de prórroga del servicio activo de los jueces de los tribunales ordinarios.

²⁶ El TJUE, a petición de la Comisión, de forma cautelar, ordenó suspender la aplicación de las normas de jubilación y nuevos nombramientos [Auto de la Vicepresidente de 19.10.2018, C619/18 R]; confirmado por el Auto de 17.12.2018, C-619/18 R. El inicial Auto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional polaco el 14.7.2021, asunto 7/20, estimando incompatibles con la Constitución polaca los arts. 4.3 TUE (obligación de lealtad) y 279 TFUE (que permite ordenar medidas provisionales). Esta sentencia es una grave violación de las obligaciones asumidas por Polonia desde su adhesión a la UE.

²⁷ En el mismo sentido la «Comisión de Venecia», en su dictamen n° 904/2017 [CDL-AD(2017)031] apreció que esta ley de reforma contiene aspectos que pueden suscitar serias dudas en cuanto a que la reforma de la edad de jubilación de los jueces en ejercicio del Tribunal Supremo en la medida en que estuviera inspirada en la voluntad de apartar a un determinado grupo de jueces de ese Tribunal.

con gran profundidad el alcance de la independencia judicial, en particular a partir del apartado 121²⁸. El TJUE reconoce que «ni el art. 6 ni ninguna otra disposición del CEDH impone a los Estados un modelo constitucional determinado que rija de una manera u otra las relaciones y la interacción entre los diferentes poderes del Estado, ni tampoco los obliga a conformarse a una u otra noción constitucional teórica relativa a los límites admisibles de tal interacción». Hay que examinar en cada caso estas exigencias o la combinación de esos aspectos, como se eligieron o renovaron los altos tribunales o el mismo CNJ, la imposibilidad de recurso para los jueces cuando promocionan sin comprobación de error de derecho o manifiesto de apreciación, abuso o desviación de poder, los acortamientos de los mandatos judiciales, las prórrogas discrecionales, etc.

La independencia judicial es la garantía esencial del respeto del derecho a un juicio justo. El TJUE tiene en cuenta que el art. 19 compromete de forma explícita el deber de cada Estado miembro de garantizar que los tribunales cumplirán con los requisitos esenciales para la protección legal de la independencia. Por consiguiente, afirmó que dicha disposición es una concreción del valor Estado de Derecho del art. 2 TUE que queda anclada al art. 19 TUE y, por lo tanto, un instrumento para su operatividad.

La STJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Lowicz y otros, C558/18 y C563/18, ECLI:EU:C:2020:234 ha tenido que prevenir a las autoridades polacas respecto a prohibiciones o limitaciones o sanciones nacionales a sus jueces por plantear cues-

²⁸ La STJUE de 6.10.2021, W.Z., C487/19, ECLI:EU:C:2021:798, en una cuestión prejudicial, tuvo ocasión, de nuevo, para estimar que el traslado forzoso de un juez competente en un asunto atentaba contra la independencia judicial y su inamovilidad.

tiones prejudiciales al propio TJUE. Se da la circunstancia de que fue en un supuesto de cuestión prejudicial que, sin embargo, no fue admitida pero que aprovechó la ocasión para afirmar algo importante: «una norma de Derecho nacional no puede impedir que un órgano jurisdiccional nacional haga uso de dicha facultad, que es, en efecto, inherente al sistema de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el art. 267 TFUE...»; y ante los riesgos que corren los jueces por plantear prejudiciales, previene que aunque han sido rechazadas esas concretas peticiones judiciales «[...] no cabe admitir disposiciones nacionales de las que se desprenda que los jueces nacionales pueden verse expuestos a procedimientos disciplinarios por haber planteado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial».

La STJUE de 15 de julio de 2021, Comisión c. Polonia, C791/19, ECLI:EU:C:2021:596; constató que Polonia incumplió el artículo 19.1 TUE al no garantizar la independencia y la imparcialidad de la sala disciplinaria –solo con jueces de nueva designación del Tribunal Supremo–, al atribuir al presidente de la sala la facultad discrecional de designar al tribunal disciplinario caso por caso de modo que no se garantiza que conozca de tales asuntos el tribunal «establecido por la ley»; también por permitir que el contenido de las resoluciones judiciales pueda ser calificado como infracción disciplinaria.

La sala disciplinaria tenía capacidad para sancionar, destituir o trasladar contra su voluntad a cualquier juez²⁹. Los jueces

polacos podrían ser sometidos a sanciones disciplinarias por plantear cuestiones prejudiciales o mantener las planteadas, privando a los jueces nacionales de «una garantía inherente a su independencia», esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial previsto en el art. 267 TFUE. Una serie de actuaciones procesales no garantizaban el respeto del derecho de defensa de los propios jueces de los tribunales ordinarios que puedan haber sido inculcados.

La independencia de los tribunales nacionales resulta esencial para el funcionamiento de la cooperación judicial entre los Estados miembros de la UE, y, en particular, para el mecanismo de la cuestión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE. Como señala Mangas Martín³⁰, “el fondo de la argumentación del TJUE entronca con la vieja y sólida jurisprudencia Simmenthal³¹ sobre la calidad de los jueces nacionales como jueces del Derecho de la Unión, es decir, que son, al mismo tiempo, orgánicamente nacionales y órganos jurisdiccionales funcionalmente europeos y, en todas sus actuaciones procesales nacionales y europeas, deben hacer respetar las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico de la UE para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el art. 19.1 TUE”. Por ello, el TJUE actúa dentro de sus competencias cuando examina si los Estados miembros al legislar sobre la administración de justicia nacional respetan la independencia judicial, condición sine qua non para garantizar la tutela judicial efectiva consagrada por el art. 19.1 TUE³².

29 El TJUE ordenó a Polonia que suspendiera inmediatamente la aplicación de las disposiciones nacionales sobre las competencias de la sala disciplinaria en los asuntos disciplinarios que implican a jueces (Auto de la Gran Sala de 8.4.2020, C-791/19 R). A raíz de esta orden, la sala disciplinaria remitió una cuestión de Derecho al Tribunal Constitucional polaco, impugnando la constitucionalidad

de las disposiciones del Tratado en las que se basa la orden de medidas provisionales.

30 Op. cit. supra nota 17, pág. 533.

31 STJUE de 9.3.1078, C 106/77.

32 La STJUE de 16.11.2021, Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim, C-748/19 y C-754/19, ECLI:EU:C:2021:931; respondió en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal penal regional de Varsovia sobre la

A raíz de la aprobación por el Parlamento polaco, el 20 de diciembre de 2019, una ley que modificaba las leyes de organización de los tribunales ordinarios, los tribunales de lo contencioso-administrativo y el Tribunal Supremo («ley modificativa»), la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento en el que solicitaba al TJUE que declarase que el régimen establecido en esa ley infringe diversas disposiciones del Derecho de la Unión.

El nuevo régimen disciplinario y la citada Ley de 20 de diciembre de 2019 han llevado a los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros, en el contexto de la cooperación judicial en el seno de la UE, a cuestionar las garantías judiciales del sistema polaco³³.

La STJUE de 5 de junio de 2023, Comisión c. Polonia, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442

compatibilidad de la facultad del ministro de Justicia de conceder una comisión de servicios a un juez para ir temporalmente a su tribunal penal superior, sin criterios predeterminados y sin que tal decisión pueda ser objeto de control judicial, así como revocarla y sin motivar la revocación. Y declaró que «El Derecho de la Unión se opone al régimen vigente en Polonia, que permite que el ministro de Justicia, que es a la vez el fiscal general, adscriba a jueces a tribunales de lo penal superiores mediante comisiones de servicio a las que puede poner fin en cualquier momento sin tener que justificarse». Era evidente que las comisiones de servicios se pueden adoptar, pero deben tener garantías para evitar –como dijo el TJUE– que sean un «medio para controlar políticamente el contenido de las resoluciones judiciales, en particular en el ámbito penal» lo que afectaría también a la presunción de inocencia (en violación de la Carta de los Derechos Fundamentales y la Directiva 2016/343).

³³ Así, el 17 de febrero de 2020, el Tribunal Regional Superior de Karlsruhe suspendió la ejecución de una orden de detención europea en relación con un ciudadano polaco, lo que suscita preocupación sobre la posibilidad de garantizar su derecho a un juicio justo. Véase: OLG Karlsruhe, orden de 17 de febrero de 2020 – Aktenzeichen Ausl 301 AR 156/19. El 31 de julio de 2020, el Tribunal de Ámsterdam presentó una solicitud de decisión prejudicial en el contexto de la ejecución de una orden de detención europea dictada contra un ciudadano polaco, solicitando aclaraciones sobre sus obligaciones en virtud del Derecho de la UE, a la luz de los recientes cambios en el sistema judicial polaco. Véase: Rechtbank Amsterdam, orden de 31 de julio de 2020 – ECLI:N:RBAMS:2020:3776 y asunto C-354/20 PPU.

se reafirma en que los Estados miembros han de abstenerse de adoptar normas que menoscaben la independencia judicial, no pudiendo exonerarse invocando disposiciones o jurisprudencia internas, incluidas las de rango constitucional. También reitera su apreciación de que la sala disciplinaria del Tribunal Supremo no satisface la exigencia de independencia e imparcialidad. Deduce de ello que la mera perspectiva de que los jueces que tienen competencia para aplicar el Derecho de la Unión corran el riesgo de que dicho órgano pueda pronunciarse sobre cuestiones relativas a su estatuto y al ejercicio de sus funciones, en particular autorizando la incoación de diligencias penales contra ellos o su detención o dictando decisiones relativas a aspectos esenciales de los regímenes de Derecho laboral, de la seguridad social o de jubilación que les son aplicables, puede afectar a su independencia.

El TJUE considera que las disposiciones nacionales que obligan a los jueces a presentar una declaración escrita en la que indiquen su pertenencia a una asociación, fundación sin ánimo de lucro o partido político y que disponen la publicación en línea de esa información vulneran los derechos fundamentales de esos jueces a la protección de los datos personales y al respeto de la vida privada.

Tras la citada STJUE A.K., claramente incumplida sin disolver la sala disciplinaria, la Comisión volvió a demandar a Polonia solicitando medidas provisionales. Para la Comisión, al permitir tomar medidas disciplinarias contra jueces, es decir, iniciar un proceso penal o la detención «ante un órgano cuya independencia no está garantizada, crea un “efecto paralizador” para los jueces y puede afectar a su propia independencia».

El TJUE ordenó medidas cautelares ante la inejecución de esa sentencia (Auto de

la Vicepresidenta de 14 de julio de 2021, C-204/21 R), acordando suspender una serie de preceptos de la «ley modificativa» que violan la independencia judicial. Dicho Auto fue ratificado el 6 de octubre de 2021.

Ante el incumplimiento de las medidas cautelares en este procedimiento y la sentencia, el TJUE ordenó una multa diaria de 1.000.000 de euros (Auto del

Vicepresidente de 27 de octubre de 2021, C-204/21 R) que posteriormente fue reducida a la mitad.

Finalmente, en julio de 2022, el gobierno polaco eliminó la polémica sala disciplinaria del Tribunal Supremo, con el fin de liberar los fondos europeos del plan de recuperación, y la sustituyó por un organismo que asumirá sus funciones, la sala de responsabilidad profesional.



Se aprovechan.

Desastres de la guerra n.º 16, *Se aprovechan.*

Mercantilización de la universidad

Vera SACRISTÁN ADINOLFI

“No se trata de insertar la Universidad en el marco del Estado del Bienestar, tendencia que de algún modo ha estado presente en nuestra historia reciente; sino de integrar a la Universidad de manera más decidida en el tejido económico y productivo”

Círculo de Empresarios,
Una Universidad al servicio de la sociedad,
Madrid, 18/12/2007, pp. 5-6.

1. Unos datos históricos sobre el marco normativo

Hubo que esperar hasta 1983 para que se aprobara la Ley de Reforma Universitaria (LO 11/1983), conocida como LRU, que sentó las bases para la modernización de la universidad española asentando plantillas de profesorado a tiempo completo, renovando su docencia e impulsando una investigación que llevaba décadas de retraso respecto del entorno internacional.

De la mano de la LRU, sin embargo, se introdujeron en el sistema universitario español otras novedades de consecuencias significativas: la posibilidad de crear universidades privadas (hasta entonces, todas las universidades eran públicas salvo las cuatro universidades de la Iglesia Católica: Deusto, Pontificia de Comillas, Pontificia de Salamanca y Navarra), y la posibilidad de que el profesorado de las universidades públicas pudiera «contratar con entidades públicas y privadas, o con personas físicas, la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como el

desarrollo de cursos de especialización», actividades que se vieron estimuladas por el hecho de que el profesorado que intervenía en ellas pudiera cobrar sobresueldos por ello, sin perjuicio de realizarlas en su horario de trabajo.

Al cabo de pocos años, la mayor parte de las universidades públicas habían creado fundaciones o entes similares –que escapaban del sistema de gobierno previsto en la LRU para las universidades públicas– o establecido acuerdos con entidades privadas con el fin de canalizar las actividades vinculadas a contratos y a docencia no reglada de estudios no oficiales, ofrecida a precios privados. De este modo, el sistema universitario español no sólo entró en la modernidad, sino también en una lógica neoliberal de desregulación y mercantilización que posteriormente se ha ido acrecentando en gran manera, tal como intentaré mostrar en este artículo.

Casi veinte años más tarde, la Ley Orgánica 6/2001 (LOU) implicó cambios significativos para las universidades, pero con escasa transcendencia fuera ellas. Seis años más tarde, la Ley Orgánica 4/2007 (LOMLOU) se aprobó en un contexto que ya había cambiado radicalmente: las universidades privadas habían pasado de 4 a 24 (frente a las 50 públicas). Y la LOMLOU propició un cambio substancial: se substituyó el Catálogo de títulos universitarios oficiales por un Registro. Las consecuencias de este cambio se analizan más adelante.

El curso 2011-2012 se produjo un punto de inflexión para el sistema universitario público.

Por una parte, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público impidió a las universidades públicas reponer las plazas de profesorado que quedaban vacantes por jubilación o cualquier otro motivo. Esta medida fue acompañada por reducciones substanciales de la financiación pública de las universidades públicas, recortes que, dependiendo de las comunidades autónomas, entre 2009 y 2015 llegaron a alcanzar el 38,2% en términos reales, es decir, una vez descontada la inflación. En 2020, la financiación pública de las universidades públicas aún se mantenía un 31,2% por debajo de la de 2009 en Cataluña y un 28,2% en Madrid, por poner como ejemplos las dos comunidades con sistemas universitarios de mayor volumen.

Simultáneamente, el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo comportó la práctica liberalización de los precios públicos, con incrementos dispares por comunidades autónomas, que llegaron a alcanzar el 66,7% en un solo año, y situaron a España entre el grupo de países más caros del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (EEES).

En los años posteriores, se han producido nuevas modificaciones legales, entre las que cabe destacar el Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad, y la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU).

El RD 822/2021 orienta los estudios universitarios a una menor proporción de

contenidos y un mayor reconocimiento de créditos por prácticas externas, y consagra la existencia de títulos universitarios cortos y propios de las universidades (es decir, no oficiales), totalmente desregulados y sin control de calidad por parte de las agencias evaluadoras que verifican los títulos oficiales. Por su parte, la LOSU amplía esta posibilidad a las «microcredenciales» y los «micromódulos» sin tan siquiera ofrecer una somera descripción de en qué consistirán.

Ahora bien, la LOSU hace mucho más, pues también desregula la estructura interna de las universidades públicas, actualmente organizadas en facultades y escuelas, departamentos e institutos universitarios de investigación, así como los concursos que dan acceso a las plazas de profesorado (funcionario y laboral), da un ulterior impulso a la actividad universitaria orientada a las empresas y elimina algunas de las herramientas que hasta ahora habían resultado útiles a la hora de coordinar el sistema universitario público español como, por ejemplo, la potestad de la Conferencia General de Política Universitaria para fijar los límites a los precios públicos de matrícula.

Esta evolución legislativa ha contribuido a una progresiva mercantilización de la universidad en nuestro país, tal como se analiza a continuación.

2. Elementos clave del proceso de mercantilización

Tres son los fenómenos principales que caracterizan el proceso de mercantilización del sistema universitario español:

1. la implantación de universidades privadas y la progresiva transferencia de estudiantes hacia ellas;
2. la modificación de la orientación de los estudios universitarios iniciales para que, en vez de formar profesionales capa-

ces, críticos y con un largo recorrido potencial, formen para una ocupación concreta trabajadores y técnicos acrílicos;

3. la promoción de la investigación orientada hacia los productos comercializables de forma inmediata.

A continuación se analiza cómo se han producido y se siguen produciendo estos tres fenómenos.

3. Sobre la implantación de las universidades privadas y la progresiva transferencia de estudiantes hacia ellas

Desde los años 50 del siglo XX el estudiantado universitario en España se ha venido duplicando cada década hasta alcanzar 1.600.000 en el año 2000. Desde entonces, esta cifra oscila entre el 1.400.000 del momento álgido de la economía española (curso 2006-2007) y el 1.600.000 de los momentos de crisis económica (cursos 2011-2012 y 2021-2022). Es evidente que semejantes cifras resultan golosas para un mercado educativo potencial que, a finales del siglo XX, estaba ampliamente desarrollado en el resto de niveles educativos, pero no en el nivel universitario.

Así, desde el año 1998, no se ha creado ninguna universidad pública en España (en total existen 50, incluyendo una universidad especial, la UIMP, y una no presencial, la UNED), mientras que las privadas han pasado de 15 a 42. En el mismo período los estudiantes matriculados en universidades privadas han pasado de constituir el 5,0 % del total del estudiantado universitario al 22,9 %, configurando así un nuevo tipo de negocio en el que algunas universidades privadas se compran y se venden por parte de fondos de inversión más o menos especulativos.

Pero la realidad es que ninguna de las universidades privadas cumple a día de

hoy los requisitos mínimos establecidos en el Real Decreto 640/2021, de 27 de julio, de creación, reconocimiento y autorización de universidades y centros universitarios, y acreditación institucional de centros universitarios (véase Observatorio del Sistema Universitario, ¿A qué puede llamarse Universidad?, 2021). ¿Cómo es posible, pues, que su número crezca y que su estudiantado aumente? Diversos factores han contribuido a ello. Algunos son de carácter legal y otros tienen más que ver con la formación de la opinión pública.

Entre estos últimos, destacan determinadas campañas de desprestigio de la universidad pública (combinadas con innegables errores por parte de éstas), y la repetición incesante por parte de supuestos “expertos” de tópicos manifiestamente falsos que desincentivan el estudio.

Como pequeña muestra de las campañas llevadas a cabo en desprestigio de la universidad pública, me limitaré a traer a colación el caso de los presidentes de los consejos sociales de dos universidades públicas catalanas que, coincidiendo en el tiempo con el documento del Círculo de Empresarios cuya cita encabeza este texto, escribieron en sendos periódicos que «el problema es la resistencia de nuestro sistema universitario a entrar plenamente en el siglo XXI» (Ramon Folch, El lío de Bolonia, *El Periódico de Catalunya*, 05/12/2007, p. 7) o que «es una evidencia que tenemos un sistema universitario ineficiente, y que lo es básicamente por su estructura y su sistema de gestión» (Joaquim Coello, La universidad, esta gran oportunidad, *El Punt (Barcelona)*, 10/12/2007, p. 14). Para un análisis más detallado de este tipo de campañas véase A. Corominas y V. Sacristán, ¿Una campaña pro mercantilización de la universidad pública?, Sin Permiso, 30/03/2008.

Lo cierto es, por otra parte, que determinadas universidades públicas o, al me-

nos, algunos de sus miembros y algunas de sus estructuras, han aportado más que un granito de arena al desprestigio del conjunto del sistema universitario público español. Recuérdense, por ejemplo, los diversos escándalos asociados a la obtención fraudulenta de títulos de máster y al plagio de trabajos y tesis o, más recientemente, los casos de acoso laboral o la fraudulenta producción de publicaciones científicas como si de churros se tratara y, por añadidura, con falsas adscripciones de sus autores a universidades de otras latitudes, a cambio de dinero.

Resulta todavía más irritante, si cabe, por los efectos que pueda tener en los jóvenes y sus familias, la incesante repetición de (falsos) tópicos por parte de gurús educativos que suelen prodigarse en los medios de comunicación.

Por suerte, ya hace un tiempo que ha desaparecido la idea de la universidad como «fábrica de parados»: por lo visto, finalmente todos tenemos claro la falsedad de esta idea y, en todo caso, la realidad la desmiente: según los datos del INE correspondientes al primer cuatrimestre de 2023, la tasa de desempleo entre titulados superiores es del 7,9%, mientras que la de los titulados de secundaria es casi el doble (Bachillerato: 14,45%, Formación Profesional: 14,27%) y la de las personas con menos estudios es aún mayor. Cosa distinta es la valoración que uno pueda hacer de semejantes cifras, pues el desempleo en nuestro país es alto en comparación con nuestro entorno inmediato. Así, la tasa de desempleo de los titulados superiores en el conjunto de la Unión Europea es del 3,5%, es decir, menos de la mitad de la nuestra.

Sin embargo, el mito de la «fábrica de parados» ha sido substituido por el de la «sobre cualificación», según el cual España cuenta con un exceso de personas

tituladas en la universidad. La realidad es que, en vez de hablar de “sobre cualificación”, sería más correcto hablar de infra trabajos, pues entre la población joven de entre 25 y 34 años de edad, el porcentaje de titulados superiores no es en España muy distinto al de los países de nuestro entorno (España 48%, OCDE 47%, UE22 46%, fuente: OCDE). Lo que resulta realmente distinto es la estructura de puestos de trabajo de nuestro país: según Eurostat, España tiene un porcentaje alto de ocupaciones mecánicas o elementales (23% frente al 18% de la UE) y de servicios y ventas (32% frente 27%) y, en cambio, tenemos muchos menos puestos de trabajo de gerentes, profesionales y técnicos (34% frente al 42% de la UE).

Un mito más reciente es el que afirma que el conocimiento es accesible a cualquiera en la red y, además, cambia tan rápidamente que lo que se aprende hoy será inútil mañana. Según esto, no sería necesario adquirir conocimientos sino actitudes y aptitudes, es decir, competencias y, muy particularmente, «competencias transversales» como trabajar en equipo o hablar en público. Quienes defienden estas tesis evitan contarnos sobre qué trataría el trabajo en equipo o el discurso público, pero, sobre todo, confunden conocimiento con información, y no tienen presente que, a diferencia de los libros y textos académicos, la red está plagada de desinformación. Como ésta es igual de accesible que la información, conviene que las personas se formen suficientemente para poder distinguirlas. En cuanto a la caducidad del conocimiento, no hay más que recordar que muchas de las técnicas que hoy se aplican en la industria y los servicios, desde la criptografía para las transacciones económicas hasta el cálculo de estructuras para la construcción de puentes, se basan en conocimientos que tienen ya siglos.

Por otra parte, es cierto que con el andar de los tiempos cambian los oficios y las ocupaciones –no es nada nuevo: así ha sido a lo largo de la historia de la humanidad– pero justamente por eso conviene que la formación universitaria sea lo más sólida y amplia posible, para facilitar la adaptación al cambio por parte de todas las personas tituladas.

Todos estos discursos desincentivan el estudio. Por ello, tienen al menos dos consecuencias: para las familias con menos recursos económicos y culturales, ponen en cuestión la conveniencia de un esfuerzo como el que para ellas comporta tener una hija o un hijo en la universidad; para las familias con más recursos, incentivan la idea de que lo que más importa son los contactos y las relaciones que, típicamente, se establecen en determinados centros privados.

Entre los factores de carácter legal que facilitan el aumento del número de universidades privadas y de su número de estudiantes, destacan el incremento de precios públicos y la desaparición del Catálogo de títulos. El incremento de precios públicos ha contribuido a hacer que los precios de matrícula de las universidades privadas sean algo más competitivos. Téngase en cuenta que, a pesar de las reducciones de precios públicos llevadas a cabo los últimos tres cursos, estos siguen siendo, en términos reales, substancialmente más altos que a principios de siglo (véase Observatorio del Sistema Universitario, Precios públicos de matrícula: ¿ya está?, 2023) y se sitúan en la franja alta en el contexto europeo, de acuerdo con los datos que periódicamente publica la Comisión Europea.

La cuestión de los precios resulta particularmente inquietante, además, desde el punto de vista de la equidad, pues todos los estudios llevados a cabo en la última década indican que, a pesar de su progre-

siva democratización, el acceso a la universidad presenta un manifiesto sesgo social no sólo en cuanto al origen social de quienes acceden, sino también en lo que atañe a la elección de estudios. Altos precios públicos de matrícula en grado, penalización económica a la repetición de asignaturas y precios de matrícula de máster más caros que los de grado no pueden más que agravar estos sesgos.

El incremento de los precios públicos ha ido de la mano de la disminución de la financiación pública de las universidades públicas, que ha precarizado las plantillas de profesorado, aumentando su temporalidad y su dedicación a tiempo parcial (ibid. y también Observatorio del Sistema Universitario, Profesorado asociado: ¿experiencia profesional o precarización?, 2020) y generando un descontento y cierta desconfianza hacia las universidades públicas.

Por otra parte, la desaparición del Catálogo de títulos ha permitido a las universidades, y muy particularmente a las privadas con ánimo de lucro, ofrecer estudios de bajo coste y nombre atractivo, y de este modo desarrollar su oferta docente (a este respecto, véase Observatorio del Sistema Universitario, Grados universitarios: ¿cuántos y cuáles?, 2019).

4. Sobre la orientación de los estudios universitarios a los intereses inmediatos del mercado

Tal como se ha mencionado, en 2008 desaparece el Catálogo de títulos oficiales y es substituido por un Registro en el que cada universidad puede inscribir sus estudios como oficiales, tras un proceso de verificación por parte de una agencia de calidad.

Ello ha dado lugar desde entonces a una incesante proliferación de estudios universitarios oficiales, que han pasado

de 3.206 (entre diplomaturas, licenciaturas, ingenierías y arquitecturas) en el curso 2007-2008, a 8.251 (entre grados y másteres oficiales) en el curso 2022-2023. En particular, ha facilitado la apertura de mercado a las universidades privadas, cuya oferta oficial ha pasado de 708 a 2.433 títulos.

Ateniéndonos a los acuerdos en que se basa el EEES, así como con la legislación española, los estudios de grado deberían ser básicos y generalistas, para permitir una o más especializaciones posteriores (típicamente, vía máster) y, en todo caso, para facilitar una actividad profesional de largo recorrido. Pero la substitución del Catálogo por el Registro ha permitido la aparición de títulos de alcances conceptuales y temporales dudosos. Compárese, si no, el alcance de los grados en “Medicina” y en “Podología”, o la especialización de los grados en “Diseño” y en “Diseño y Desarrollo de Videojuegos”.

Asimismo, el cambio ha sembrado el desconcierto entre el estudiantado y sus familias a la hora de elegir sus estudios. Por poner solo un ejemplo, cuesta elegir entre los siguientes estudios de grado: Ciencia y Tecnología de los Alimentos, Ingeniería Agraria y Alimentaria, Ingeniería Agrícola y Agroalimentaria, Ingeniería Agroalimentaria, Ingeniería Agroalimentaria y Agroambiental, Ingeniería Agroalimentaria y de Sistemas Biológicos, Ingeniería Agroalimentaria y del Medio Rural, Ingeniería Alimentaria, Ingeniería de las Industrias Agrarias y Alimentarias, Ingeniería de las Industrias Agroalimentarias, Innovación de Procesos y Productos Alimentarios, Innovación y Seguridad Alimentaria, Tecnología de las Industrias Agrarias y Alimentarias, Tecnología e Innovación Alimentaria.

En este contexto, a la hora de elegir unos estudios que ofrezcan una formación amplia, sólida y con futuro resulta eviden-

te la importancia de disponer de un buen bagaje cultural familiar que oriente al estudiante en lo que ya se ha convertido en un mercado de oferta de grados.

En una ulterior vuelta de rosca, el RD 822/2021 ha venido a consagrar la reducción del aprendizaje de conocimientos en la universidad. Por una parte, porque pone todo el énfasis en la metodología docente frente a los contenidos y, por otra, porque incrementa el porcentaje de créditos cursados en estudios profesionales que se pueden reconocer como cursados en los estudios universitarios y establece la existencia de estudios universitarios duales de grado y de máster en los que los créditos “cursados” en empresas pueden llegar a constituir el 50 % del total de los estudios.

Y por si todo esto no bastara, en los últimos años se están abriendo las puertas a los estudios no reglados. Concretamente, la “Declaración de París”, esto es, el comunicado de la Conferencia Ministerial del EEES que tuvo lugar en París en 2018 contempló por primera vez la posibilidad de estudios universitarios de ciclo corto, es decir, de 2 años de duración, y la “Declaración de Roma”, última celebrada, apostó en 2020 por «recorridos de aprendizaje flexibles y abiertos» y «unidades de aprendizaje más pequeñas», incluyendo la posibilidad de que den lugar a «microcréditos». Estas dos iniciativas se han visto reflejadas tanto en el RD 822/2021, que consolida la existencia de estudios universitarios propios de cada universidad (es decir, no oficiales) y de estudios cortos, como en la LO 2/2023, que establece la posibilidad de «micro credenciales» y «micromódulos». Todos ellos son estudios totalmente desregulados y sin control de calidad por parte de las agencias externas.

En resumen, se vienen configurando unos estudios universitarios que tienden

a satisfacer las necesidades empresariales más inmediatas, pues 1) la formación se orienta cada vez más a los puestos de trabajo (para el ejercicio de una ocupación) que a la solidez y profundidad de los conocimientos (para el ejercicio de una profesión) y 2) los planes de estudio contemplan porcentajes cada vez más altos de prácticas (no necesariamente remuneradas).

Por otra parte, muchas de los cambios que se vienen produciendo juegan en contra de una mayor equidad, no sólo por la política de precios, o por la desregulación de los estudios y su consiguiente pérdida de garantías de calidad, sino también porque se está configurando un sistema que puede llevarnos a la segregación escolar universitaria, a semejanza de la que ya conocemos en el resto de niveles educativos.

5. Sobre la promoción de una investigación orientada hacia los productos de comercialización inmediata

La investigación debería tener como objetivo una ampliación del conocimiento, ya que ello abre nuevas posibilidades para mejorar la vida de las personas. Por consiguiente, es inexcusable que el conocimiento obtenido con el dinero público se ponga a disposición de toda la sociedad. Sin embargo, cada vez es mayor la insistencia en lo que ha venido en llamarse “transferencia de conocimiento”, que se concreta principalmente en el art. 60 de la LO 2/2023 en la forma de «contratos con personas físicas, universidades, o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, tecnológico, humanístico o artístico, así como para actividades específicas de formación» por los que la universidad presta un servicio a una empresa a cambio de una (generalmente escasa) compensación económica.

El impulso a estas iniciativas, sin embargo, debe medirse adecuadamente, pues no es conveniente condicionar la investigación a objetivos económicos inmediatos, abandonando la investigación no lucrativa, ni debe reducirse la investigación básica que es, a largo plazo, la fuente de la investigación más aplicada.

El mencionado impulso a la transferencia se está dando actualmente por dos vías: los programas de financiación de la investigación y los incentivos económicos al profesorado.

El programa europeo para la investigación y la innovación 2021-27, *Horizon Europe*, por ejemplo, prevé «apoyo a innovaciones [...] que puedan ser demasiado arriesgadas para la inversión privada», e incentiva los proyectos de investigación/innovación con partenariado empresarial.

Por su parte, en España se ha producido una reducción substancial de la financiación pública de los proyectos de investigación, de modo que los Presupuestos Generales del Estado para 2023, sin incluir los fondos europeos del “Mecanismo de Recuperación y Resiliencia”, les asignan un 0,28% del PIB, esto es, menos que en el año 2006 (0,30%).

En cuanto a los incentivos económicos al profesorado, ya hemos mencionado la posibilidad, abierta en 1983, de que el profesorado de las universidades públicas pueda «contratar con entidades públicas y privadas, o con personas físicas, la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como el desarrollo de cursos de especialización», y cobrar sobresueldos por ello, sin perjuicio de realizar estas actividades en su horario de trabajo.

A ello se añadió en 2018 la creación de unos nuevos complementos retributivos, los “sexenios de transferencia”, que el profesorado puede obtener tras una evaluación de su actividad de transferencia

del conocimiento e innovación, por parte de las agencias de calidad, con lo que la actividad de transferencia, a diferencia de la docente o la investigadora, se puede ver doblemente retribuida.

En estas circunstancias, es fácil imaginar las consecuencias que todo ello está teniendo en la actitud del profesorado universitario hacia la docencia o hacia la investigación no rentabilizable económicamente.

Desgraciadamente, la LOSU no sólo no ha venido a reequilibrar la situación, sino que ha dado carta de naturaleza al estado actual de cosas con la siguiente definición: «La investigación que realizan las universidades constituye una actividad económica [...]». Sorprendentemente, dicha definición se recoge no ya en su Título IV, sobre «Investigación y transferencia e intercambio del conocimiento e innovación», sino en el Capítulo III del Título IX, dedicado al «Régimen económico y financiero de las universidades públicas» (art. 58 LO 2/2023).

No podría cerrar este apartado sin mencionar otro aspecto de la mercantilización de la investigación científica que, aunque de carácter distinto, está teniendo efectos, a mi entender demoledores, sobre la salud de nuestras universidades y, en general, sobre la ciencia y el avance del conocimiento. Se trata de los métodos de evaluación de la investigación. Siguiendo la lógica cuantificadora de los “procesos de calidad”, hace años que se implantó un sistema que no consiste en valorar la calidad de la investigación por pares (esto es, evaluación hecha por otras personas expertas en la materia que leen y analizan el trabajo que una persona o un grupo de investigación ha llevado a cabo y lo debaten públicamente con ellas) sino a través de indicadores secundarios que fundamentalmente consisten en cuantifi-

car el número de trabajos publicados de cada persona o grupo y asociar a cada trabajo un valor en función del número de citas que obtiene la revista científica en que se publicó. Puesto que estos son los criterios con los que el personal docente e investigador es evaluado y accede a promociones y complementos de productividad, este sistema de evaluación –que en origen contribuyó a impulsar la investigación científica en nuestro país– es hoy causa de una desgraciada perversión de la investigación, que ya no se orienta más que a la multiplicación de las publicaciones en revistas bien situadas en los *rankings* de citas, y que incluso ha acabado dando pie a argucias como la multifirma de artículos científicos o el intercambio de firmas y citas.

6. A modo de conclusión

El proceso que está viviendo la universidad española no es nuevo ni es distinto del que han sufrido otros sectores públicos como la enseñanza no universitaria o la sanidad: por un lado, una creciente desinversión pública ha conllevado precarización y desprestigio; por otra, el aumento del copago y otros cambios normativos han facilitado su mercantilización en dos direcciones complementarias: facilitar el crecimiento de las universidades privadas y orientar la actividad académica docente e investigadora de las universidades públicas hacia el mercado más inmediato.

Las universidades públicas y el conjunto de su profesorado han contribuido a ello tanto pasiva como activamente. Pasivamente, en la medida en que han aceptado los recortes de financiación sin oponer resistencia salvo en casos honrosos pero muy minoritarios, y han adoptado sin la menor actitud crítica las orientaciones a la moda que menosprecian el conocimiento,

la exaltación de la innovación docente (entendida como cambio metodológico, sin relación con los contenidos) y el papanatismo tecnológico según el cual todo está en la red y no es necesario saber nada. Activamente, en cuanto han promovido fundaciones y entidades externas, ajenas al sistema de gobierno y de control que rige en el seno de las universidades públicas, para gestionar con mayor “libertad y flexibilidad” los convenios y contratos con empresas y otras entidades, o la formación no reglada. Hasta el punto de que a día de hoy existen títulos propios de universidades públicas que son impartidos por personas que no forman parte del personal docente e investigador de las universidades y de las que no consta que hayan superado ningún proceso de selección con garantías. O incluso que algunas universidades públicas han llegado a crear centros docentes externos a la universidad (para ser claros: centros con NIF propio, pero propiedad de la universidad) que posteriormente han adscrito a su universidad, y desde los

cuales imparten titulaciones oficiales que, si se impartieran desde una facultad o escuela de la universidad, deberían ofrecerse a precios públicos pero, al impartirse en un centro adscrito, la universidad ofrece a precios privados.

El resultado es un incremento de la inequidad en el acceso a la universidad y una cada vez menor incidencia de las universidades en la sociedad como instituciones críticas y proponedoras de soluciones a los problemas que esta enfrenta.

La nueva LO 2/2023 contiene algunos elementos secundarios positivos –quizás más declarativos que efectivos– que no ha habido lugar a comentar en este artículo pero, lejos de contribuir a la resolución de los grandes problemas de la universidad aquí señalados, puede incluso agravar algunos de ellos, pues da pie a una mayor confusión en la oferta de títulos, hace más énfasis en la orientación competencial y empresarial de la docencia, promueve ulteriormente la transferencia y, finalmente, renuncia a fijar límites a los precios públi-



Ni por esas.

Desastres de la guerra n.º 11, *Ni por esas.*

cos, no se plantea un objetivo ambicioso de financiación y promueve la desintegración del sistema universitario que, al ceder la Ley a las comunidades autónomas y a las

propias universidades aspectos esenciales de la regulación, pierde así buena parte de las garantías de calidad mínima que ofrecía hasta ahora.

Los amnésicos, breves notas acerca del peligro de la indiferencia*

Amaya OLIVAS DÍAZ

Disfruté de la lectura de este ensayo gracias al regalo de mi amigo Jorge Guillén, uno de nuestros más queridos maestros, magistrado comprometido *en serio* con el Derecho Social y por encima de todo, un referente de vida.

1. Introducción

“Creyendo que ceder en las pequeñas cosas no tiene consecuencias, todo acaba por acumularse, una ramita tras otra, un compromiso tras otro. Es fácil encontrarse en el cruce de caminos entre el bien y el mal. Se acepta, se acepta. Se cede a uno mismo. Se olvida el hombre que se ha ido, el hombre que debería ser. Uno se considera espectador cuando ya es un protagonista. Y, de manera natural, se acepta lo irreparable”.

Klarsfeld, abogado

La autora de “Los amnésicos”, Gèraldine Schwarz, indaga en los orígenes de su familia, germano francesa, para estudiar las cruentas consecuencias de la vida bajo el régimen del Tercer Reich. La miríada de referencias históricas, filosóficas y culturales hacen de su lectura un texto ameno y riguroso.

* *Los amnésicos. Historia de una familia europea*. G. Schwarz. Ed. Tusquets, 2021.

La cita que introduce este primer apartado pertenece al abogado que dirigió la acusación contra Papon, secretario general de la Gironda durante el régimen de Vichy, responsable de la deportación, entre otros, de 1690 judíos de Burdeos al campo de Drancy, entre ellos 130 niños menores de 13 años.

En 1981, Papon era Ministro de Presupuestos, y, en 1998, fue condenado a diez años de reclusión por complicidad en crímenes contra la humanidad. Según él, nunca supo nada acerca de la terrible “solución final”.

Encontramos un sinfín de ejemplos de varios gobernantes implicados en gravísimos delitos que acabaron siendo juzgados, muchas veces por la constancia histórica de juristas brillantes como Friz Bauer o colectivos memorialistas. Sin embargo, lo que llama la atención es que, en su gran mayoría, los criminales no asumieron ninguna responsabilidad ética o moral. Al contrario, vivieron estos procesos como una auténtica inversión de los papeles entre verdugos y víctimas.

Sin lugar a dudas, un escalofriante ejemplo de ello fue el juicio de Franz Murer, en 1963. Gracias a la insistencia de Simon

Wiesenthal, un judío austriaco superviviente del Holocausto que dedicó el resto de su vida a luchar contra la impunidad de los nazis, se descubrió la implicación de aquel SS en la masacre de casi todos los 80.000 ciudadanos judíos de Vilnius, en Lituania, entre 1941 y 1943.

A pesar de ello, el ambiente en el juicio oral fue terriblemente violento, dada la gran afluencia de un público increíblemente hostil contra los testigos de los crímenes, que proclamaban consignas antisemitas, y entre los que se encontraba un hombre levantado para hacer el saludo hitleriano.

Christian Frosch, director del documental basado en tal proceso, constata con rigor la elevadísima aceptación en Austria de las ideas nacionalsocialistas, como prueba la vil existencia del campo de Mauthausen, a donde se deportaron 19000 detenidos de varias nacionalidades (opositores, civiles y prisioneros de guerra). La mitad de ellos perecieron en inhumanas condiciones. En el campo se instauró un “burdel” donde se violaba a las mujeres durante todo el día y los detenidos servían de cobayas para experimentos médicos.

En una cámara de gas instalada en el castillo de Hartheim, fallecieron 18000 personas consideradas “anormales”, en el marco de la Aktion T4. Cuando Hitler suprimió este “programa” en Alemania, como consecuencia de las protestas, en Austria se continuó matando. Desde 1941, hasta el final de la guerra, fueron asesinadas en tal lugar 12000 personas. En Viena se instauró un centro en el que 800 niños considerados discapacitados murieron en el marco de experimentos médicos.

Como refiere Frosch, los colaboradores fueron tan numerosos que se decía: “Si todos son culpables, entonces nadie es culpable”. Antes del estreno de la película en el 2018, casi nadie conocía a Murer en Austria.

2. Los *mitläufer*

“El fascismo sigue dormitando en nosotros. Siempre existe el peligro de la educación, de una educación católica que solo conduce a un objetivo: conducir al ser humano a una dependencia moral, reducir su integridad, quitarle todo el sentimiento de responsabilidad para mantenerlo en una inmadurez que nunca se acaba”.

Federico Fellini

El concepto de los *mitläufer* es, a nuestro juicio, una de las *ideas fuerza* que atraviesa el profundo sustento del totalitarismo que invadió Europa a principios de los años 30.

El término puede ser definido como “personas que siguen la corriente”. Mayorías de poblaciones que, no solo en Alemania, sino también en Francia, Italia o Austria, apoyaron sin fisuras las condiciones necesarias para el desarrollo de los peores crímenes de Estado organizados que la humanidad haya creado jamás.

Más allá de su traducción literal, el concepto fue introducido al final de la guerra cuando los americanos, franceses, británicos y soviéticos dividieron en zonas de ocupación el país alemán, estableciendo zonas de ocupación, con el compromiso respectivo de desnazificación y abriéndose a colaborar para investigar los crímenes acaecidos.

Los *mitläufer* eran considerados, dentro de los cuatro grados de implicación establecidos, como aquella parte de la ciudadanía que “solo había participado nominalmente en el Partido nacionalsocialista, pagando las cuotas y participando en las reuniones obligatorias”. Si el Reich contaba con 69 millones de habitantes, se calcula que el número de afiliados superaban los 8 millones, pero también un considerable porcentaje de ciudadanos militaban en organizaciones antisemitas, y

otros muchos aclamaban el régimen, aún sin adherirse a una de ellas.

La autora reflexiona sobre sus propios abuelos paternos, ejemplo más que esclarescedor al respecto. La familia ocupaba un apartamento de tres habitaciones que milagrosamente se salvó de los bombardeos, en Mannheim. Ciudad tradicionalmente representada por el partido socialdemócrata y con una fuerte representación del Partido Comunista, en 1932, tras la grave crisis económica, el partido nazi se convirtió en la primera fuerza política de la ciudad.

Muchos años después, el padre de Geraldine confronta su propia memoria de la niñez. Realmente, ¿existían en 1933 todos esos bellísimos muebles que observa después de la guerra? ¿O acaso fue el fruto despiadado del expolio de los bienes de las familias expulsadas de sus hogares?

La duda adquiere magnitud al constatar una terrible claudicación. La empresa petrolífera del Opa (abuelo) creció en importancia durante la época de la arianización, al haber adquirido a precio de ganga la empresa de dos hermanos judíos, los Löbmann, y de su cuñado, Werthemier, en 1938. El año del inexorable descenso a los infiernos de Alemania, como describe la autora.

Efectivamente la llegada del partido nazi supuso una radical transformación de la comunidad. Propaganda antisemita, funcionarios despedidos a millares sin causa. Expulsión de su Cámara de comercio, llamamiento a boicots diarios contra sus negocios, difusión de falsos rumores, etc. El delirio patriótico escondía en muchas de las veces la propia ambición personal por ascender en una carrera académica o en deshacerse de competidores en el mundo económico.

No podemos tampoco evitar hablar de la discriminación creciente: prohibición de acceder a la vida civil, como cines, bailes, teatros o piscinas...Las leyes raciales de

Núremberg redujeron a los judíos a ciudadanos de segunda clase y a un proceso material de exclusión de la comunidad.

La población judía se vio sometida a un proceso de pseudo expropiación, al verse obligada a registrar todas sus pertenencias, de un lado, y sufrir la reducción drástica de las cuotas de compra de materia prima, lo que, para las empresas petrolíferas, como es el caso, era un camino directo a la bancarrota. Por otro lado, el régimen imposibilitaba cada vez más el acceso a un visado, el aumento sobre la transferencia de las divisas o la obligación de entregar el 25 % de sus fortunas o ingresos al emigrar.

Esta situación de asfixia, unida al hecho de que la mayoría de la comunidad estaba estrechamente vinculada al territorio y se aferraba a las cada vez menores muestras de solidaridad de sus vecinos, hizo que la salida hacia el extranjero fuera mucho menor de lo que se hubiera pensado, visto con los ojos de nuestro tiempo.

No cabe tampoco olvidar la absoluta falta de solidaridad de las potencias internacionales. Tras la trágica Noche de los Cristales Rotos y las noticias certeras acerca de las persecuciones masivas, se celebró la Conferencia de Évian, en la que se decidió el rechazo a la acogida de refugiados. Excepciones aisladas como el traslado a Gran Bretaña de 10000 criaturas judías, salvaron la vida de Lotte, la pequeña sobrina de los Werthemier.

El resto de los miembros de las familias Löbmann y Werthemier sufrieron la expulsión de sus hogares. Fueron trasladados por la fuerza policial al campo de Gurs, administrado por el régimen de Vichy, donde miles de personas morirían por las condiciones insalubres del mismo. Obligados a hacinarse en otros centros de internamiento, destacando por su crueldad el de Drancy, o dejándose morir en hospitales o pensiones improvisadas. Muchos de ellos

fueron enviados hacia Auschwitz, siendo gaseados nada más llegar.

La responsabilidad del jefe de la Gestapo, el carnicero de Lyon, Klaus Barbie, fue innegable en todas estas atrocidades.

Julius Löbmann consiguió escapar de su reclusión en un grupo de trabajos forzados y pudo finalmente emigrar a Chicago al concluir la II Guerra Mundial.

Todos sus familiares habían sido exterminados.

3. La negación

“Lo que me molesta no es que hayáis levantado el brazo, porque, quién sabe, quizás yo lo habría hecho también, por entusiasmo, por cobardía. Lo que me molesta es que, incluso después de la revelación de que este régimen cometió los peores crímenes que cabe imaginar, sigáis sin condenarlo realmente”.

Volker Schwarz, padre de la autora, interpela a sus padres.

En el año 1945, Löbmann se encontró en un país desconocido, exhausto tras la indagación acerca de la vida o muerte de los suyos, y, como el resto de la comunidad judía, desprovisto de bienes, debido al pillaje efectuado por el Tercer Reich.

Ello no obstante, el anuncio del final de la Guerra debió darle algo de esperanza, que sin embargo se vio truncada al salir publicadas las imágenes de los campos de exterminio en los medios de comunicación americanos que mostraban a miles de muertos vivientes en medio de montañas de cadáveres. No le quedaban huellas de sus seres queridos ni posibilidad alguna de recuperar sus bienes, de los que los nazis se habían apoderado en el puerto de Rotterdam, a la espera de ser enviados a sus propietarios de Ultramar.

Sería tres años después, en 1948, cuando Löbmann toma contacto con el aboga-

do Rebstein-Metzger, que pretende aplicar la Ley sobre la Restitución, aprobada en la zona de ocupación americana: todos los bienes que habían sido saqueados o vendidos a la fuerza debían ser restituidos a sus propietarios o herederos. Se permitía así cuestionar todas las transferencias de patrimonio realizadas después de las leyes de Núremberg a partir de 1935.

Es aquí cuando llegamos a una de las cuestiones esenciales que afronta el ensayo. Las sofisticadas y estudiadísimas técnicas de propaganda ejercitadas por el III Reich convencieron a un gran número de ciudadanos de que las transacciones efectuadas habían sido completamente legales. En el caso del Opa de la autora, compró la empresa de los Löbmann y Werthemier luego de haber comprobado su inscripción en el registro público de comercios judíos en venta, pagando el precio de mercado establecido y en el marco de un contrato validado por las autoridades. Pura legalidad.

¿Cómo no ser consciente del abuso manifiesto de poder y desposesión que significaba ese acto? ¿Cómo hablar de la libertad del trato entre las partes cuando una de ellas estaba absolutamente oprimida y obligada a aceptar lo impuesto por la otra? ¿Acaso un comerciante con su experiencia no conocía la importancia del valor inmaterial de la empresa (clientela, servicio, marca, producto, fama o reputación)?

El abogado de Löbmann comenzó a dirigir escritos a Karl S. para solicitarle, en su nombre, que procediera a cumplir las leyes de reparación y abonarle en consecuencia el precio no abonado en su momento. Karl reaccionó sorprendido, convencido de haber actuado de forma justa, sin asumir en absoluto la crueldad de la situación y el hecho de que cualquier operación comercial obediente a un régimen manifiestamente ilegal debía considerarse nula.

Resulta estremecedora la carta que Karl. S. luego de varios correos infructuosos con el abogado, decide enviar directamente a Löbmann. Reitera su sorpresa ante la reclamación, recordando la cordialidad que existía entre ellos, y equiparando por completo la situación de las dos familias. Llega a preguntarle si “las tuyas perecieron”, y utiliza expresiones como “ahora todos debemos sufrir por ello”, o “siempre ocurre alguna cosa”.

¿Puede, verdaderamente, describirse un genocidio como *una cosa que siempre ocurre*, y con la propia aquiescencia al respecto?

La autora cita un libro impresionante de dos psicoanalistas, los Mitscherlinch, referido al comportamiento de la inmensa población traumatizada en Alemania, no como consecuencia de los crímenes, sino como reacción a la pérdida de la figura de Hitler, “autoridad idealizada que transmitía una sensación de omnipotencia. Su pérdida devino en una desvalorización del que era su salvador y como consecuencia de ello, la pérdida de un objeto narcisista y una devaluación del yo”.

No sabemos si ello fue lo que le ocurrió al Opa, aunque, ciertamente, existía una viva sensación de nostalgia del régimen en todos aquellos sectores que vivieron de forma acomodada bajo su mandato. La Opa, abuela de la autora, recordaba viajes organizados a precios privilegiados y añoraba la sensación de orden y respetabilidad existente.

Que se llevaran por la fuerza a los seres queridos del vecindario no parecía importarle tanto.

4. La banalidad del mal

“Yo también soy culpable. Porque no bajé a la calle y no grité cuando vi que se llevaban a los judíos en masa, no me puse la

estrella amarilla para decir: ¡Yo también! No podemos decir: yo todavía no había nacido, esta herencia no me afecta”.

1965, Parlamento alemán. Un socialdemócrata convencido por Augstein y Jaspers

Efectivamente, muchas de las personas a las que se pidió la reparación reaccionaron haciendo valer sus propias dificultades, desgracias, estado de salud, etc.

En un viaje a Alemania desde 1949 a 1950, Hanna Arendt, una de las más brillantes filósofas del siglo XX, exiliada a Estados Unidos, se quedó consternada ante aquella población invadida por la falta de sensibilidad. Era difícil en su opinión decir si se trataba de “una negación intencionada a hacer el duelo o de la expresión de una incapacidad real de sentimientos”.

Merece la pena detenernos ahora en la figura de Fritz Bauer, nacido en 1903 en Stuttgart, en el seno de una familia judía, socialdemócrata convencido, que perdió su condición de juez y fiscal como consecuencia de las leyes nazis. Fue internado en un campo de concentración, exiliado y deportado. Consiguió volver a Alemania tras el final del régimen y continuó su carrera con un conmovedor sentido de la dignidad humana.

En 1956, fue nombrado Fiscal General del Estado Federal de Hesse y comenzó la investigación sobre las atrocidades cometidas, ante la clara oposición del Gobierno y de buena parte de la carrera judicial. No podemos olvidar que muchos de sus componentes habían colaborado ampliamente con el Reich y que, incluso los apartados en la época de la rehabilitación de Alemania, fueron nuevamente incorporados a sus puestos.

La obra de Bauer sirvió para la reconstrucción de una justicia democrática, para una persecución penal coherente de las injusticias nazis y para la reforma del derecho penal.

Los procesos de Auschwitz (1963–1981) nunca se habrían llevado a cabo sin el incansable esfuerzo de Bauer. Si bien la mayoría de los inculpados solo pudieron ser juzgados como cómplices de asesinato y resultaron condenados a unos pocos años de cárcel, amplias capas de la sociedad rechazaron los procesos. Pero es mérito de Bauer, a través de dichos procesos, el haber introducido e impulsado a partir de mediados de la década de 1960 la discusión pública sobre el Holocausto.

Destaca por su importancia y para lo que aquí analizamos el caso Eichmann.

En 1959, Bauer consiguió que la Corte Federal de Justicia trasladara la «investigación y la decisión» de la materia penal relacionada con el campo de concentración de Auschwitz al tribunal provincial de Fráncfort. Siguiendo las instrucciones de Bauer, la fiscalía local inició una investigación contra los miembros y dirigentes de las SS del campo de concentración y exterminio de Auschwitz. El primero de los en Alemania Occidental, «materia penal contra Mulka et al.», se inició finalmente contra veintidós acusados ante el tribunal provincial de Fráncfort en diciembre de 1963.

Fritz Bauer informó al servicio secreto israelí, el Mosad, sobre la dirección de Adolf Eichmann en Argentina, después de que consiguiese la información a través del ex-presos de campo de concentración Lothar Hermann, que vivía en Argentina. Bauer desconfiaba de la justicia y la policía alemana (temía que desde esas instituciones se previniese a Eichmann) y enseguida se dirigió directamente a las autoridades de Israel.

Como contexto de esta acción, hay que saber que la solicitud de Bauer pidiendo al gobierno federal que solicitase la extradición de Eichmann había sido inmediatamente rechazada. La información de Bauer

fue el impulso decisivo para la captura de Eichmann. Eichmann fue juzgado en Israel, siendo finalmente condenado a muerte.

La película Hanna Arendt¹ aborda la crónica que la misma hizo para el periódico New Yorker y las reacciones furibundas en su contra dado el análisis que realizó al respecto y que la enajenó el apoyo de la comunidad liberal judía de EE.UU.

Su libro motivó una agria polémica con Scholem y otros autores judíos. Esta polémica se debió principalmente a tres cosas. En primer lugar, a la caracterización que Arendt hizo de la figura de Eichmann, sobre todo al escribir que «era evidente para todos que éste no era un monstruo, sino más bien un *clown* incapaz de pensar». En segundo lugar, a la alusión que hay en el libro a la falta de resistencia (e incluso a la colaboración) de los judíos a su propio exterminio. Y, en tercer lugar, a la idea arendtiana de la «trivialización del mal» como rasgo sustancial del Holocausto.

Para una mayor reflexión sobre este concepto, desde un plano filosófico, podemos consultar el brillante texto de Paco Fernández Buey al respecto: <https://espaimarx.net/?p=13783>.

5. De las claudicaciones como barbarie, conclusiones

J.A. González Sainz reflexionó en su obra *La vida pequeña*²: acerca de un texto de Dietrich Bonhoeffer, pastor, luchador incansable contra los nazis. Fue detenido por la Gestapo, torturado y ejecutado. En la Navidad de 1942, le dieron una muerte cruel.

Refiere el autor:

“Alguien nos asigna a cada uno un puesto de combate y vigilancia, un deber

¹ [https://es.wikipedia.org/wiki/Hannah_Arendt_\(pel%C3%ADcula\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Hannah_Arendt_(pel%C3%ADcula))

² *La vida pequeña*. (El arte de la fuga). Barcelona, 2021. (Anagrama). Pág.152.

y una responsabilidad “respecto a la totalidad” que nos atañe a cada uno en exclusiva, y en relación con el cual, una claudicación por nuestra parte puede acarrear culpa. Culpa, deber, dique, totalidad: son palabras mayores, palabras de un hombre que, a mayores, es decir en los hechos más drásticos, se mantuvo firme ante una de las mayores claudicaciones humanas de la historia, el régimen nazi. Pero las mayores claudicaciones comienzan siempre por claudicaciones menudas, por cada una de las pequeñas claudicaciones y abandonos de cada uno en su lugar”

Algo que caracteriza el régimen nazi, o quizás cualquier sistema totalitario con sus propias singularidades, es el *doble filo*, concepto que puede definir cualquier relación de maltrato. Por un lado, el dominante ejerce una fascinación sobre el dominado que queda preso de la seducción ejercida, y, por otro lado, se siente paralizado por el miedo que siente ante aquel.

Al hilo de ello, es cierto que no puede equipararse, en el caso del III Reich, el nivel de represión ejercido antes y después de la guerra.

En la primera etapa, resultaba recomendable afiliarse a una organización nazi, para ascender profesionalmente y acceder a determinados privilegios, pero, ojo, no era obligatorio. Cuando el régimen comenzó a acusar signos de debilidad, aumentaron las penas de prisión y condenas a muerte (entre 1940 y la capitulación se dictaron 16.000).

Aquí encontramos otra terrible muestra del poder que ejerció en tales condiciones una gran mayoría de jueces, con el innegable apoyo que ello supuso para consolidar la persecución no solo a la población judía,

sino a opositores comunistas, homosexuales, gitanos, etc.

En todo caso, lo que nos interesa destacar para concluir estas líneas es *el margen de maniobra* que tenían los ciudadanos, mucho mayor del que pudiera parecer. Claro que apoyar explícitamente a una persona judía u opositora podía suponer la pérdida del puesto de trabajo, pero no implicaba la muerte. Salvar a los judíos durante la guerra era arriesgado, pero no imposible. La ayuda en Alemania podía suponer el envío a un campo, pero no la pena capital (esto sí ocurría en Polonia). En el caso de los soldados, no se ha encontrado hasta ahora ni un solo caso de un castigo a muerte para aquellos que se negaron a ejecutar a judíos o presos soviéticos.

Lo expuesto hasta ahora es aplicable a Francia, donde, como constatan los historiadores, la resistencia fue mucho menor de lo que luego se quiso transmitir. Al contrario, una gran mayoría aceptó a la perfección el régimen de Vichy, la instalación de campos, los trabajadores forzados o la segregación.

Es innegable que, de haber existido mayorías que se hubieran negado a seguir el juego al horror, el régimen nazi jamás habría llegado tan lejos. La autora se cuestiona cual hubiera sido su actuación y encuentra consuelo en esta reflexión del historiador Norbert Frei, un patrón ético de conducta por el que deberíamos guiarnos siempre:

“Que no sepamos cómo nos habríamos comportado no significa que no sepamos cómo habríamos tenido que comportarnos. Y cómo tendríamos que comportarnos en el futuro”.

Recuerdo de Salvatore Senese*

Franco IPPOLITO

1. Este recuerdo de Salvatore Senese está destinado sobre todo a los jóvenes que no le conocieron y a cuantos se han formado del asociacionismo judicial la negativa valoración derivada de los graves y desazonantes acontecimientos producidos con motivo de la asignación de algunos cargos directivos en importantes órganos judiciales. La vida profesional y asociativa de Senese fue precisamente la antítesis de las tramas, los condicionamientos, las maniobras dirigidas a influir en los procesos institucionales con fines de poder. El conocimiento de su itinerario profesional y civil puede constituir un estímulo para relanzar el asociacionismo democrático de los jueces. También para potenciar la permanente actualidad y necesidad para la magistratura y para los componentes más sensibles y democráticos de la sociedad, del grupo Magistratura Democratica (MD), del que Senese fue «un gran dirigente, quizá el más grande, el que mejor personificó el espíritu de MD», en palabras de Giovanni Palomarini.

Ingresado en la magistratura en 1960, no lo hizo de forma inmediata en MD, fundada el 4 de julio de 1964 (en Bolonia, en el colegio Irnerio), sino que se unió al grupo Terzo Potere, para abandonarlo a raíz de la muerte de Salvatore Gialombardo y en vista de la consiguiente deriva moderada y corporativa del mismo. Ingresó en

MD en marzo de 1970¹ (después de la escisión producida en MD tras el atentado de Piazza Fontana de 2 de diciembre de 1969, aun cuando el pretexto fue la aprobación del documento crítico² por el arresto de Francesco Tolin, director responsable de la revista *Potere Operario*), convirtiéndose enseguida en exponente cualificado así como colaborador asiduo de la revista *Qualegiustizia*.

Como prueba del formidable impulso, también teórico, que dio al grupo, hay que recordar la ponencia «Per una Magistratura Democratica» (conocida como «librito amarillo» (*libretto giallo*) por el color de la portada³ redactada por Senese junto con Luigi Ferrajoli y Vincenzo Accatatis para el seminario ideológico (celebrado en Pisa los días 24-26 de abril de 1971), en preparación de la primera asamblea nacional de MD (que tendría lugar en Roma los días 4-5 de diciembre de ese año), que nombró a Luigi Di Marco presidente, a Marco Ramat vicepresidente, a Generoso Petrella secretario y a Salvatore Senese y Domenico Pulitanò vicesecretarios.

1 Junto con Mario Barone, Michele Coiro, Ottorino Gallo, Giuseppe Veneziano, Romano Canosa y otros.

2 Aprobado el 30 de noviembre de 1969 por la asamblea de MD en Bolonia. Sobre el documento y sobre la instrumentalización de esa vicisitud, véase M. Ramat (ed.), *Storia di un magistrato. Materiali per una storia di Magistratura Democratica*, Manifestolibri, Roma, 1986.

3 Después publicada en *Problemi del socialismo*, n.º 13-14 de 1973. (Hay traducción: «Por una “Magistratura Democratica”», en V. Accatatis, L. Ferrajoli, G. C. Scarpari y S. Senese, *Política y justicia en el estado capitalista*, traducción, introducción y notas de P. Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 115 ss. [N. del t.]).

* Publicado en *Questione giustizia*, 1 de mayo de 2023
Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

Su actividad judicial, caracterizada por la altísima calidad y el compromiso, tras el inicial destino de pretor en Pontasserchio, continuó en la pretura del trabajo de Pisa, luego en el Consejo Superior de la Magistratura (1981-1986) en el que –fui testigo directo– jugó un papel de auténtico líder por competencia técnica, autoridad cultural e impulso institucional. A partir de 1986 ejerció en la Corte de Casación (sección laboral). Estuvo en el Parlamento de 1992 a 2001 (primero en la Cámara de Diputados y después en el Senado, elegido como independiente en las listas del PDS). De su experiencia parlamentaria hay que recordar, al menos, la defensa en el Senado de la abolición de la cadena perpetua (*ergastolo*), en 1998, verdadero monumento de sabiduría jurídica y política. Retornó a la Casación, donde ejerció hasta 2010, como presidente de sección.

En cada nueva experiencia institucional Salvatore tenía la capacidad de conjugar el ejercicio práctico de la actividad desarrollada con un profundo análisis teórico sobre el sentido de la función correspondiente. Y su reflexión, compartida colectivamente y hecha pública, desvelaba todos los valores –quizá todavía solo potenciales porque aún no del todo explorados– de innovación y de vitalidad democrática de la institución en la que estaba operando, buscando una coherencia entre teoría y práctica capaz de advenir su sentido profundo y la auténtica razón de ser para el ordenamiento democrático y el sistema institucional.

En estos tránsitos de una a otra función, del ejercicio de la jurisdicción a la institución parlamentario y viceversa –como escribió Beniamino Deidda por el grupo toscano de MD– Senese «daba la impresión de desempeñar siempre el mismo oficio: ya estuviera en un aula de justicia o en una del Parlamento, su enorme cultura jurídica (de la que nunca hacía exhi-

bición), le permitía identificar el interés público como única guía de cada una de sus intervenciones. Tanto si ejercía de juez como si lo hacía de senador de la República, los objetivos no cambiaban: la firme actuación de los principios constitucionales, la realización del principio de igualdad entre los ciudadanos, la independencia de la magistratura de todo poder... Cuando finalizada la aventura política regresó a la jurisdicción, parecía que hasta entonces no hubiera hecho otra cosa. A nadie le vino *in mente* que el largo ejercicio de la política pudiera quebrar su imparcialidad, su distancia de los partidos y de las facciones».

2. Para muchos, no solo de la mía, sino también de su generación fue un maestro, un guía, un seguro punto de referencia. Para mí fue mucho más; su desaparición constituyó también una pérdida personal, como de un hermano mayor (no solo por edad) que me acompañó durante decenios de intensa colaboración: en la jurisdicción, en el Consejo Superior de la Magistratura, en la Corte de Casación; en la Fundación Basso, sobre todo, en los temas internacionales, comenzando por los viajes al Chile de Salvador Allende a comienzos de los años setenta; en el Tribunal Permanente de los Pueblos, del que fue presidente durante un decenio, llevando consigo la experiencia madurada, también y sobre todo, como ponente en el Tribunal Russell II sobre las dictaduras latinoamericanas.

Cada uno de sus escritos (y son innumerables) y cada una de sus actividades (que fueron múltiples) revela el compromiso ético, la coherencia intelectual, el rigor metodológico, la inmensa cultura jurídica, histórica y política que daban densidad a su reflexión y a su actuar en las instituciones y en la sociedad civil, nacional e internacional, en torno a los temas del derecho y de la política. Estos fueron sus principales campos de reflexión y de empeño democrático.

tico, los dos polos de tensión permanente, cuya naturaleza fisiológica y con frecuencia fecunda en el estado constitucional de derecho, en el que ningún poder es absoluto y supraordenado a otro, el hacía ver. Y, frente al itálico provincialismo del lamento difuso, invitaba a mirar fuera del panorama nacional, para captar las comunes tendencias de fondo, no obstante las contingentes, instrumentales e interminables polémicas tan nuestras que acaban descargándose inevitablemente sobre la jurisdicción, por él considerada y vivida como «institución de frontera» entre sociedad y Estado.

Como esencia de su experiencia cultural, profesional, asociativa y política, hay que subrayar que él, más que ningún otro, personalizó el espíritu y el sentido de Magistratura Democrática, cuya secretaría desempeñó en los años terribles del terrorismo (1977-1981). Y esto tanto en la Asociación Nacional de Magistrados (ANM) (de la que fue secretario general en colaboración paritaria con el presidente Adolfo Beria d'Argentine), como en la interlocución con el gobierno, ante las fuerzas políticas y la más amplia opinión pública, incluso en una multitudinaria asamblea de obreros del metal, donde bien consciente de la existencia de algunas simpatías por las Brigadas Rojas, no dudó en gritar «el terrorismo es nuestro enemigo». En todas partes, defendió con autoridad y firmeza la centralidad de la jurisdicción en el Estado constitucional de derecho y las garantías del debido proceso, como garantías de verdad y de defensa frente a la legislación de emergencia continuamente invocada y en parte actuada.

Senese contribuyó a renovar la cultura jurídica y judicial italiana como pocos han sabido hacerlo y, sobre todo, fue intérprete del mejor asociacionismo judicial, innovador y fuertemente radical, pero abierto a todos los magistrados, sin prejuiciosa

cristalización de las posiciones. Un asociacionismo hecho de principios que mantener con firmeza, pero también de trabajo paciente de confrontación, persuasión y construcción.

Su ponencia en el congreso de Urbino en 1979 constituye una lección también de método, esencial en el trabajo jurídico y político: «Construir una línea significa discutir, medirse con las objeciones que se formulen, con las perplejidades que pueda suscitar, con las resistencias que se le opongan; [significa] salir de la óptica asamblearia donde al fin los nudos problemáticos se cortan a golpes de mayoría [...] hacer un continuo esfuerzo de comprensión y discusión dentro del grupo; tener la humildad de verificar continuamente en concreto las opciones fundamentales con quien no las comparte y, al mismo tiempo, la ambición de demostrar que esas opciones son las que mejor se adecúan al patrimonio común»⁴.

Es el método que practicaba no solo en la mesa de trabajo, sino buscando el contacto directo, incluso con los interlocutores más tercos, fueran políticos o magistrados. A todos les recordaba que es «de nuestra colocación institucional de donde nace también nuestro asociacionismo y nuestra proyección al exterior como articulación de la sociedad civil». Y reivindicaba y fundaba la autonomía de MD: «Una asociación que, es cierto, hace referencia a un entorno político, que, sin embargo, no coincide con específicas posiciones de partido y de alineamientos políticos, sino que se resuelve en un conjunto de adquisiciones en materia de democracia política, garantías de libertad, defensa de ciertos valores histórico-culturales»⁵.

4 «Istituzione giudiziaria e difesa della democrazia», en *Qualegiustizia*, n.º 47-48, pp. 699 ss.

5 S. Senese, «Intervento al convegno MD di Firenze del settembre 1978», *Magistratura Democratica*, n.º 2-3, 1979.

Dentro de la ANM no ocultaba o atenuaba las relevantes diferencias de posiciones, sino que ratificaba con firmeza y con paciencia la identidad propia de MD, nacida del vivo e hirviente fermento social de mediados de los sesenta en sintonía con los valores de la democracia constitucional. En el XV congreso de la ANM (Turín, 1975) que tenía por tema «Justicia e información», su intervención tocó uno de los temas que más dividían: la crítica de las resoluciones judiciales por parte de los magistrados⁶.

En aquel congreso, organizado por una dirigencia asociativa todo menos progresista, en gran parte animada por un furioso ánimo polémico en relación con MD y sus «interferencias de grupo», así definidas por los sectores más corporativos (como en el caso de la toma de posición del ejecutivo de MD sobre el proceso Pinelli y el documento crítico sobre el proceso Valpreda, redactado por el ejecutivo milanés⁷), Senese sostuvo, sin jactancia provocativa y con la fuerza de la claridad de los argumentos, que la crítica pública de las decisiones judiciales por los jueces «cumple en el contexto social la preciosa función de incentivar el control y el debate público sobre la justicia». Y «también dentro del ámbito judicial una función enormemente útil porque contrasta la tendencia latente en toda institución a considerarse autosuficiente y llama insistentemente a los jueces al respeto del elemental principio democrático que quiere a todas las instituciones controladas por la opinión pública».

En el plano de la teoría y la práctica del asociacionismo judicial y del pluralismo de las corrientes de opinión que se enfrentan

dentro de la magistratura, Senese fue un protagonista. También a propósito de este tema –ha escrito Luigi Ferrajoli– su magisterio es más actual que nunca, porque «el asociacionismo por el sostenido y practicado es exactamente el opuesto al que se expresa en los tráficos penosos que han salido a la luz y que ponen de manifiesto la degeneración de algunas corrientes de la ANM en oscuros grupos de poder»⁸.

Para Senese, el pluralismo, antídoto del corporativismo, es «el mayor factor de transparencia y responsabilización en las funciones del gobierno autónomo» y constituye el vehículo indispensable para la realización de la independencia y «de la igualdad de los jueces querida por el art. 107 de la Constitución italiana, incompatible con carreras y carrerismos y condición necesaria de su independencia interna»⁹.

3. Para formarse una idea adecuada de la densidad ideal y de la coherencia entre compromiso teórico-jurídico, actividad asociativa, experiencia y práctica judicial, invito a los jóvenes jueces que no han conocido a Salvatore Senese, cuando menos, a la lectura de sus ponencias presentadas en los congresos de MD y en ANM, de los escritos publicados en las revistas *Quale-giustizia*, *Questione giustizia* y *Problemi del socialismo*¹⁰ y de la voz «Giudice» en

8 L. Ferrajoli, «La lezione di Senese e lo squallore di oggi», *il manifesto*, 18 de junio de 2019; (hay traducción de P. Andrés Ibáñez, «Salvatore Senese, un modelo de juez», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, n.º 95 (julio/2019), pp. 154 ss. [N. del t.].

9 *Ibid.*

10 En *Jueces para la Democracia. Información y debate*, en traducción de P. Andrés Ibáñez, se han publicado los siguientes escritos de Salvatore Senese: «Justicia internacional, cooperación y derecho de los pueblos», n.º 9 (abril/1990), pp. 51 ss.; «La formación de los magistrados en Europa y el papel de los sindicatos y de las asociaciones profesionales. ¿Qué formación, para qué justicia, en qué sociedad?», n.º 12 (marzo/1991), pp. 83 ss.; «Los bombarderos ciegos de la “paz justa”», n.º 35 (julio/1999), pp. 75 ss.; «Guerra y nuevo orden mundial»,

6 S. Senese, «La critica dei provvedimenti giudiziari da parte dei magistrati», en N. Lipari, (ed.), *Giustizia e informazione*, Laterza, Roma-Bari, 1975, pp. 243 ss.

7 Contra los que el Fiscal General de la Casación promovió el procedimiento disciplinario.

*Digesto delle discipline pubblicistiche*¹¹.

Pero quiero referirme a la contribución específica de Salvatore en dos aspectos de la intersección de derecho y política, y que han constituido un hilo ininterrumpido de su reflexión sobre el papel del derecho y de la jurisdicción, para contrastar la cultura y la práctica de la guerra y para prestar una completa tutela efectiva a los derechos fundamentales de toda persona, sin distinción de ciudadanos y extranjeros.

Se trata, como es evidente, de temas de candente actualidad, sobre los que MD no puede dejar de hacer sentir la voz del derecho y de la razón. En el primer aspecto, debe recordarse, sobre todo, su intervención en la primera sesión del Tribunal Russell-2 sobre las dictaduras en América Latina¹² y su aportación, como conclusión de las sesiones del Tribunal, a la elaboración de la «Declaración universal de los derechos de los pueblos», aprobada después en una asamblea internacional convocada por Lelio Basso en Argel, el 4 de julio de 1976. El punto de partida de la «Carta de Argel» y del sistema de principios allí expresados es la superación de la concepción y la práctica que disuelven el pueblo en el estado, mientras que, precisamente, la experiencia del Tribunal Russell había demostrado que, a menudo, es precisamente el Estado quien viola los derechos del propio pueblo.

Senese captaba y valorizaba (también en sus muchas contribuciones como juez y presidente del Tribunal Permanente de los Pueblos), la contradicción entre la política de potencia de un país y la voluntad de

paz proclamada por él, entre la acción de un gobierno y las aspiraciones del pueblo que representa.

Sobre el tema del derecho de los pueblos como nuevo elemento para renovar el orden jurídico internacional (objeto de varias de sus intervenciones en *Questione giustizia*), me limito a mencionar, por la amplitud y lo completo del análisis, el ensayo de apertura del comprometido e importante número de *Problemi del socialismo*, dedicado a «Culturas de la paz y de la guerra»¹³. Eran los años de la instalación de los misiles en Europa y del miedo al apocalipsis nuclear.

Cito este trabajo, entre tantos dedicados por él al mismo asunto (entre ellos, las numerosas voces redactadas para el *Dizionario dei diritti umani*, dirigido por Marcello Flores, Utet, Turín, 2007), porque tenía como principal destinatario a los juristas, teóricos y prácticos. Era una llamada a su responsabilidad, como hombres de cultura y operadores del derecho, a afrontar el tema derecho/guerra, la amplitud de sus implicaciones comprende «el nexo [...] entre soberanía popular y estatal, de un lado, y sistema de alianzas militares y complejidad tecnológica de los actuales armamentos, del otro; entre formas y técnicas de organización de la convivencia humana, de una parte, y derechos fundamentales de la persona, de otra. En suma, «a través del derecho —escribía Senese— son las categorías propias de la política las que deben ponerse en cuestión, someterse a verificación, ser constreñidas a medirse con la ética».

A partir del debate muy vivo entre juristas y jueces en Alemania, llamaba a los juristas italianos a cumplir con su deber de

nº 44 (julio/2002) pp. 81ss.; y «Lelio Basso y la formación de un jurista democrático», nº 55 (marzo/2006), pp. 76 ss. Salvatore Senese participó activamente en el encuentro de las asociaciones judiciales latinoamericanas, convocado por Jueces para la Democracia, celebrado en Buenos Aires en 1991. (N. del t.).

11 UTET, Turín, 1991, vol. VII, pp. 195 ss.

12 Publicada en *Qualegiustizia*, n.º 31-33.

13 S. Senese, «Il diritto dei popoli: un nuovo diritto per la pace», *Problemi del socialismo*, n.º 2 de 1984, con contribuciones de N. Bobbio, A. Langer, L. Manconi, L. Paggi y G. Pontara.

implicarse en la construcción de un nuevo derecho, radicalmente opuesto a la cultura y la ideología de la guerra, evidenciando la específica responsabilidad del jurista-juez, que no podía eludir un interrogante: «¿Puede la jurisdicción desinteresarse de cuestiones que llaman en causa a los fundamentos de legitimidad de la democracia y del estado de derecho?»

Un interrogante para él retórico, ya que la responsabilidad del jurista y del juez de la segunda mitad del siglo XX —marcada por ese fundamental cambio de paradigma constituido por la nueva relación estado/persona, sobre la que se habían constituido las Naciones Unidas y el nuevo derecho internacional, los derechos humanos y los derechos de los pueblos— priva a la soberanía del estado del poder absoluto tanto interno como externo, y hace de él un instrumento de realización de los fines de paz, liberación, puesta a salvo de la persona humana de cualquier dominio heterónomo.

Tal es el punto de partida de la reflexión sobre la nueva dimensión de las relaciones de jurisdicción y paz y sus elaboraciones con el fin de extraer del derecho internacional y de los derechos humanos alimento y fermento para un ejercicio de la jurisdicción, en sintonía con aquellas novedades también en el orden interno, obviamente en el respeto de las formas propias del estado constitucional de derecho¹⁴.

Sus análisis han abierto camino en la cultura de los jueces italianos y han tenido acogida en la jurisprudencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación llamadas a pronunciarse sobre reclamaciones de resarcimiento de los daños sufridos por las

víctimas de los crímenes de la Alemania nazi. La Corte de Casación, mediante sentencias dictadas entre 2004 y 2011 (confirmadas por una sentencia de 3 de mayo de 2016), negó la inmunidad de Alemania, reconociendo la competencia de la jurisdicción italiana en el caso de que un estado extranjero, aun en el ejercicio de actividades típicamente soberanas (la guerra), hubiera cometido actos susceptibles de calificarse como crímenes internacionales en cuanto lesivos, precisamente, de esos valores universales de respeto de la dignidad humana que trascienden los intereses de las singulares comunidades estatales.

Como es sabido, el Tribunal de Justicia de La Haya, mediante sentencia de 3 de febrero de 2012, acogiendo el recurso interpuesto por Alemania contra Italia por falta de reconocimiento de la inmunidad de un estado en el ejercicio de su soberanía, declaró la ilegitimidad de los pronunciamientos judiciales italianos condenatorios para Alemania, disponiendo que la República Italiana dejase sin efectos las decisiones adoptadas. Esto se produjo por Ley 5/2013, de 14 de enero, declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, por sentencia n.º 238/2014, por contradecir los arts. 2 y 24 de la Constitución italiana. La jurisdicción y la Corte Constitucional italianas se mantuvieron firmes mientras que el Tribunal de La Haya perdió una ocasión para hacer avanzar el derecho y reafirmar la prevalencia de la dignidad humana sobre el poder del Estado cuando este incurre en el crimen internacional. La gravedad de tal omisión se manifiesta hoy con toda su relevancia ante la tragedia de la guerra de Ucrania,

Estamos frente a las perdurables contradicciones del derecho internacional, con frecuencia ignorado por tantos gobiernos y por las fuerzas económicas de las multinacionales, libres de todo control público.

¹⁴ Reflexión retomada con mayor desarrollo, referida a la dimensión asociativa, en la última parte de su intervención en el congreso de MD en Sorrento, en *Magistratura Democratica, poteri e giurisdizione*, Jovene, Nápoles, 1985, pp. 292-293.

Asuntos sobre las que tantas veces volvió Senese, bien consciente de la dificultad de los cambios en la materia.

Precisamente por esto, llamaba a no rendirse nunca al poder del más fuerte, evidenciando que el derecho internacional constituye un «universo en el que conviven reglas dotadas de un distinto grado de efectividad y de legitimidad y en el que a menudo las reglas con menor grado de efectividad son las que gozan de mayor legitimidad y viceversa». Y son estas últimas las que deben ser valorizadas y potenciadas con la búsqueda del más amplio consenso de la opinión pública y de los movimientos por la paz, ya que «la lucha por los principios se revela [...] no como la empresa generosa de almas nobles fuera y por encima de la historia, sino como una acción concreta para favorecer un proceso que tiene como alternativa un desorden autodestructivo».

4. El otro aspecto que quiero señalar es la reflexión de Senese sobre el asunto de las migraciones y sobre la involución de la categoría de ciudadanía, que ha pasado de ser un instrumento de reivindicación de los derechos a convertirse en instrumento de exclusión de los otros, de los diferentes, a los que oponerse y rechazar cualquiera que sea su carga de infelicidad, necesidades y esperanzas. Captaba la creciente tensión entre derechos humanos y ciudadanía, tensión que debe ser superada en nombre del derecho y de los derechos. Y su apremio estaba dirigido a reducir la divergencia entre universalidad de los derechos y particularidad de las ciudadanías. Esta tensión —escribía— es al mismo tiempo un desafío para la construcción del futuro. Desafío y tensión «hasta ahora recibidas de un modo bastante miope por las políticas desarrolladas, en particular, en Europa, con el fin de desalentar el flujo de la inmigración, sin la correspondiente elabo-

ración de válidas políticas de inmigración en sociedades ya, de hecho, multiétnicas».

Senese veía un ejemplo clamoroso de esta actitud defensiva y enrocada en las políticas referentes al derecho de asilo, que —aun habiendo acompañado el nacimiento de las modernas democracias y estando previsto en constituciones democrática y convenciones internacionales— «resulta cada vez más restringido y sometido a una serie creciente de vínculos, muchos de los cuales inciden también en las dinámicas de posible integración del que reclama el derecho de asilo o del que ya lo ha obtenido». Este cierre determina «en primer lugar un desarrollo del racismo, alimentado sobre todo por la degradación de los demás, vistos como no-titulares de derechos universales, desiguales en derechos y, a través de una serie de saltos lógicos del todo frecuentes en el imaginario colectivo común, antropológicamente inferiores».

Él hacía luz sobre estas políticas, sobre el impulso a la reducción a la clandestinidad y a la invisibilidad del inmigrado, y no se cansaba de denunciar que, precisamente, la legislación reaccionaria en materia de inmigración «contribuye a determinar actitudes de xenofobia y de racismo [...] incrementadas a causa del miedo generado por el aumento simultáneo del desempleo, la precarización del trabajo, en suma, por todos aquellos fenómenos de crisis del viejo estado social presentes en distinta medida en los países occidentales, determinando un sentido de inseguridad que puede impulsar a la movilización contra los diferentes imaginados como amenazas o simplemente asumidos como chivo expiatorio de la desazón y la inseguridad generalizadas».

Obviamente, sin la menor ilusión de lograr, «ahora y de repente, fronteras totalmente abiertas; es necesario, no obstante, ser conscientes del hecho de que, si hoy no

se dan las condiciones económicas y sociales para reconocer a todo ser humano el "ius migrandi", esto constituye una condición de debilidad de nuestras democracias, una contradicción patente que degrada su legitimidad».

Parecen valoraciones escritas en estos días, cual comentario de los últimos retrocesos normativos previstos por el actual gobierno italiano, medidas inhumanas para las personas que buscan para sí y para sus hijos una posibilidad de vida, perjudiciales para la gestión de los flujos

migratorios, del todo ilusorias para detener las migraciones. Son cotas de una lección de Senese, impartida en mayo de 1996, dentro del curso de formación y perfeccionamiento sobre el derecho de los pueblos, organizado por la Fundación Basso¹⁵.

Echamos mucho de menos a Salvatore Senese. Es una de esas personas no sustituibles, pero el patrimonio de pensamiento y de valores por él acumulado seguirá representando para muchos de nosotros un punto de referencia y un estímulo para resistir y persistir.



Para eso habéis nacido.

Desastres de la guerra n.º 12, *Para eso habéis nacido*.

¹⁵ El tema está también ampliamente tratado en S. Senese, «Cittadinanza, etnocentrismo e diritti fondamentali», en *Problemi del socialismo*, n.º 1-2, pp. 175 ss.

El internacionalismo garantista de Perfecto Andrés Ibáñez

Dario IPPOLITO

Estar aquí, en la Universidad de Buenos Aires, para celebrar a Perfecto Andrés Ibáñez es para mí un gran honor y una verdadera alegría.

Un honor por el lugar (una de las universidades más prestigiosas del mundo), por la compañía (grandes maestros y colegas de extraordinario valor) y por la ocasión (este emocionante doctorado honoris causa).

Pero, sobre todo, como decía, estar hoy aquí con vosotros es para mí una alegría, porque Perfecto Andrés Ibáñez es una persona importante en mi vida. Y, desde luego, no sólo en la mía.

Digámoslo: Perfecto Andrés es una persona importante en la vida de muchos: de muchas personas que, gracias a él, se conocieron y se hicieron amigas: a veces fraternalmente amigas. Yo diría, sobre todo, fecundamente amigas.

Por aquí querría empezar. Por esta palabra (tan poco jurídica): amistad. Una palabra a la que Perfecto ha asociado un significado particularmente profundo... y contagioso.

Voy a tranquilizarles de entrada: no pretendo desviarme del tema de nuestra reunión, ni tampoco adentrarme en la esfera sentimental. Quiero hablar precisamente de la obra de Perfecto Andrés Ibáñez. Pero en un sentido amplio: el sentido depositado en la palabra griega *'ergon'* (que efectivamente podemos traducir por *'obra'*, como en el poema de Hesíodo *Las obras y los días* [*Ērga kai Hēméraī*]).

Estoy convencido de que la obra maestra de Perfecto Andrés Ibáñez –su *opus maior*– no consiste en su “obra de tinta” (por utilizar las palabras sonrientes de Ariosto: “opera d’inchostro”), sino en el tenaz, perdurable e incansable trabajo de conjunción, de conexión, de personas, de mundos, de culturas diferentes.

Por supuesto, Perfecto ha escrito mucho: como juez, como jurista, como intelectual: sentencias, ensayos científicos, artículos de periódico, libros... y qué libros: *Tercero en discordia*, que Luigi Ferrajoli definió como “la mejor contribución de los últimos años a la reflexión sobre la justicia penal y, a la vez, el punto de llegada de la larga trayectoria intelectual de uno de los juristas de nuestro tiempo más cultos y comprometidos con el ejercicio de la jurisdicción”.

Y antes de esta obra monumental, otros libros importantes: *Los “hechos” en la sentencia penal*; *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, publicado, aquí, en Buenos Aires y enriquecido con un espléndido prólogo de Daniel Pastor, donde leemos: “este libro enseña que la prueba despeja dudas”, pero nos “deja una certeza: Perfecto Andrés Ibáñez es uno de los más eruditos y refinados estudiosos del derecho procesal contemporáneo”.

Por eso muchos de sus escritos son verdaderos textos de referencia para juristas y jueces.

Sin embargo, desde mi punto de vista, lo que hace de Perfecto Andrés Ibáñez

una figura excepcional en el panorama de la cultura jurídica contemporánea –aún más que sus libros– es su capacidad para construir puentes, para generar relaciones, para poner en circulación ideas y experiencias.

Esta capacidad –que en términos puramente cuantitativos y superficiales podría medirse en kilómetros: los que ha recorrido en los últimos cincuenta años (sólo en el último año me parece que ha cruzado el Atlántico mensualmente)–; esta capacidad, decía, constructiva y conectiva, se manifiesta con el vigor (inagotable) de una vocación, cultivada con pasión.

Una vocación ciertamente unida a la conciencia política y civil del jurista Andrés Ibáñez; pero profundamente arraigada, me parece, en un rasgo peculiar de su personalidad.

No voy a improvisar un psicoanálisis. Esta observación (que ahora trataré de aclarar) descansa sobre una base documental, amplia y sólida. Me refiero a la obra memorialística de Perfecto Andrés Ibáñez: en particular a los libros *De los años de Toro* (2005) y *En buena compañía* (2011), cuyo subtítulo es una feliz e interrogante aliteración: *Prosas sin prisa*.

Hace unos setenta años, el filósofo Isaiah Berlin, jugando con un verso de Archilocus y explotando la fuerza evocadora de las metáforas animales, distinguió dos tipos ideales de intelectual: el erizo y el zorro. El erizo es el intelectual que “relaciona todo con una visión central”; el zorro es el intelectual móvil, que observa, que capta con atención y curiosidad.

Me parece que esta distinción puede adaptarse, *mutatis mutandis*, a los memorialistas. Podríamos llamar *erizo* al escritor de memorias que se sitúa firmemente en el centro de la página. Pensemos en Pablo Neruda y su manera de narrar “las vidas del poeta”. *Zorro*, en cambio, puede llamarse

al escritor cuyas memorias se reúnen ante los ojos del lector como las teselas multicolores y multiformes de un mosaico.

Perfecto Andrés Ibáñez es, sin duda, un memorialista zorro. Un memorialista que no dice al lector: “mírame, escúchame: ésta es la vida que he vivido”. Dice más bien: “mira lo que he visto; escucha lo que he aprendido; ven a conocer a las personas que he conocido”.

Todos los que han tenido la suerte de admirar los vívidos retratos de la encantadora galería *De los años de Toro* saben de lo que hablo... Bernabé, el dueño del Bar Taurino, orgulloso de su vino contundente; don Manuel, el farmacéutico, “imbuido de un sentido autenticamentente sacerdotal de la propia función”, Félix Rodríguez, “el cacharrero”, “hombre mayor, de sonrisa abierta y desdentada”. Don Idelfonso, el secretario “que tenía el juzgado en la cabeza”.

Hay una página concerniente a Don Idelfonso, que me gustaría compartir con vosotros, porque con la levedad de una anécdota divertida, nos habla de un asunto muy serio relacionado con la jurisdicción. Perfecto Andrés, muy joven y por tanto inexperto, comienza su trabajo como juez en Toro y Don Idelfonso, secretario con mucha experiencia, que estaba trasladándose al juzgado de Valladolid, decide quedarse unos días para echar una mano al nuevo juez. Entre los primeros casos, le presenta una “venta de bienes de menores”.

Cuenta Perfecto:

“Se trataba de una petición completamente razonable y el caso carecía de dificultad, así que redacté de corrido la fundamentación del acto y se la pasé a mi voluntarioso mentor” (Don Idelfonso). Tardó poco en volver, ahora casi congestionado por la risa: “Perfecto, qué maravilla, ¡Qué refrescante! ¡Mira que decir ‘muchacho’! ¡En una novela, todavía,

pero en una resolución judicial! Dirás el referido menor”.

Aquí, el lector italiano no puede sino pensar en Italo Calvino y su brillante sátira de la anti-lengua de los burócratas: y de los jueces-burocrátes.

Comenta Perfecto:

“Es como a éste le debo, entre otras cosas, que me hiciera entender, de forma tan gráfica, que una de las batallas pendientes en la recién estrenada dedicación radicaba en el plano del lenguaje. Es obvio decir que persistí en lo de ‘muchacho’ así come en otras impropiedades”.

No puedo extenderme más sobre las memorias de Perfecto. Lo que quiero subrayar es que esta forma de contar la propia experiencia dice mucho de la manera de vivir la existencia.

Podríamos definir esta actitud existencial a través del título de una película francesa aparecida a principios de nuestro siglo: *Les goûts des autres* (“El gusto de los demás”).

Esto es: Perfecto Andrés está dotado de un peculiar gusto de los demás. Su visión del mundo es eminentemente alterocéntrica (si me permiten la impertinencia de un neologismo).

Debemos tener presente este aspecto de su personalidad si queremos entender el extraordinario papel que desempeñó como actor de la cultura jurídica (en un escenario que abarca dos continentes), como formador de jóvenes jueces y futuros académicos, como promotor de esa *koiné* intelectual que podríamos llamar la “internacional del garantismo” (la internacional garantista).

Perfecto Andrés es un jurista cosmopolita. Un jurista que viajando ha conocido. Y conociendo ha dado a conocer.

Dio a conocer la realidad institucional de la España postfranquista a los jueces italianos; y los modelos del asociacionismo

judicial italiano a la magistratura española. Su “Introducción a Magistratura Democrática”, publicada en *Política y justicia en el estado capitalista*, es un precioso documento de esta importante actividad. Como lo son sus ensayos en italiano aparecidos a principios de los años ochenta en la revista “*Questione giustizia*”. Quiero mencionar al menos dos: *Il problematico governo del potere giudiziario in Spagna e i giudici spagnoli tra franchismo e democrazia*. Son aportaciones historiográficas que también nos dan información al autobiográfica: sobre su trabajo como juez para la democracia.

Este trabajo, que comenzó en España e Italia, a lo largo de las rutas aéreas del Mar Mediterráneo, se ha convertido desde entonces en una empresa transatlántica. Perfecto Andrés ha exportado la mejor cultura jurídica europea a América Latina y ha hecho descubrir a sus interlocutores europeos el valor de la cultura jurídica latinoamericana.

Tendría mucha curiosidad por consultar la lista de sus viajes. Hace muchos años, hablando en un convenio de Magistratura Democrática, el mencionó los que había hecho junto con Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Edmondo Bruti Liberati, Franco Ippolito, Livio Pepino, Giuliano Turone, Nicoletta Gandus: San José, Managua, Córdoba, Medellín, Bogotá, San Salvador, Porto Alegre, Lima, Mendoza, Buenos Aires... Creo que la lista completa incluye docenas y docenas de ciudades, de universidades, de tribunales...

Con su experiencia de jurista cosmopolita, Perfecto Andrés ha desprovincializado los ambientes profesionales y culturales que ha frecuentado.

Recientemente he leído un libro (de un gran historiador italiano) titulado *La misión del jurista*.

Esta palabra, misión, pierde su colorido retórico y adquiere autenticidad de sentido cuando reflexionamos sobre el itinerario

intelectual y civil de Perfecto Andrés (un itinerario que, afortunadamente para nosotros, se enriquece constantemente).

Y el sentido de esta misión está determinado por la adhesión a los valores del constitucionalismo democrático y el garantismo penal. Valores que han inspirado y dirigido su actividad en todos los ámbitos: en la labor judicial, en la dirección de la revista *Jueces para la democracia-Información y Debate*, en la colaboración durante 30 años con el periódico *El País*, en la docencia universitaria, en la escritura de ensayos, en la traducción de obras fundamentales que, gracias a él, han llegado a generaciones de estudiosos y estudiantes.

Una vida laboriosa. Una vida generosa... cuanta pasión, cuanto tiempo, cuantas cosas.

Un viejo liberal italiano solía decir que "la duración es la forma de las cosas". Perfecto Andrés Ibáñez conoce la cultura liberal italiana mejor que muchos liberales italianos, pero puede que no conozca esta frase.

Pues bien, su compromiso con la defensa del Estado Constitucional de Derecho y con la difusión de la cultura del garantismo a mí me parece la ilustración perfecta de esta idea: "la duración es la forma de las cosas". Sus obras y sus días la ponen en práctica de manera ejemplar.

No es fácil seguir un ejemplo como éste. Pero es un ejemplo que nos inspira a todos. Y todos nosotros agradecemos a Perfecto Andrés por lo que ha hecho y por lo que sigue haciendo.

Gracias Perfecto.



Duro es el paso!

Desastres de la guerra n.º 14, ¡Duro es el paso!

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: 30 € Europa: 40 € Resto: 50 €

(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.

Inicio Asociación ▾ Actividades ▾ Actualidad ▾ Informes Publicaciones Buzón del juez/a Blogs ▾ Contacto Acceso área restringida Rincón del opositor/a

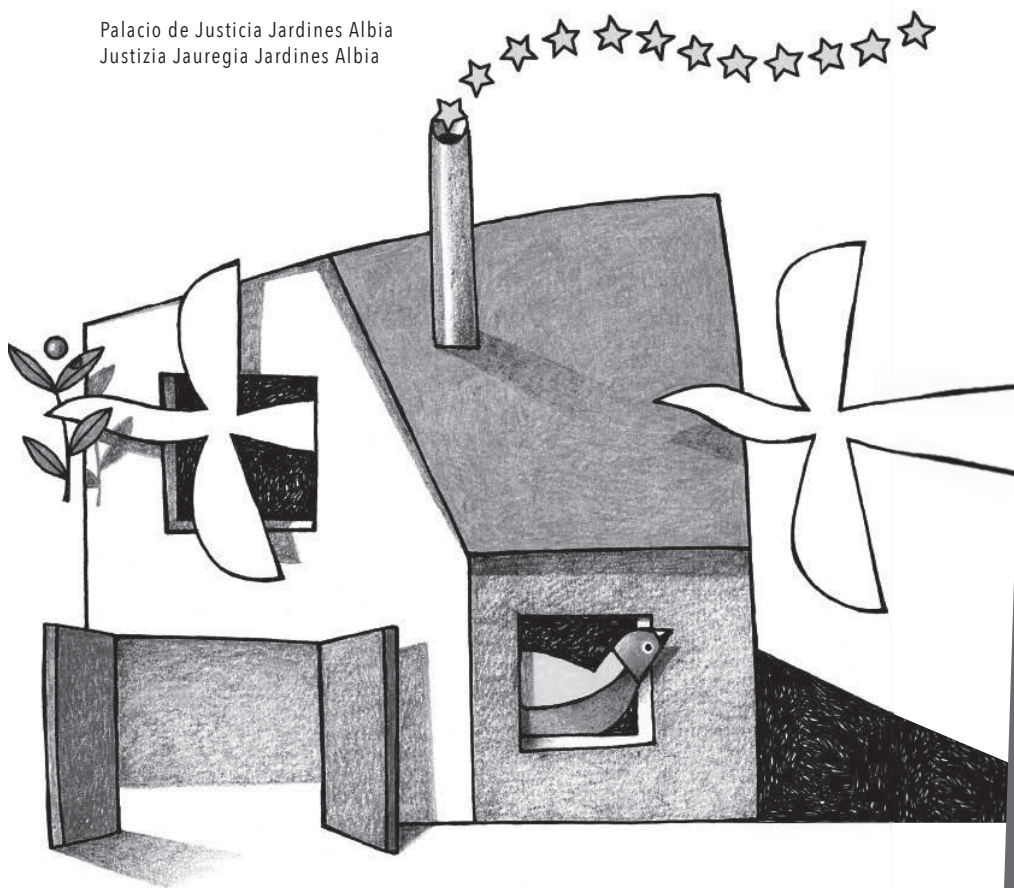
LA EUROPA DE LOS DERECHOS

37 CONGRESO JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

BILBAO

15 y 16 de junio de 2023

Palacio de Justicia Jardines Albia
Justizia Jauregia Jardines Albia



«Ignorantia iudicis plerumque est calamitas innocentis»

Agustín de Hipona
(De civitate Dei, I, XIX, [VI])

«Un magistrado ignorante no es honesto»

Lodovico Mortata
(Citado por M. Boni, Il figlio del rabino,
Viella, Roma, 2018, p. 65)